



**T. S. J. CAST. LA MANCHA SALA CIV/PE
ALBACETE**

SENTENCIA: 00065/2022

-

Domicilio: C/SAN AGUSTIN NUM. 1
Telf: 967596511 Fax: 967596510
Correo electrónico:
Equipo/usuario:

Modelo: N45650

N.I.G.: 13034 41 2 2020 0002676

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000055 /2022 Juzgado
procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de CIUDAD REAL
Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000001 /2021

RECURRENTE: A.A.V., MINISTERIO FISCAL
Procurador/a: ANTONIO NAVARRO LOZANO,
Abogado/a: VANESA GARCIA DEL CERRO,
RECURRIDO/A: B.
Procurador/a: JUSTA MARIA VICTORIA ELBAL MUÑOZ
Abogado/a: MARIA ELENA GOMEZ HEREDIA

S E N T E N C I A N° 65/22

Magistrados

Exmo. Sr. Don Vicente Rouco Rodríguez (Presidente)

Ilmo. Sr. Don Jesús Martínez-Escribano Gómez (Ponente)

Ilma. Sra. Doña Carmen Piqueras Piqueras

En Albacete a ocho de noviembre de dos mil veintidós.

La SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LA MANCHA, integrada por los Magistrados relacionados al margen, presididos por el primero, ha visto, el recurso de apelación nº 55/2022, interpuesto por el acusado A.A.V., representado por el Procurador Sr. Navarro Lozano y defendido por la Letrada Sra. García del Cerro, contra la Sentencia nº 22/2022, de 20 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Rollo PO 1/21, con la intervención de la acusación particular ejercitada por B., representada por la procurador Sra. Elbal Muñoz y defendida por la letrada Sra. Gómez Heredia y del Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el Iltmo.Sr. Don Jesús Martínez-Escribano Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num.5 de Ciudad Real instruyó Sumario 1/2018 por delitos de Agresión Sexual, que concluso, lo remitió a la Secc.2ª de la AP de Ciudad Real, que incoó Rollo PO 1/2021 y, con fecha 20 de junio de 2022, dictó Sentencia núm.22/2022, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Se considera probado y así expresamente se declara que sobre las 22:32 horas del día 5 de Julio de 2.020, el acusado A.A.V., mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, entre ellos la condena por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete en sentencia firme de fecha 23 de Julio de 2.015, por delito de detención ilegal a las penas, entre otras, de 3 años de prisión con fecha de extinción de 16 de Febrero de 2.018; aprovechando su amistad con C., entró en contacto telefónico con la amiga de esta llamada B., a quién relatando su dificultades personales por una previa ruptura sentimental con su anterior pareja, consiguió convencerla para hablar del tema y que le recibiera en su

domicilio, sito en Ciudad Real, llegando, y accediendo al interior del mismo a las 00:00 horas del día 6 de Julio de 2.020.

Seguidamente el acusado, tras iniciar una conversación con B. relativa a dichos problemas personales en el salón de la vivienda y tras ingerir ambos una cantidad indeterminada de cerveza, procedió a intentar conseguir el consentimiento de la misma para mantener relaciones sexuales completas, a lo que se negó B., motivando que el acusado viniera a sujetarla por sus brazos y conducirla violentamente hasta el dormitorio de la misma lanzándola contra la cama. Seguidamente el acusado, con evidente ánimo libidinoso, procedió a forcejear con B. y tras romper el botón y cremallera de los vaqueros de la misma, vino a bajárselos hasta la parte alta de los muslos arrancándole seguidamente el tanga que vestía la misma y procediendo a introducir el acusado su lengua y uno de su dedos de la mano en la vagina de aquélla, obteniendo una erección parcial que vino a facilitar que el acusado viniese a introducir parcialmente su pene en la vagina, realizando la cópula hasta la eyaculación, mientras tapaba la boca y nariz de B. para que no gritase. Seguidamente el acusado abandonó la vivienda tras presionar a B. para que no denunciara los hechos.

Como consecuencia de tales hechos B. sufrió un menoscabo físico consistente en hematoma en tercio medio de cara interna del muslo derecho de 2-3 centímetros de diámetro; 3 hematomas en cara interna de brazo izquierdo de 1 centímetro (dos en el extremo distal del brazo y un tercero en el codo); hematoma en tercio medio del brazo derecho de la cara anterior de 2-3 centímetros de diámetro y pequeñas erosiones en región infraumbilical, precisando para su sanidad de asistencia facultativa, con 15 días de perjuicio básico. Asimismo sufrió rotura de su pantalón vaquero en la zona antes expresada”.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: “Que, por unanimidad, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado A.A.V., como autor criminalmente responsable de un delito consumado de agresión sexual con acceso

carnal por penetración vaginal, previsto y penado en los artículos 179 y 179 del Código Penal, precedentemente definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión de 9 años de prisión, accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como las accesorias de prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, o lugar de trabajo a una distancia inferior a 300 metros, y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 10 años (cumplimiento simultáneo con la pena de prisión), y a la medida de libertad vigilada con el contenido de prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, o lugar de trabajo a una distancia inferior a 300 metros, y de comunicarse con ella por cualquier medio procedimiento durante 10 años y de someterse a programas formativos de educación sexual en tal plazo.

Esta última medida deberá ser cumplida una vez finalice el cumplimiento de la pena de prisión y, lógicamente, a fin de evitar su concurrencia con las accesorias de igual naturaleza, una vez se hayan cumplido también las accesorias de prohibición de comunicación y las de alejamiento antes descritas, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos del artículo 106/2 C.P.

Asimismo se condena la acusado a que por vía de responsabilidad civil, proceda a indemnizar a B. en la suma de 750 euros por las lesiones objetivadas, y 30.000 euros por daño moral, las que devengarán desde esta fecha el interés previsto en el artículo 576 Lec., así como al pago de las costas causadas con inclusión de las devengadas por la acusación particular.

Se ratifica el auto de prisión provisional de fecha 27 de Julio de 2.020 y el posterior dictado por esta Sala con fecha 9 de Noviembre de 2.021, debiéndose convocar a las partes a comparecencia, en caso de formulación de recurso de apelación, en aplicación del artículo 504.2 Lecrim., a los efectos allí previstos.

Abónese para el cumplimiento de la pena de prisión y accesorias de alejamiento y prohibición de comunicación impuestas, el tiempo que por esta causa esté el condenado privado de libertad.

NO SE APRUEBA el auto de insolvencia del acusado dictado por el Instructor y consultado en la pieza separada de responsabilidad civil correspondiente, ante la clara insuficiencia de lo allí actuado, por lo que deberán practicarse las oportunas diligencias en orden a averiguar su actual estado de fortuna".

TERCERO.- Notificada la Sentencia, la representación legal en la instancia del acusado interpuso recurso de apelación alegando como motivos:

1º. - Art.846 bis c) apartado a) Nulidad de actuaciones. vulneración del derecho de defensa. Vulneración del art.745 LECrim ya que el informe del médico forense no se realiza en los términos solicitados por la defensa.

2º.- Art.846 bis c) apartado a) y e) vulneración del principio de presunción de inocencia del art.24.2 CE. Ausencia de prueba de cargo suficiente que acredite la existencia de un delito de agresión sexual.

3º.- Art.846 bis c) apartado b) y e) Vulneración por indebida aplicación de los arts.178 y 179 CP. Error en la valoración de la prueba en relación con el principio de presunción de inocencia. Y, subsidiariamente, para el supuesto de no estimar los anteriores motivos,

4º.- Art.846 bis c) apartado b) Vulneración derecho tutela judicial efectiva. Incongruencia del relato factico de los hechos probados y no apreciación de posible atenuante analógica. Y,

5º.- Por infracción del artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 120.3 CE, por falta de motivación a la hora de determinar la pena a imponer por los delitos objeto de condena.

Y terminaba suplicando sentencia "por la que declare la Nulidad de la sentencia dictada, retrotrayendo las actuaciones al momento de la elaboración del informe del Médico Forense en

los términos esgrimidos; o en el caso de entrar en el fondo del mismo, se dicte sentencia absolviendo al acusado y de forma subsidiaria se estime la atenuante analógica, aplicando la mínima pena y la variación de la cantidad objeto de responsabilidad civil”.

CUARTO.- Admitidos a trámite el anterior recurso se dio traslado a las demás partes; impugnándolo el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Emplazadas las partes en legal forma y personadas ante esta Sala, se señaló finalmente la vista para el día 2 de noviembre de 2022; compareciendo las partes en la forma que es de ver, alegando lo que estimaron pertinente en apoyo de su recurso e impugnación respectiva; manifestando la recurrente que para el caso de que se confirmara la condena del acusado procedería imponer, conforme con la LO 10/2022, la pena de 4 años prevista por la nueva redacción del art.179 CP, oponiéndose el Ministerio Fiscal y la acusación particular y quedando los autos pendientes de esta resolución.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo, y a los solos efectos de centrar el debate en esta instancia, debe dejarse constancia de que el art.846 bis c), apartados a), b) y e), en el que el recurrente ampara su recurso viene referido a la apelación contra las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del tribunal del Jurado; siendo que el recurso de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (Sumario o Procedimiento Abreviado) se rigen, conforme con el art.846 ter, por lo dispuesto en los arts.790 a 792 LECrim, y concretamente a los motivos que el segundo punto del art.790 recoge: "El escrito de formalización del recurso se

presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugna, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación".

El derecho a la tutela judicial efectiva exige, sin embargo, que por esta Sala se dé contestación a la voluntad impugnativa del acusado manifestada en el recurso; reconduciéndolo al adecuado cauce procesal, superando las deficiencias técnicas del recurso, pues los motivos de impugnación resultan inteligibles y puede reconducirse a los que prevé el art.790.2 LECrim., tratando, eso sí, el motivo realmente desarrollado más allá de la mera denominación voluntarista de la parte.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso interpuesto por el acusado, por vulneración del derecho de defensa en tanto que el informe pericial forense no se ha practicado en los términos acordados por Auto de 31 de marzo de 2022, careciendo de conclusiones valorables por quien no es psiquiatra y constando contestaciones escuetas y ambiguas, se encuentra tempranamente abocado al fracaso, toda vez que en esta segunda instancia no ha interesado la práctica de la referida prueba. La nulidad solo puede pretenderse una vez agotados todos los medios impugnatorios sanatorios del vicio denunciado; considerando cualquier otra pretensión contraria al principio de buena fe que rige el procedimiento (art.11.2 LOPJ). La nulidad de actuaciones es siempre un remedio subsidiario que no puede declararse cuando las normas procesales establecen una vía específica para solventar la incidencia cuestionada al que se puede acudir y, en este caso, en relación con la inadmisión de una prueba que quien la propone considera pertinente o la falta de práctica de la admitida, el remedio expreso lo prevé el artículo 790.3 LECr., que regula la prueba en segunda instancia, al establecer que "podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que

hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputable".

Por otra parte, la prueba se ha practicado en el plenario, con total traslado de la documentación que proponía el acusado (historial del HGUCR, declaración judicial y llamada telefónica a teléfono COVID de CLM); más allá de su documentación anterior en el procedimiento. Visionada la grabación comprobamos que, como indica la recurrente, no se graba cómo resuelve el Tribunal la cuestión que plantea la parte, pero también que las médicos forenses deponen a partir de 1h 28', y en concreto en relación con la propuesta por la defensa a partir de 1h 39' 40", concluyéndose que se trata de un rasgo de personalidad que no implica minusvalía alguna psíquica ni intelectual por la víctima, que no afecta su capacidad en la narración de los hechos y la veracidad del relato. Las forenses contestan sobradamente las cuestiones planteadas por la defensa y ésta no eleva en ese momento protesta alguna. El motivo decae.

TERCERO.- El segundo y tercero de los motivos del recurso, aunque bajo diferente denominación, denuncian en su desarrollo la vulneración del derecho del acusado a la presunción de inocencia por entender que la condena carece de prueba de cargo bastante, alegando en esencia que la declaración de la víctima no supera el triple test de credibilidad que impone la doctrina jurisprudencial (existen contradicciones e incoherencias; cambios sustanciales durante el procedimiento; y no se encuentra debidamente corroborada por hechos periféricos), el informe médico forense es sesgado y no recoge de forma total y en su conjunto el estado de la denunciante y las posibles lesiones que se objetivan en él; que la declaración del acusado -que admite una relación sexual consentida tras el consumo de alcohol y marihuana, sí se encuentra debidamente corroborada por el atestado policial, los restos en la uña de B. de fibras de la ropa interior de A.A.V., que no cabe una penetración completa

con el pantalón de la víctima puesto y sin lesiones vaginales, que no existió violencia.

La Sentencia de instancia declara probados los hechos que sustentan la condena del acusado con base las declaraciones de la víctima a lo largo de procedimiento que califica como clara, precisa y contundente, ausentes de ambigüedades y contradicciones (en lo sustancial) y debidamente corroborada por elementos periféricos externos: los informes periciales forenses en cuanto a la violencia (que refieren los hematomas internos en sus extremidades y las erosiones existentes en la zona infraumbilical, no contradicho por el informe de urgencias que se refería exclusivamente a se limitó a la exploración ginecológica y apoyado por la rotura del botón, cremallera y costura del vaquero), los testigos en relación a la versión de los hechos que le vino a ser narrada por B. (agentes del CNP intervinientes en relación a la víctima y a su traslado a dependencias hospitalarias, C.) y la prueba documental consistente en la grabación de la llamada realizada por B. al teléfono de urgencias con clara inmediación temporal. Finalmente refiere las pruebas periciales biológicas acreditativas del acceso carnal. Extremos que no se desvirtúan por la declaración del acusado.

CUARTO.- Nos corresponde como Tribunal de Apelación examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el Tribunal a quo, analizar y controlar si existe en la causa prueba de cargo suficiente, si el proceso probatorio se ha desarrollado con pleno respeto a las normas constitucionales y procesales, si dichas pruebas han sido valoradas por el Tribunal con criterios de lógica, ciencia y experiencia; si la motivación es suficiente y si, en consecuencia, la convicción condenatoria alcanzada no puede calificarse de absurda o arbitraria. Y la lectura de la sentencia de instancia pone de manifiesto que la Audiencia Provincial expone cumplidamente las razones por las que estima acreditados los hechos que sustentan la condena del acusado de forma que no cabe tachar de ilógica o

arbitraria; la prueba practicada ha sido valorada de forma conjunta, razonada y razonablemente, conforme con las máximas de la experiencia.

La prueba fundamental que soporta el relato de hechos probados es la testifical de la víctima, cuya idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia ha sido reiteradamente avalada por la jurisprudencia, de manera específica en los delitos en que por las circunstancias que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos, aunque exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran. Y así opera la Sala de instancia, valorando la credibilidad de la testigo con base en los parámetros jurisprudencialmente fijados: Ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

1.- Acusado y denunciante se conocieron esa misma tarde, por lo que no existe una relación anterior que pudiera impulsar a la testigo a perjudicar al denunciado. Y desde luego que no lo es que padezca un trastorno de personalidad límite tipo Cluster-B, conforme con la pericial médico forense, que descarta cualquier incapacidad por ello en B., sin provocarle minusvalía psíquica ni intelectual; descartando que tienda a dramatizar. No existe prueba alguna que ampare la mera alegación de parte (que lo vincula con una incierta alteración de la escena del delito y el contenido de la llamada inicial a la línea COVID de la JCCM) y es un lugar común entender que quien no tiene animadversión hacia el acusado dice la verdad.

La recurrente se apoya en una alteración de la escena de los hechos para sostener la existencia de ánimo espurio; pero ni se prueba aquella ni sostiene una predisposición para perjudicarlo.

2.- La Sala, que oye la testifical directamente observando el principio de inmediación, califica la declaración de B. en el plenario y las anteriores (policial y dos en sede de instrucción) como carente de ambigüedades y contradicciones en lo nuclear:

"acceso del acusado a su domicilio, subsiguiente empleo de violencia para el final acceso carnal en su dormitorio, tras romperle y bajarle parcialmente sus pantalones, a pesar de la oposición firme de B.". Tampoco nosotros apreciamos contradicciones relevantes que alteren la persistencia de la declaración; en todo momento B. ha declarado dónde, cómo y cuándo sucedieron los hechos que integran el delito por el que viene condenado el acusado: en esencia, que intentó tener relaciones sexuales completas contra su voluntad, lanzándola contra la cama, consiguiendo penetrarla, contra su voluntad, oral y vaginalmente, con uno de sus dedos y el pene -parcialmente erecto-, llegando a eyacular. La persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado.

Realmente, lo relevante es el contenido de sus propias declaraciones, más allá de las manifestaciones que recogen terceros. Que en la primera declaración manifestara que no le pudo violar porque no tuvo erección es compatible con que la erección alcanzada fuera meramente parcial, impidiendo la penetración total; y ello no es contradictorio con las penetraciones referidas en el relato de hechos probados. De hecho, en la segunda declaración, vuelve a referir que "le metió la punta" concluyendo que por ello "intentó penetrarla pero no pudo", lo que jurídicamente constituye acceso carnal. Siempre está presente la agresión sexual mediante violencia (rotura de los pantalones que intentaba bajarle y del botón y la cremallera), la dificultad del agresor en alcanzar la erección, pero sí que existe una penetración parcial y eyaculación y que le practicó sexo oral; la felación ya surge en la denuncia policial, en la segunda judicial y también en el plenario.

A estos efectos queremos destacar cómo la médico forense declara que lo relevante es la descripción fáctica que hace la

víctima, para comprobar su objetivación, más que las impresiones subjetivas; que el shock que provoca la agresión determina que cada víctima se comporte de forma diferente.

3.- Especial relevancia cobra que la declaración de la víctima aparece totalmente corroborada por elementos periféricos objetivos, que confirman todos los extremos de la misma. Los informes médico forenses confirman la compatibilidad de las lesiones padecidas con la agresión relatada: los hematomas internos en muslo derecho y brazos son consecuencia de la acción perpetrada para abrir las piernas de la víctima y acceder a su vagina y agarrarla forzando su voluntad; y las pequeñas erosiones en región infraumbilical con el forcejeo para bajarle los pantalones y que concluyó con que se rompiera la cremallera y el botón (muy descriptiva la declaración de la forense, visionada por la Sala, al diferenciar entre los hematomas externos y los internos y sus diferentes causas en la forma del agarre y de ejercer la presión); acciones irreconciliables con la existencia de consentimiento sexual que pretende el acusado. Que el informe de urgencias no recoja las lesiones físicas está explicado en la sentencia recurrida: se limitó a la exploración ginecológica; y que no haya lesiones vaginales se explica por los forenses, pese al piercing en el pene del agresor (el médico de prisión solo afirma que pudo haberlo tenido), en que no son consecuencia necesaria y que el adorno tiene propósito excitante.

Los Agentes de la Policía que acudieron al domicilio declaran sobre el estado de la vivienda tras la agresión; C. ratifica cómo se hizo el acusado con el teléfono de la víctima; y la documental de las grabaciones con el teléfono COVID de CLM reflejan la inmediatez de la denuncia a continuación de padecer la agresión denunciada, mediando violencia, por más que hubiera bebido alcohol o fumado marihuana, sin que conste prueba alguna de que anulara su voluntad. Y las pruebas biológicas confirman la existencia del acceso carnal; por parcial que fuera la penetración en ningún caso se considera que hubiera eyaculación ante puertas.

Que las uñas de la víctima tuvieran restos de fibra de ropa de ambos es consecuencia del forcejeo. Las llamadas telefónicas entre víctima y agresor están explicadas, una vez que A.A.V. es consciente de las consecuencias de sus actos.

Los dos motivos examinados conjuntamente decaen.

QUINTO.- La defensa se limitó en el trámite de conclusiones a interesar la libre absolución de su patrocinado, sin interesar en ese momento que con carácter subsidiario se apreciara a la atenuante analógica de embriaguez que ahora interesa en trámite de recurso. Tratándose de una cuestión nueva, en los términos que quedan expuestos y sin que nada resulte de la propia sentencia más allá de recoger como probado que los hechos sucedieron tras "ingerir ambos una cantidad indeterminada de cerveza" y admitir que la víctima sí se encontrara "bajo los efectos de una leve afectación etílica", el motivo decae. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita; también cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud de conocimiento de esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No, en cambio, aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Dice la STS 725/2016, de 28 de septiembre que "la actual regulación del Código Penal contempla como eximente la intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, junto a la producida por drogas u otras sustancias que causen efectos análogos, siempre que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, exigiendo además como requisitos que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión.

Cuando la intoxicación no es plena, pero la perturbación es muy importante, sin llegar a anular la mencionada capacidad de comprensión o de actuación conforme a ella, la embriaguez dará

lugar a una eximente incompleta del artículo 21.1º en relación con el 20. 2º CP.

Los casos en los que pueda constatarse una afectación de la capacidad del sujeto debida al consumo de alcohol de menor intensidad, deberían reconducirse a la atenuante del artículo 21.2, en supuestos de grave adicción al alcohol de relevancia motivacional en relación al delito, o a una analógica del artículo 21.7ª pues no es imaginable que la voluntad legislativa de 1995 haya sido negar todo efecto atenuatorio de la responsabilidad penal a una situación que supone un mayor o menor aminoramiento de la imputabilidad, y es evidente que existe analogía -no identidad- entre una cierta alteración de las facultades cognoscitivas y/o volitivas producida por una embriaguez voluntaria o culposa ocasional y una perturbación de mayor intensidad que es consecuencia, además, de una embriaguez adquirida sin previsión ni deber de prever sus eventuales efectos, que es la contemplada como eximente incompleta en el núm.1º del artículo 21 puesto en relación con el núm. 2º del art.20, ambos del CP (entre otras SSTs 174/2010 de 4 de marzo, 893/2012 de 5 de noviembre, 644/2013 de 19 de julio o 489/2014 de 10 de junio)".

Las alegaciones no pueden ser acogidas. Como hemos dicho, la sentencia de instancia se limita a declarar probado que acusado y víctima ingirieron "una cantidad indeterminada de cerveza", sin que conste ni cuánta ni en qué medida afectó -si es que realmente afectó- al acusado. Lo que define el carácter mitigador a la atenuante no es en sí la ingesta, sino la incapacidad del sujeto de adaptar su comportamiento a la norma por efecto de la disminución de sus facultades (en tal sentido, STS 725/2016, de 28 de septiembre), incapacidad que, en el presente caso, no ha quedado acreditada.

SEXTO.- La Sentencia de la Audiencia impone al condenado la pena de 9 años de prisión, límite superior de la mitad inferior de la pena base legalmente prevista razonando que por "la propia entidad de la violencia comisiva desplegada por el acusado,

causante de las lesiones objetivadas y descritas en los facta probata de la presente resolución, en unión a la existencia de tres accesos carnales y a los antecedentes penales que le constan al acusado", no cabe la imposición de la pena en menor extensión que la antes expresada.

La motivación se ajusta a derecho y se razona adecuadamente; siendo que la impugnación se liga con la apreciación de la atenuante de embriaguez, que como se dice en anterior fundamento no concurre en el caso concreto. El motivo decae.

SÉPTIMO.- Pide la recurrente, para el supuesto de desestimación de los demás motivos de recurso, que se imponga la pena de cuatro años de prisión conforme con el tenor de la redacción del artículo 179 CP dado por la LO 10/2022, en vigor desde el 7 de octubre, como ley penal más favorable, al castigar el delito de agresión sexual con acceso carnal por el que viene condenado el acusado con la pena de cuatro a doce años frente a la redacción vigente al tiempo de perpetrarse los hechos que fijaba el arco punitivo entre los seis y doce años de prisión.

Lo cierto es que la LO 10/2022 solo regula una única disposición transitoria, referida a la Aplicación de las medidas previstas en el Cap.II del Tit.VI; sin contemplar un régimen transitorio propio, como sí hicieron, por ejemplo, el Código Penal de 1995, la LO 5/2010 o la LO 1/2015, por lo que el único texto legal que regula la cuestión de derecho transitorio es el art.2 CP, en relación con el art.9.3 CE, por el que tiene efecto retroactivo la ley penal más favorable al reo, que en tal caso sería de aplicación para aquellos delitos pendientes de enjuiciamiento a la entrada en vigor de la LO 10/2022, sentencias dictadas conforme a la legislación derogada en fase de recurso y revisión de sentencias firmes, en los que el sujeto esté cumpliendo condena; habiéndolo interesado la recurrente y siendo oídas las apeladas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha establecido de forma pacífica que es ley penal más favorable aquélla que, aplicada al caso concreto, conduce a

consecuencias menos rigurosas para el reo; atendiendo a las penas previstas en abstracto para el hecho, aunque debiendo atenderse a todos los preceptos aplicables de cada una de las leyes. Por lo tanto, la mayor gravedad dependerá del "máximo" de castigo imponible al hecho, y del "mínimo", contemplado taxativamente. Téngase en cuenta que, al no venir expresamente previsto en el régimen transitorio de la LO 10/2022 ni en precepto aplicable legal alguno (tampoco por analogía), ni ser principio general del derecho en perjuicio de reo, no opera como límite al concepto de ley penal más favorable, en las penas privativas de libertad, que la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a la nueva redacción de la norma, que entonces obliga a prescindir de elementos de individualización vinculados al ejercicio del arbitrio judicial.

A la vista de los hechos probados y, también del relato contenido en los fundamentos de la sentencia apelada y de procedimiento mismo, y de las consideraciones expuestas por las partes en el acto de la vista, estimamos con el apelante que el delito por el que se condena al recurrente, que venía castigado en la redacción vigente al tiempo de los hechos por los arts. 178 y 179 CP, sigue previsto y castigado por la nueva redacción de los mismos preceptos, aunque -como indica el Ministerio Fiscal en su informe- también se comprenda dentro del mismo tipo conductas diferentes, sin el necesario concurso de violencia o intimidación (pues como se dice en el Preámbulo de la Ley, se ha eliminado la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona). Asimismo, resulta que la nueva redacción del tipo básico de agresión sexual con acceso carnal amplía el arco punitivo, rebajando el mínimo de la pena (de seis a cuatro años) y manteniendo inalterado el máximo (doce años). Por ello, la nueva redacción del tipo supone, en este caso, ley penal más favorable que debe ser aplicada.

La pena de prisión que viene impuesta al acusado (9 años) queda ahora extramuros de la mitad inferior de la prevista para el tipo (de 4 a 8 años); y aun cuando al no concurrir agravantes ni atenuantes, el Tribunal pueda recorrer la pena en toda su extensión, la exigencia de motivación de sentencias resulta imprescindible cuando la pena se exaspera imponiéndola en la mitad superior. Si la Sala sentenciadora, al motivar la individualización de la pena señala que impone la prisión en el "límite superior de la mitad inferior de la pena base legalmente imponible", procederá, respetando la proporcionalidad de la pena y considerando adecuada la individualización que realiza la sala de instancia anteriormente reproducida, fijar en ocho años de prisión la pena a cumplir por el delito por el que viene condenado, manteniendo los criterios de individualización y proporcionalidad expresados, sin que ello afecte a la duración de la pena accesoria de prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, o lugar de trabajo a una distancia inferior a 300 metros, y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante 10 años (cumplimiento simultáneo con la pena de prisión), y a la medida de libertad vigilada con el contenido de prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, o lugar de trabajo a una distancia inferior a 300 metros, y de comunicarse con ella por cualquier medio procedimiento durante 10 años y de someterse a programas formativos de educación sexual en tal plazo, en la forma que viene impuesta.

OCTAVO.- Por lo que respecta a los daños morales reconocidos, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que sostiene que, a diferencia de los daños materiales, los morales no necesitan, en principio, probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos declarados probados (SSTS de 29 de junio de 1989, 18 de junio de 1991, 7 de julio de 1992). Tal y como expone en, entre otras, las SSTS 832/2007, de 5-10, y 643/2007, de 3-7, en estos casos, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad

de la acción que lo ha lesionado criminalmente, así como de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (Cfr. STS de 5-10-2007, nº 832/2007; STS de 3-7-2007, nº 643/2007). Ya que cuando se trata de daños morales, y frente a los de naturaleza material y física, económicamente evaluables, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son sus consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base en que se fundamenta el "quantum" indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad únicamente revisable en casación cuando la valoración rebase cuando la valoración rebase los límites mínimos y máximos dentro de los cuales resulta razonable esa prudente discrecionalidad (STS 479/2012, de 13-6).

Una vez más, atendidos los hechos perpetrados contra la víctima, que fue penetrada bucal y vaginalmente (dos veces), la forma en la que se ejecutaron -violentamente-, y el lugar donde ocurrieron los hechos, en su domicilio, constitutivo de un espacio reservado para desarrollar la vida privada, alterando la seguridad que el hogar ofrece en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar, que necesariamente sigue ocupando después de la agresión, sin poder poner distancia personal con lo sucedido (sentimientos, sufrimiento, angustia), consideramos proporcionada la suma fijada en relación con el daño provocado.

NOVENO.- Desestimándose el recurso interpuesto, sin perjuicio de fijar una pena menor por aplicación de la ley más favorable, procede declarar de oficio las costas; sin que concurra temeridad o mal fe en los recurrentes.

Vistos los fundamentos anteriormente expuestos y demás de general y pertinente aplicación al caso.

F A L L A M O S

1.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 22/2022, de 20 de junio de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en Rollo PO 1/21.

2.- Confirmando todos los demás pronunciamientos de la sentencia, fijamos en OCHO AÑOS de prisión la duración de la pena impuesta.

3.- No procede imponer las costas de esta apelación.

Notifíquese la presente a las partes, A TRAVÉS DE SU RESPECTIVA REPRESENTACIÓN PROCESAL, SIN QUE SEA NECESARIO HACERLO PERSONALMENTE (conforme con la doctrina contenida, entre otros muchos, en AATS 5/12/20 -Recurso: 2286/2019- y 1/12/29 -Recurso: 20109/2020- y todos los que en ellos se citan); haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley.

Notifíquese a la víctima de forma adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.