

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2022**

Nº de Recurso: **23/2022**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.MURCIA SALA CIV/PE**

**MURCIA**

SENTENCIA: 00034/2022

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

**MURCIA**

-Domicilio: RONDA DE GARAY, S/N

Telf: 968229383 Fax: 968229128

Equipo/usuario: JSM

**Modelo:** 001100

**N.I.G.:** 30035 41 2 2021 0001182

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de MURCIA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000045 /2021

**SOBRE: ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA Y AGRESION SEXUAL**

**APELANTES: \* MINISTERIO FISCAL**

\* **Adoración** (Acusación Particular) (Apelante Adherida)

Procurador: FRANCISCO DE ASIS ALEDO MONZO

Abogado: PLACIDO RAFAEL ROMERO FUNES

Procuradora: MARIA SONSOLES BARROSO HOYA Abogado: VICENTE EMILIO GOMEZ CAMPILLO

**Excmo. Sr.**

D. Miguel Pasqual del Riquelme Herrero Presidente **Ilmos. Sres.**

D. Joaquín Angel de Domingo Martínez

D. Francisco Javier Kimatrai Salvador

Magistrados

=====

En Murcia, a 14 de noviembre de 2022.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los tres magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente

**SENTENCIA Nº 34/2022**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha visto las presentes actuaciones (Rollo 23/2022), en apelación de la sentencia dictada en fecha 6 de junio de 2022 por la Sección Tercera de la

Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento sumario ordinario nº 45/2021, dimanante a su vez del procedimiento sumario nº 2/2021, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de San Javier. Han sido partes en esta alzada, como apelantes: el Ministerio Fiscal, apelante principal; y don Borja y doña Adoración (acusación particular) como apelantes adheridos, representados ambos por el procurador don Francisco Aledo Monzo y defendidos por el Letrado don Plácido Rafael Romero Funes; y como apelado: don Fidel (acusado), representado por la procuradora doña María Sonsoles Barroso Hoya y defendido por el letrado don Vicente Emilio Gómez Campillo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente don Miguel Pasqual del Riquelme Herrero, quien expresa la decisión de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia declara como HECHO PROBADO ÚNICO el siguiente:

**ÚNICO:** *Fidel, con antecedentes penales cancelados, quien días antes se había desplazado desde Cazorla (Jaén) a Los Alcázares (Murcia), a instancia de uno de sus hijos, el 1 de abril de 2021, sobre las 5 horas 45 minutos, se encontraba en las inmediaciones del domicilio de su expareja, Adoración, con la que había tenido varios hijos, sito en Calle000 nº Num000 de la localidad de Los Alcázares y, aprovechando que ella había salido a tirar la basura a unos contenedores cercanos a su domicilio antes de ir a trabajar, con propósito de acabar con su vida, se acercó por la espalda a su expareja, sin que ésta advirtiera su presencia, y de forma sorpresiva la golpeó en la parte trasera de la cabeza con un palo grueso de aproximadamente un metro de longitud.*

*Adoración, al recibir el golpe en su cabeza, se giró, siendo en ese momento que Fidel, cogiéndola por las muñecas y sujetándola, le dijo: Te voy a decir tres cosas que nunca podrás contar y que te las llevarás a la tumba, una, que llevaba mucho tiempo planeando cómo matarte, segunda, que dormiría con ella hasta que él quisiera, tercera, que no lo iba a poder contar porque la iba a matar.*

*A continuación, Fidel comenzó a besarla de manera brusca en el cuello mientras la tenía sujeta de los brazos y, ante la oposición de Adoración, le propinó un fuerte puñetazo en la nariz que hizo caer al suelo a ésta. Acto seguido, mientras la tenía inmovilizada en el suelo, Fidel sacó un cuchillo con empañadura negra y hoja de grandes dimensiones que llevaba entre sus ropas, y, mientras ella se encontraba boca arriba, sin posibilidad de moverse al tener sus brazos bloqueados con las rodillas de Fidel, éste le dijo que si no podía dormir con ella era el momento de matarla, realizándole dos cortes en la cara con el cuchillo.*

*Adoración hizo esfuerzos para evitar la agresión que estaba sufriendo, y a Fidel se le cayó al suelo el cuchillo que empuñaba, por lo que éste cogió el mismo palo anteriormente utilizado y comenzó a dar de manera reiterada golpes en la cabeza a Adoración mientras le decía continuamente te voy a matar, te voy a reventar el cráneo. Ante esa agresión Adoración pudo colocar la mano y brazo izquierdo para cubrirse la cabeza, recibiendo golpes también en la mano y el brazo, llegando Fidel, en el curso de la agresión, a pisar con fuerza la mano de su expareja.*

*A consecuencia de los golpes recibidos Adoración quedó inconsciente, despertando unos momentos más tarde en lugar diferente al que sufrió la agresión, pero cerca de donde ocurrieron los hechos, encontrándose semidesnuda en la parte superior de su cuerpo, logrando levantarse y dirigirse con dificultad a su domicilio para pedir ayuda, siendo asistido por uno de sus hijos que allí vivía.*

*A consecuencia de estos hechos Adoración sufrió herida inciso-contusa en macizo facial; fractura de la apófisis frontal bilateral del maxilar superior y espina nasal anterior; fractura conminuta del hueso nasal; fractura de la lámina papirácea izquierda con pequeña herniación de grasa extraconal y músculo recto interno; fractura polifragmentaria del tabique nasal (vomer) con obstrucción parcial de la fosa nasal izquierda en posible relación con edema y hematoma; fractura del reborde anterior del piso de la órbita izquierda que alcanza el aspecto medial del canal infraorbitario; enfisema facial y orbital; fractura cerrada del tercio medio cubital izquierdo; fractura abierta de falanges proximales de 4º y 5º dedos de la mano izquierda; movilidad en varias piezas dentales; siendo preciso para su curación tratamiento quirúrgico: osteosíntesis a nivel cubital y en 4º y 5º dedo de la mano izquierda, sutura de las heridas faciales, tratamiento médico: reducción cerrada de huesos nasales, bigotera, curas, antibioterapia, analgesia, férula y taponamiento nasal, estando pendiente de sanidad definitiva, y va a precisar tratamiento rehabilitador y psicológico/psiquiátrico, sin descartarse la posibilidad de que precise una nueva cirugía y tratamiento odontológico.*

*Adoración ha tenido 7 días de perjuicio grave y 414 días de perjuicio moderado, lo que supone un tiempo total de curación y/o estabilización de 421 días. Ha tenido un perjuicio personal por intervenciones quirúrgicas de categoría 2, presentando unas secuelas concurrentes de 54 puntos, y unas secuelas por perjuicio estético de 18 puntos. Además, presenta un daño moral complementario por perjuicio psico-físico, orgánico y sensorial*

*moderado, y presenta también una incapacidad permanente total para su trabajo en el campo y en labores que requieran uso de ambas manos.*

*Adoración presenta sintomatología psicológica compatible con un síndrome de estrés postraumático y reclama por los hechos sucedidos.*

**SEGUNDO.-** En la misma sentencia, la sala juzgadora dictó el siguiente FALLO:

*Que debemos absolver y absolvemos a Fidel de la acusación contra él formulada por presunto delito de agresión sexual, declarándose de oficio la mitad de las costas, incluidas en esa proporción las de la Acusación Particular.*

*Que debemos condenar y condenamos a Fidel, como autor responsable criminalmente de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo las agravantes de parentesco y de motivación por género, a la pena de 12 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.*

*Además, se impone a Fidel la pena de prohibición de aproximación a menos de 500 metros de D<sup>a</sup> Adoración, su domicilio lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma y prohibición de comunicación por cualquier medio con D<sup>a</sup> Adoración, todo ello por tiempo de 20 años.*

*Asimismo, se impone a Fidel la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, por tiempo de 10 años, y se concretará en ejecución de sentencia.*

*Fidel indemnizará a D<sup>a</sup> Adoración en 224.000 euros. Es de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Comuníquese personalmente a D<sup>a</sup> Adoración que el artículo 7 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ante la declaración de insolvencia de quien resulte obligado por haber resultado condenado, prevé el ejercicio de la acción correspondiente para solicitar las ayudas previstas en dicha ley, acción que prescribe por el transcurso del plazo de un año desde que esta sentencia adquiera firmeza y le haya sido notificada personalmente a la víctima.*

*En ejecución de sentencia se precisará, una vez practicadas las pruebas oportunas y recibido el tratamiento correspondiente, la sanidad definitiva de D<sup>a</sup> Adoración, a cuyo efecto, por el Instituto de Medicina Legal con sede en Cartagena, se informará a este Tribunal, cada seis meses, del estado de D<sup>a</sup> Adoración, hasta que alcance la sanidad definitiva, en cuyo momento se interesará la fijación de las secuelas definitivas, de lo que se dará traslado a todas las partes personadas para que formulen las alegaciones procedentes, garantizándose así el carácter contradictorio de la decisión final sobre la indemnización a percibir por D<sup>a</sup> Adoración.*

*Solicítese al Juzgado de Instrucción nº 4 de San Javier la conclusión con arreglo a Derecho de la pieza de responsabilidad civil de Fidel.*

*Abónesele a Fidel el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, así como el tiempo en que ha estado vigente la orden de protección fijada por auto de 2 de abril de 2021.*

*Solicítese hoja histórico-penal de Fidel.*

*Se mantienen, hasta que la sentencia adquiera firmeza, las medidas cautelares personales adoptadas en el presente procedimiento, especialmente la orden de protección existente (prohibición de aproximación y de comunicación), a fin de garantizar la debida protección de la víctima D<sup>a</sup> Adoración (salvo que por expresa decisión judicial se dejen sin efecto).*

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación basado en el siguiente y único motivo: infracción de las normas del ordenamiento jurídico por indebida aplicación del art. 178 del Código Penal. Terminaba suplicando se revocara parcialmente la sentencia recurrida en el sentido argumentado en su escrito y se dictara sentencia condenatoria para el acusado también por el delito de agresión sexual del art. 178 CP. en los términos de su calificación provisional elevada a definitiva en el acto del juicio oral.

**CUARTO.-** Del recurso presentado se dio traslado a las partes personadas, con el resultado que a continuación se expresa.

Por la representación de don Borja y doña Adoración, acusación particular, se formuló adhesión al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, interesando las mismas peticiones que aquél.

Por la representación procesal del acusado, don Fidel, se formuló impugnación del recurso de apelación presentado en base a las alegaciones contenidas en su escrito, que terminaba suplicando la desestimación del recurso, la confirmación de la absolución del acusado por el delito de agresión sexual decretada en la sentencia apelada y la imposición de costas a los recurrentes

**QUINTO.-** Teniéndose por interpuesto el recurso en ambos efectos, se remitieron por la Audiencia Provincial las diligencias originales a esta Sala de lo Civil y Penal, formándose el oportuno rollo. Por providencia de fecha 14 de octubre de 2022 se señaló la deliberación, votación y fallo de la causa para el día 3 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.-** Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Primer y único motivo del recurso.

Discrepa el Ministerio Público en su recurso en lo relativo a la absolución de don Fidel respecto del delito de agresión sexual por el que también se había formulado acusación, que el tribunal *a quo* justificó en el argumento de que el acto de besar de forma brusca a su víctima quedaría absorbido en la agravante de género apreciada en relación al delito intentado de asesinato por el que sí se le condenó. Invoca el Ministerio Fiscal en apoyo de su tesis la reciente Jurisprudencia que enseña que no es necesaria la concurrencia del ánimo lascivo para considerar que exista un acto atentatorio contra la libertad sexual, por lo que los mismos hechos declarados probados por la sentencia de instancia serían objetivamente constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal, con la concurrencia de las agravantes de parentesco y de género, debiendo ser impuestas las penas solicitadas por dicha acusación en sus conclusiones definitivas.

El motivo, al que se adhirió la acusación particular, ha sido impugnado por la defensa, por las razones que exponen en sus respectivos escritos.

### SEGUNDO.- Razones de la absolución por el delito de agresión sexual dadas por el tribunal *a quo*.

La sentencia apelada condena a don Fidel como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, previsto y penado en el art. 139 y 62 del Código Penal, absolviéndolo del delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal por el que también venía acusado.

En lo que aquí interesa, la sentencia de instancia declara probado que el acusado, *"aprovechando que ella (su expareja, Adoración) había salido a tirar la basura a unos contenedores cercanos a su domicilio antes de ir a trabajar, con propósito de acabar con su vida, se acercó por la espalda a su expareja, sin que ésta advirtiera su presencia, y de forma sorpresiva la golpeó en la parte trasera de la cabeza con un palo grueso de aproximadamente un metro de longitud. Adoración, al recibir el golpe en su cabeza, se giró, siendo en ese momento que Fidel, cogiéndola por las muñecas y sujetándola, le dijo: Te voy a decir tres cosas que nunca podrás contar y que te las llevarás a la tumba, una, que llevaba mucho tiempo planeando cómo matarte, segunda, que dormiría con ella hasta que él quisiera, tercera, que no lo iba a poder contar porque la iba a matar. A continuación, Fidel comenzó a besarla de manera brusca en el cuello mientras la tenía sujeta de los brazos y, ante la oposición de Adoración, le propinó un fuerte puñetazo en la nariz que hizo caer al suelo a ésta. Acto seguido, mientras la tenía inmovilizada en el suelo, Fidel sacó un cuchillo con empañadura negra y hoja de grandes dimensiones que llevaba entre sus ropas, y, mientras ella se encontraba boca arriba, sin posibilidad de moverse al tener sus brazos bloqueados con las rodillas de Fidel, éste le dijo que si no podía dormir con ella era el momento de matarla, realizándole dos cortes en la cara con el cuchillo..."*

En su fundamento jurídico primero, el tribunal *a quo* argumenta la absolución del señalado delito de agresión sexual en los siguientes términos: *"La Sala, analizando la secuencia fáctica, no aprecia que el acto de besar de forma brusca en el cuello a la víctima presente visos de una actuación dirigida a satisfacer deseo sexual alguno, sino más bien, de dominación o imposición de una voluntad sobre la mujer, menospreciando su dignidad como mujer y haciéndola soportar una actuación humillante, al convertirla en un ser que ha de aguantar lo que le imponga el varón (besarla de forma brusca en el cuello, en el marco de la actuación del acusado de querer darle muerte). En ese sentido, el referido actuar proyectaría no tanto una actuación de carácter sexual, sino un contexto de dominación en que se operaría un estereotipo de género donde a la mujer se le atribuye una papel subordinado y dependiente de la voluntad del varón, despreciando su capacidad de elegir y decidir, y que quedaría bajo los designios del varón, cualesquiera que éstos fueran"*.

### TERCERO.- Posibilidades de condena en alzada en caso de sentencia absolutoria en la instancia.

Con carácter previo, y en relación a las posibilidades de condenar en apelación al absuelto en la primera instancia (o de agravar en alzada una previa condena), la Jurisprudencia (por todas, en STS 132/2013, de 19 de febrero) ha admitido tal posibilidad a través del motivo de infracción de ley, con intervención de la defensa

técnica pero sin audiencia personal del reo, siempre que dicha revisión se concrete en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, siempre que dicha revisión no afecte al hecho probado, no suponga una revaloración de la prueba y no incorpore un juicio de culpabilidad.

Esta revaloración probatoria vendría impedida por la exigencia de necesaria presencia del órgano de enjuiciamiento en el desarrollo de la práctica de la prueba, pues como dice el art 741 de la ley procesal penal, la explotación de la prueba corresponde a "*los jueces valorando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio oral*", al tiempo que se rellenan las exigencias del derecho de defensa del acusado con su presencia en el momento de su práctica, para poder contradecirlas.

Esta doctrina tiene su origen en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, SSTC 88/2013, de 11 de abril; 205/2013, de 5 de diciembre; 105/2014, de 23 de junio; 191/2014, de 17 de noviembre; o 105/2016, de 6 de junio). El Pleno del Tribunal, en la STC 88/2013, de 11 de abril, efectuó un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, intermediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal. La consecuencia de ello, sigue diciendo la citada STC 88/2013, es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de intermediación para ser valorada; y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad. Esta evolución de la doctrina constitucional reduce la posibilidad de condenar o agravar la condena sin vista a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 88/2013).

Una derivada añadida a la anterior es la que concierne al juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro, tal y como cita la STC 172/2016, de 17 de octubre, que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exigiría la celebración de vista cuando se trate de revocar una sentencia absolutoria o, en su caso, como aquí sucede, empeorar la condena. Al respecto, y de nuevo en los términos de lo afirmado por el Pleno del Tribunal en la STC 88/2013, en criterio reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, y 205/2013, de 5 de diciembre, se ha subrayado que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

Esta doctrina ha sido en gran parte asumida por el legislador español que en la reforma de la LECRIM operada por la LO 41/2015, de 5 de octubre, que ha dado una nueva redacción al art. 790.2 de dicho texto legal, cuyo párrafo 3 señala: "*cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria ... será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad de la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudiera tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada*". Es decir, que no cabe sin más sustituir la valoración del tribunal de instancia por la que el tribunal de la alzada considere, en inferioridad intelectual de condiciones por falta de intermediación, más adecuada, sino que lo que cabría es declarar la nulidad total o parcial de la sentencia porque la valoración de la instancia adolece de un manifiesto juicio lógico, se aleja de las máximas de experiencia, o bien por falta de valoración de algunas de las pruebas practicadas.

Consecuentemente, y esto es lo que interesa para la resolución del presente recurso, la infracción de ley que permitiría la corrección de la sentencia absolutoria de primera instancia y el dictado de condena en vía de recurso debe hacerse sin afectar al hecho probado, prescindiendo de toda revaloración probatoria por el tribunal *ad quem* y sin incorporar un nuevo juicio de culpabilidad.

**CUARTO.- Respuesta de la Sala de apelación al presente recurso del Ministerio Fiscal.**



Como hemos visto, la sentencia apelada declara probado que en la ocasión y circunstancias en que el acusado abordó a su expareja, Adoración, cuando ésta había salido de madrugada a tirar la basura a unos contenedores cercanos a su domicilio, tras golpearla de forma sorpresiva en la cabeza con un palo y proferir las expresiones amenazantes que se reseñan en la sentencia, "...Fidel comenzó a besarla de manera brusca en el cuello mientras la tenía sujeta de los brazos y, ante la oposición de Adoración, le propinó un fuerte puñetazo en la nariz que hizo caer al suelo a ésta...".

Pues bien, atendiendo en primer lugar a los aspectos meramente objetivos del comportamiento que se declara probado por el tribunal *a quo*, coincidimos con el recurrente en que dicho actuar, tal y como viene expresado en los términos literales de los hechos probados, integraría plenamente la conducta típica prevista en el artículo 178 del Código Penal que, recordémoslo, castiga como responsable de agresión sexual al que "*atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación*". En efecto, el relato de hechos probados describe la violencia ejercida y un acto que consideramos de inequívoco significado sexual, cual es el de besar sin consentimiento, de manera brusca y con violencia a la expareja en el cuello. No compartimos el criterio del tribunal *a quo* de considerar dicho concreto actuar como un episodio más de la agresión física homicida desplegada por el acusado, ni podemos considerarlo absorbido en ésta. Por el contrario, el descrito acto de inequívoco significado sexual se acumula con sustantividad propia al ataque a la vida e integridad física de la mujer como un ataque específico a la indemnidad y libertad sexual de ésta. De forma tal que el completo actuar del acusado afectaría de lleno a dos bienes jurídicos distintos que, por ello, han de merecer un diferenciado reproche penal. Y no otro significado que el inequívocamente sexual puede atribuirse al acto de besar el acusado bruscamente a su expareja mientras la agredía. Ninguna duda nos cabe acerca de la significación sexual de dicho actuar, teniendo en cuenta que, como enseñan las SSTs 820/2022, de 24 de febrero, y 130/2019, de 12 de marzo, "*el significado sexual de un determinado tocamiento o acto sobre el cuerpo de otra persona se nutre, sobre todo, de valoraciones socio-culturales que permitan identificar que las zonas del cuerpo en las que se proyecta corresponden con las que, en términos intersubjetivamente compartidos, las personas viven su sexualidad o se interrelacionan con otros sexualmente*".

Por lo que se refiere ahora al elemento subjetivo de la acción, hay que recordar que la descripción típica del delito de agresión sexual pone solo el acento en que debe concurrir un atentado contra la libertad sexual, desvinculándolo de la motivación sexual que pudiera concurrir o no en el autor. No se trata aquí de que el sujeto activo persiga una satisfacción específicamente sexual, sino de que la acción ejecutada tenga un significado objetivamente sexual que, por su propia claridad, no escape a la conciencia y voluntad del autor. Como enseña la STS 132/2013, de 19 de febrero, el tipo penal de la agresión sexual se alcanza con la realización de un acto no consentido de indudable contenido sexual, no siendo preciso que junto al conocimiento y voluntad en la realización de ese acto se sume otra finalidad de lascivia, pues este último requisito no aparece en la norma. Por su parte, la STS 957/2016, de 19 de diciembre, señala que "*la atribución de valor sexual a la acción no puede hacerse depender de un elemento extrapenal tan difuso como el llamado ánimo lúbrico o libidinoso del autor, sin perjuicio de que dicha intención, de concurrir, pueda servir como dato probatorio para su acreditación en supuestos equívocos*".

Es importante advertir, finalmente, que la sentencia de instancia no incluye referencia alguna al ánimo con el cual el acusado llevó a cabo esos concretos hechos: besar bruscamente a su expareja mientras la agredía. Y no menos importante es reseñar que tampoco nosotros, en la revisión de la subsunción jurídica que se nos plantea por el recurrente, hacemos reconsideración alguna de tal silencio. En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto en el que el error que se denuncia es puramente jurídico, de subsunción, por lo que procede su corrección en esta alzada.

#### **QUINTO.- Calificación jurídica de los hechos.**

Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia son constitutivos, además del ya señalado en la sentencia apelada, de un delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, anterior por tanto a la reforma de dicho texto operada por la LO 10/2022, que -con ocasión de las facultades que a esta Sala atribuyen las Disposiciones Transitorias 9ª y 3ª de la Leyes Orgánicas 10/95 y 1/2015- estimamos de no aplicación por no ser norma más favorable (la penalidad resultante conforme a los artículos 178.1 y 2 y 180 de la nueva redacción resulta notoriamente más grave que la vigente a la fecha de los hechos enjuiciados).

#### **SEXTO.- Autoría.**

Fidel es autor responsable criminalmente del delito de asesinato en grado de tentativa, en atención a los artículos 27 y 28, párrafo primero, del Código Penal, al realizar por sí mismo, con plena conciencia y voluntad, la conducta típica.

#### **SÉPTIMO.- Circunstancias modificativas.**

Interesa el Ministerio Fiscal en su recurso la apreciación, también respecto del delito de agresión sexual, de las dos agravantes que ya patrocinaba en su escrito de acusación provisional, elevado a definitivo en el plenario, a saber: la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal y la agravante de cometer el delito por motivos de género del artículo 22.4ª del mismo texto.

Respecto de la agravante de parentesco, su apreciación en el delito de agresión sexual por el que condenamos en esta alzada es consecuente a la naturaleza de la infracción (delito contra las personas) y a ser la víctima de la agresión sexual expareja del acusado, con quien había tenido descendencia. Elementos éstos que aparecen expresamente recogidos en la declaración de hechos probados de la sentencia apelada y que, por su naturaleza puramente objetiva, pueden y deben ser apreciados en esta alzada como resultado de la corrección del error de subsunción jurídica que venimos apreciando en la sentencia de instancia. Y sin que para ello esta Sala de apelación lleve a cabo una revaloración de las pruebas personales o una reconsideración de los hechos estimados probados, que le estaría vedada conforme a lo ya expuesto en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

Precisamente esto último es lo que consideramos que impide la apreciación en esta alzada y respecto del delito de agresión sexual de la agravante de actuar el culpable por motivos de género, también patrocinada por el Ministerio Fiscal. Ya dijimos antes que los aspectos subjetivos relativos al ánimo o a la motivación que guíen al acusado son cuestiones de hecho que, cuando se extraen a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exigirían para su apreciación de una revaloración probatoria que le está vedada al tribunal de apelación. Esa valoración es precisamente la que se vierte en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia apelada para apreciar la agravante de motivos de género en el delito intentado de asesinato. Razona a este respecto el tribunal *a quo* que *"concorre la agravante de comisión del delito por motivos de género habida cuenta el comportamiento desplegado por Fidel, quien ha cometido el delito atendiendo a unos marcados estereotipos de género que atribuyen a la mujer un papel de subordinación y dependencia respecto del varón"*.

Son pertinentes aquí los argumentos contenidos en la muy esclarecedora STS 23/2022, de 13 de enero, citada en la sentencia apelada, cuando señala que *"... bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad"*.

Pues bien, es precisamente esta última consideración la que implica y exige tanto una revaloración de las pruebas personales no apreciadas por este tribunal de alzada como una reconsideración de los hechos estimados probados que en ambos casos excederían del error puramente jurídico de subsunción que le es dable apreciar a esta Sala para condenar en alzada al absuelto en la instancia o empeorar su previa condena. De ahí nuestra decisión de no apreciar esta segunda circunstancia agravante patrocinada por el Ministerio Fiscal en su recurso.

#### **OCTAVO.- Individualización penológica.**

Atendida la pena prevista en para el delito de agresión sexual en el artículo 178 CP (uno a cinco años de prisión), la concurrencia de una sola agravante (mixta de parentesco) determina, por aplicación de lo previsto en el artículo 66.1.3ª del mismo texto, la imposición de aquella pena privativa de libertad en su mitad superior (tres años y un día a cinco años) que estimamos proporcionado individualizar en su mínima extensión de tres años y un día de prisión, a la vista del carácter episódico y menor entidad del hecho de significación sexual realizado por el acusado sobre su expareja.

A dicha pena se adicionan las de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y (ex arts. 48 y 57 CP) la de prohibición de aproximación a menos de 500 metros de Adoración, su domicilio lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma y prohibición de comunicación por cualquier medio por tiempo de cinco años, así como (ex art. 192 CP) la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta y cuya ejecución se concretará en ejecución de sentencia.

#### **NOVENO.- Costas procesales.**

Respecto a las costas causadas en esta alzada, ante la falta de previsión legal en esta materia, las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2021 y 24 de marzo de 2022 han manifestado que no cabe aplicar por analogía el sistema de vencimiento objetivo que para el recurso de casación establece el artículo 901 LECR, por lo que es necesario acudir a las previsiones generales del artículo 240 del mismo texto. Este precepto habilita la declaración de oficio o la imposición de costas a las partes, con dos matices: uno referente al procesado absuelto; y otro relativo a los querellantes, a los que se les impondrán cuando hayan

actuado con temeridad o mala fe, por lo que únicamente procederá la condena en costas cuando concurren estas circunstancias.

No concurriendo ninguno de estos requisitos, procede la declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución,

## **FALLAMOS**

1º.- ESTIMAR el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, con la adhesión de la acusación particular, ejercitada por doña Adoración y don Borja, contra la sentencia dictada en fecha 6 de junio de 2022, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento sumario ordinario nº 45/2021.

2º.- REVOCAR PARCIALMENTE dicha sentencia en lo relativo a la absolución del acusado, Fidel, por el delito de agresión sexual, condenándole en esta alzada como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, igualmente definida, a las penas de tres años y un día de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, prohibición de aproximación a menos de 500 metros de Adoración, su domicilio lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma, y de de comunicación con ella por cualquier medio por tiempo de cinco años, así como a la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta y cuya ejecución se concretará en ejecución de sentencia.

3º.- CONFIRMAR íntegramente la indicada sentencia en el resto de sus pronunciamientos.

4º.- Declarar de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese a todas las partes personadas en esta alzada y póngase en conocimiento personal de doña Adoración en su condición de víctima, por medio de su representación procesal en la causa, tal como disponen los artículos 109 LECrim. y 7 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación e la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en los artículos 792.4 y 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/07/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20219/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados de la misma.