



Roj: **STS 4608/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4608**

Id Cendoj: **28079120012024100792**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2024**

Nº de Recurso: **2497/2022**

Nº de Resolución: **799/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8607/2021,**
STSJ CAT 3134/2022,
STS 4608/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 799/2024

Fecha de sentencia: 25/09/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2497/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/09/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2497/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 799/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 25 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional interpuesto por la representación procesal de **DON Humberto**, contra la Sentencia núm. 48/2022, de 15 de febrero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, por la que se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el más arriba reseñado contra la sentencia núm. 135/2021, de 8 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, por la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual del art. 181.1 y 4 del Código penal. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento como recurrente **DON Humberto**, representado por el Procurador de los Tribunales don José Rafael Ros Fernández, con la asistencia técnica de los Letrados don José María Fuster Fabra Torrellas y don Gonzalo Quintero Olivares; y, ejerciendo la acción pública el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona incoó procedimiento sumario núm. 2/2018, por un presunto delito de abuso sexual seguido contra Humberto. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la sección séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona que incoó PO Sumario 19/2018 y, con fecha 8 de febrero de 2021, dictó Sentencia núm. 135 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO.- Sobre las 5:00 horas de la madrugada del día 27/1/2018, el acusado D. Humberto (mayor de edad, de nacionalidad española y argentina, provisto de DNI núm. NUM000, sin antecedentes penales) y Dª Custodia, tras salir de un local de ocio nocturno de la ciudad de Barcelona, se dirigieron, andando, al domicilio del acusado Sr. Humberto sito también, en Barcelona, DIRECCION000.

El acusado Sr. Humberto y la Sra. Custodia se habían conocido horas antes, al coincidir, acompañados de sus respectivos grupos de amigos, en un local de ocio.

La Sra. Custodia se hallaba en la ciudad de Barcelona, pasando unos días de vacaciones junto a unas amigas.

SEGUNDO.- Una vez en el interior del domicilio del acusado, tanto el Sr. Humberto como la Sra. Custodia mantuvieron, de manera consensuada, algunos contactos sexuales.

TERCERO.- En un momento dado, el acusado manifestó a la Sra. Custodia su deseo de mantener relaciones sexuales anales, propuesta que fue rechazada por la Sra. Custodia.

A pesar de dicha negativa, el acusado penetró analmente con su miembro viril a la Sra. Custodia, en contra de la voluntad de ésta; causando con esa penetración, a la Sra. Custodia, lesiones consistentes en fisuras anales, en las posiciones de las 12 horas y las 6 horas.

CUARTO.- A continuación, la Sra. Custodia abandonó el domicilio del acusado, en estado de shock a causa de lo sucedido, llegando a caerse al suelo, temblorosa y llorosa, en la propia portería del edificio de DIRECCION000; lugar en el que fue atendida por una transeúnte, quien efectuó la llamada para que acudieran Mossos d'Esquadra y Servicios de Emergencia sanitarios a fin de asistir a la Sra. Custodia, siendo trasladada al Hospital Clínic, para su exploración.

QUINTO.- Desde que se produjeron estos hechos, la Sra. Custodia acude, semanalmente, a un terapeuta, para recibir tratamiento psicológico.

SEXTO.- El acusado ha consignado la cantidad de 50.000 euros (20.000€ en marzo/2018 y 30.000€ en abril/2018), en concepto de fianza, en respuesta al requerimiento judicial efectuado, por el Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, mediante Auto de procesamiento, dictado en fecha 12/3/2018".

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Humberto, en concepto de autor responsable de un delito de abuso sexual, previsto y penado en los arts. 181.1 y 4 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de:

a) principal, de cuatro años de prisión,

- b) accesoria, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,
- c) accesoria, de prohibición de acercarse a menos de quinientos metros de la persona; domicilio, trabajo u otro lugar en el que se halle D^a Custodia y prohibición de comunicarse con ella, por cualquier medio o procedimiento, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, por tiempo total de cinco años (extensión superior en un año a la pena, privativa de libertad), que se cumplirán de forma simultánea a la pena de prisión impuesta.

Se CONDENA a D. Humberto al pago de las costas procesales, incluidos los honorarios de la Acusación Particular.

En concepto de responsabilidad civil, D. Humberto deberá indemnizar a D^a Custodia en la cantidad de 15.000 euros por los daños morales y lesiones sufridos, cantidad que devengará los intereses legales previstos en el art. 576 de la LEC.

Sírvale de abono al acusado el tiempo de privación de libertad sufrido con motivo de la presente causa, si no le ha sido abonado en otra.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, así como personalmente al acusado, haciéndose saber a los mismos que no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en virtud del art. 846 ter LECrim, dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la presente sentencia.

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

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal del condenado presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, formándose el rollo de apelación 153/2021. En fecha 15 de febrero de 2022 el citado Tribunal dictó sentencia núm. 48, aceptando los Hechos declarados probados de la resolución recurrida, añadiendo al Hecho sexto lo siguiente:

"Que el acusado ha mostrado una cierta voluntad reparadora".

La sentencia dictada en apelación contiene la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Humberto contra la sentencia dictada por la Sección 7^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 8 de febrero de 2021 y en consecuencia DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente dicha sentencia sólo en el extremo de aplicar la atenuante simple de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, y DEBEMOS MANTENER Y MANTENEMOS las mismas penas de cuatro años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena impuestas en dicha sentencia, por ser la pena mínima aplicable, a D. Humberto y mantenemos el resto de las penas impuestas y todos los demás pronunciamientos de la referida sentencia, y declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Humberto anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por el aquí recurrente se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 181.1 y 4 del Código penal, alternativamente la aplicación del art. 181.1 del mismo texto legal.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida de precepto penal de carácter sustantivo al entender aplicable la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 del Código penal sin efecto punitivo; y, alternativamente, por no apreciarla como muy cualificada.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación de la atenuante de embriaguez como muy cualificada del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del Código penal o del art. 21.2 del mismo texto legal.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código penal.

Motivo quinto.- Por infracción de precepto constitucional, de acuerdo con el contenido del 852 de la LECrim., y el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución española; por vulneración de un proceso con todas las garantías o proceso debido, ex artículo 24.2 de la Constitución española; y del derecho a la presunción de inocencia.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 26 de mayo de 2022, se da traslado para instrucción al Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, quién solicita la inadmisión y subsidiariamente su desestimación por las razones expuestas en su escrito de fecha 13 de septiembre de 2022.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 19 de septiembre siguiente se tiene por incorporado el anterior escrito y se da traslado a la parte interesada por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. La representación procesal de la parte recurrente presenta sus alegaciones.

OCTAVO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, que modifica el Título VIII, Libro II del Código penal, se da traslado, por término de 8 días, a la representación procesal de la parte recurrente por si interesa adaptar su escrito de formalización a la nueva ley. El condenado presenta escrito ratificándose en sustancia en los motivos formalizados e interesa le sea de aplicación la nueva ley por resultarle más favorable.

Por el contrario, el Ministerio público, en el traslado que le fue conferido, considera que la aplicación de la nueva legislación no resulta más favorable al reo.

NOVENO.- Por providencia de esta Sala de fecha 21 de junio de 2024 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 24 de septiembre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1.- De los cinco motivos que conforman el presente recurso de casación, en los cuatro primeros se denuncian sendas infracciones de ley, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El último de ellos, sin embargo, desplaza el eje de las quejas a la denunciada vulneración de un derecho fundamental (la presunción de inocencia) y se articula, en consecuencia, sobre la base de lo previsto en el artículo 852 de ese mismo texto legal. Consideraciones de naturaleza metodológica abogan, sin embargo, por alterar el orden que la recurrente propone, en la medida en que el último de los motivos cuestiona derechamente el factum de la resolución impugnada, mientras que los otros cuatro lo presuponen, centrando sus objeciones, como no podía ser de otro modo dado el motivo de impugnación escogido en ese caso, en la calificación jurídica que mejor se acomoda a aquellos.

1.2.- Así pues, considera la parte que la resolución impugnada habría vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado. Argumenta, en síntesis, que el pronunciamiento condenatorio recaído en la primera instancia, que la sentencia ahora impugnada respalda, descansa de forma exclusiva en las declaraciones prestadas en el acto del juicio por quien se presenta como víctima. Y aunque la parte ahora recurrente no ignora que ello, en sí mismo, no resulta determinante de la vulneración del derecho fundamental cuya observación reivindica, explica que, en el caso, no se ha tomado en cuenta la existencia de las que califica como graves y repetidas contradicciones en lo declarado por la testigo, cuando se pone en relación de contraste lo expresado por aquella en las diferentes oportunidades que tuvo ocasión de deponer a lo largo del procedimiento, contradicciones que alcanzarían tanto al modo en que se produjo la relación sexual que proclama incontestada, como al orden en el que se sucedieron ésta y las otras que admite haber aceptado. Destaca también el recurrente que la testigo aseguró no haber consumido bebidas alcohólicas, cuando lo cierto es que dicha afirmación se desmiente con el resultado de las pruebas analíticas que le fueron practicadas al respecto. En definitiva, las quejas de la parte ahora recurrente se condensan muy precisamente cuando concluye: *"La versión ofrecida por la Sra. Custodia, de acuerdo con la cual, se paró momentáneamente la relación sexual en la que ambos estaban inmersos, para discutir la posibilidad de pasar al coito anal, y que esa posibilidad fue rechazada, y que nuestro defendido despreció dicho rechazo, y lo intentó de todos modos y solo se detuvo ante la manifestación de que le causaba dolor, carece de razonabilidad de acuerdo a la experiencia, siendo mucho más lógica la versión del Sr. Humberto, que reconoce que, tras una relación sexual mantenida en tracto continuado desde un primer momento, intentó llegar también a ese punto, abandonando el intento tan*

pronto ella protestó. Lo cual se corresponde plenamente con la inexistencia de propósito alguno de despreciar la voluntad y el consentimiento de la otra persona".

1.3.- Explica nuestra reciente sentencia número 138/2024, de 15 de febrero, incidiendo en la línea ya marcada por otros muchos precedentes: <<Conviene hacer una delimitación -no por repetida menos necesaria- de las premisas a las que se ajusta el conocimiento por esta Sala de una impugnación frente a una sentencia que ya ha sido objeto de recurso de apelación. Sólo así puede llegar a entenderse nuestro ámbito valorativo, descartando pretensiones que aspiran a que nos situemos en la posición que ocupaba el Tribunal de instancia ante el que se desarrollaron las pruebas o el órgano de apelación que ya ha podido examinar el grado de cumplimiento del canon constitucional de apreciación probatoria. No tenemos capacidad para desplazar la valoración de las pruebas que ha plasmado la inicial sentencia condenatoria y acogernos a la valoración alternativa que ofrece a nuestra consideración la defensa.

La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante -recuerdan las SSTS 429/2023, 1 de junio; 399/2022, 22 de abril; 294/2022, 24 de marzo; 483/2021, 3 de junio; 196/2019, 9 de abril; 45/2014, 7 de febrero y 154/2012, 29 de febrero-, cuando se trata del recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, no puede prescindir del hecho de que la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia ya ha sido objeto de fiscalización por la novedosa vía impugnativa que, aunque con un retraso histórico, ha sido arbitrada por la indicada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015. Se trataba, pues, de hacer efectivo el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior, tal y como reconoce el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La primera consecuencia, en ocasiones olvidada, es que el objeto del presente recurso no es la sentencia dictada en la instancia y confirmada en la apelación. El único objeto de la casación penal es la resolución emanada del Tribunal Superior de Justicia al pronunciarse sobre el recurso de apelación formalizado. De ahí que los argumentos que sirven de vehículo para expresar -ya en casación- la discrepancia con el desenlace del proceso tienen que centrarse en lo resuelto por el Tribunal ad quem, que en el marco de la apelación, es precisamente el Tribunal Superior de Justicia.

Por consiguiente, el esfuerzo argumental dirigido a cuestionar los razonamientos que se deslizan en la sentencia dictada inicialmente por la Audiencia Provincial desenfoca el alcance del recurso de casación promovido. La oportunidad que brindan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, para hacer valer un recurso de casación por vulneración de derechos fundamentales, no puede ser interpretada como la última ocasión para reiterar ante el Tribunal Supremo argumentos que no fueron atendidos en la instancia. La Ley 41/2005 no ha creado una apelación encadenada que autorice la repetición de aquello que no ha sido estimado en lo que erróneamente se interpretaría como la primera apelación.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se materializa en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (cfr. SSTS 599/2020, 12 de noviembre; 490/2020, 1 de octubre; 396/2020, 18 de junio; 302/2020, 12 de junio)>>.

1.4.- En suma, y por lo que ahora importa, nuestra función aquí no consiste en valorar de forma definitiva el resultado de la prueba practicada en el juicio, tomando como mero antecedente necesario lo resuelto al respecto en primera y segunda instancia; ni en someter a contraste la legítima tesis sostenida por el recurrente con la valoración probatoria efectuada en la resolución que recurre, para escoger la que nos parezca más plausible. La prueba fue valorada por el órgano jurisdiccional de la primera instancia y sus consideraciones resultaron sometidas a la fiscalización que al recurso de apelación corresponde, satisfaciéndose con ello el derecho del condenado a que un Tribunal funcionalmente superior someta a revisión las consideraciones, - también en el ámbito propio de la valoración probatoria-, que sustentan aquel primer pronunciamiento (el derecho a la doble instancia).



Así entendido, para que el motivo de casación construido sobre la base de una pretendida vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia pudiera alcanzar buen éxito, resultaría preciso bien que este Tribunal Supremo no identifique la existencia de prueba de cargo alguna (inexistencia de prueba); bien que observe que aquella de la que se dispuso resultó obtenida con vulneración de derechos fundamentales (nulidad de la prueba); bien que en su desarrollo quedaron desatendidos principios esenciales del procedimiento, –defensa, contradicción, intermediación, unidad de acto-(prueba irregular); o, por fin, que no sea dable afirmar que la misma, –existente, válida y regular–, pueda reputarse bastante para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya fuera por deficiencias relevantes en el método de valoración empleado (partiendo de inaceptables presunciones, sobrevalorando el resultado de medios probatorios irrelevantes, etc.), ya por ausencia de ponderación de elementos relevantes de descargo; culminando nuestro juicio en la comprobación de que el resultado probatorio obtenido merece calificarse como razonable y aparece suficientemente razonado.

1.5.- No en todo se observan por el recurrente las anteriores exigencias, siendo así que en muchos de los pasajes de su impugnación se limita, en sustancia, a reproducir las quejas que fueron ya sometidas al juicio del Tribunal Superior en el marco del recurso de apelación, identificando una suerte de contradicciones en lo declarado por la testigo de cargo única sobre cuya base pretendería inhabilitarse la credibilidad y fiabilidad de su testimonio.

El Tribunal Superior de Justicia aborda en la sentencia ahora recurrida las mencionadas quejas. Y, en tal sentido, aunque no ignora que, en efecto, no siempre y no sobre todos los aspectos de su relato, el testimonio de quien se presenta como víctima puede considerarse conteste (puestas en relación las distintas manifestaciones que dejó prestadas a lo largo del procedimiento); sí lo fueron, en cambio, respecto de la cuestión, aquí esencial, relativa a que el acusado, en el contexto de una relación sexual libremente consentida entre ambos, trató de penetrarla por vía anal, poniendo en acto su propósito, aunque sin conseguirlo de forma completa ante las protestas y manifestaciones de dolor de ella, y esto pese a que la misma había manifestado expresamente (lo que siempre y radicalmente sostuvo) su negativa a participar en esa clase de prácticas. Así resulta, con toda evidencia, de lo que la testigo expresó en el acto mismo del juicio, en forma consistente en este concreto aspecto, con lo que siempre sostuvo.

Se analiza también en la sentencia impugnada que el acusado, igualmente de manera persistente por lo que respecta a este extremo, aceptando el relato de ella en lo relativo a que los dos se encontraban de diversas formas (no relevantes ahora) participando en una relación sexual mutuamente consentida, sin que el orden de los distintos actos consentidos cobre mayor importancia, sostiene, sin embargo, que en el desarrollo de aquellas relaciones de contenido sexual se dispuso a penetrar a la testigo por vía anal, sin que ella se hubiera opuesto previamente a dicha práctica, desistiendo de continuar la misma, tan pronto como ella expresó su protesta afirmando que le dolía.

Entre ambos relatos, más allá de las irrelevantes discrepancias acerca de si existió o no penetración por otra clase de vías y por qué orden, considera creíble y fiable en grado bastante el órgano competente para el enjuiciamiento lo sostenido por la testigo de cargo. Y el Tribunal Superior, revisando el resultado de la prueba practicada en el juicio, alcanza las mismas conclusiones, respaldando lo resuelto.

Nos encontramos, por tanto, frente a un pronunciamiento condenatorio que descansa, –no impugna ninguno de estos extremos la parte ahora recurrente–, sobre una prueba de cargo existente, válida y regularmente practicada.

Sentado lo anterior, ni el órgano jurisdiccional de primera instancia ni el competente para conocer del recurso de apelación, privilegian el testimonio de quien se presenta como víctima frente a lo que manifestó el acusado, sobre la base de consideraciones apodícticas, caprichosas, metodológicamente inaceptables o contrarias a las exigencias propias de la racionalidad. Muy al contrario, explican la existencia de ciertos elementos objetivos externos (en cuanto ajenos a la propia voluntad y control de la testigo) que, aun siendo periféricos (en la medida en que no tienen por objeto hechos integrantes del tipo penal) vendrían a corroborar la veracidad del testimonio de aquella, más allá de toda duda razonable. Primeramente, la sentencia impugnada se refiere a que, tras concluir el "intento" de penetración anal, inmediatamente la testigo abandonó de forma precipitada la vivienda en la que ambos se encontraban, conducta que no parece conteste con la trivialidad descrita por el acusado y sí, en cambio, con el relato de aquella. Pero es que, además, dicha partida no se produjo de forma ordinaria o "natural". Al contrario, tuvo lugar en condiciones tan llamativas que una vecina, tras interesarse por el estado de la testigo, dio aviso a las fuerzas de seguridad, presentándose en el lugar una dotación de agentes, convenientemente identificados en la sentencia que ahora se recurre, que vinieron a observar en el acto del plenario que la testigo mostraba un estado que definen como de shock, "*nerviosa, angustiada, llorosa, bloqueada*". Ya en ese primer momento narró haber sido víctima de un intento de penetración anal, pese a haber expresado su oposición al mismo. Tampoco dicho estado de profunda perturbación parece conectar

fácilmente con el relato del acusado y sí puede considerarse, en cambio, razonablemente consecutivo a la agresión descrita por la testigo.

Por otro lado, la sentencia impugnada destaca, valorando con detalle el resultado de las pruebas practicadas al respecto, que la Sra. Custodia presentaba tras el suceso sendas fisuras en la zona anal, de producción reciente puesto que aún sangraban. No se desconoce, evidentemente, que dichas lesiones, como con mucha frecuencia sucede también con otras, pueden responder a muy diversas etiologías (en el caso, por ejemplo, diarrea, estreñimiento y, desde luego, también prácticas sexuales consentidas); pero se afirma que su presencia, no solamente acreditaba la efectiva existencia del contacto sexual por esta vía, sino también que el mismo presentó cierta intensidad, compatible con la resistencia, incluso meramente refleja, que la testigo relata. Igualmente, se pondera en la resolución impugnada que la circunstancia de que no fuera hallado semen en la cavidad anal de la Sra. Custodia, resulta plenamente conteste con el empleo por parte del acusado de un preservativo, tal y como ambos admitieron, preservativo que fue hallado por la policía en una papelería del domicilio del acusado.

Es claro, finalmente, que las repetidas referencias a un "intento de penetración" a las que tanto la sentencia impugnada como el recurrente aluden, en modo alguno desmiente o pone en cuestión que el delito previsto en el artículo 181.4 del Código Penal (acceso carnal), se produjera en grado de consumación, habida cuenta de que la testigo así lo dejó expresado y de que, conforme a una inveterada doctrina jurisprudencial, ésta, la consumación, se produce desde que aquél, el acceso carnal, tiene comienzo, cuál en este caso resulta con toda evidencia del resultado lesivo que se ocasionó a la víctima.

Desde otro punto de vista, no pueden minimizarse las consideraciones efectuadas en la sentencia que ahora se impugna acerca de que la Sra. Custodia y el acusado se conocieran, precisamente, la noche anterior al suceso, encontrándose ambos, cada uno con su respectivo grupo de amistades, en un establecimiento de hostelería. Ello excluye, en términos de razonabilidad, que el relato de la testigo pudiera obedecer a cualquier clase de propósito espurio vinculado a una inexistente relación de enemistad previa con el acusado, a quien acababa de conocer, como también que pudiera identificarse alguna clase de propósito vindicativo o de naturaleza ilegítima, máxime cuando la propia Sra. Custodia ha admitido desde primera hora que acudió a la vivienda del acusado con el propósito de mantener relaciones sexuales con el mismo, siendo así que, si su relato persiguiera perjudicarle indebidamente, no resultaría fácil comprender las razones por las que la testigo admitiría haber consentido ciertas prácticas sexuales explícitas, mientras negaba exclusivamente que hubiese aceptado la penetración por vía anal.

Finalmente, no existe indicio alguno de que la Sra. Custodia padezca cualquier clase de incapacidad o limitación para percibir lo realmente sucedido, para explicarlo, o para comprender cabalmente su significado. La considerada por el recurrente como "*fuga*" del centro hospitalario nada aporta en este sentido. Importa tener en cuenta que, lógicamente, la denunciante no estuvo nunca privada de libertad y que, en consecuencia, su marcha del centro médico, solo con exageración notable puede considerarse una fuga o una suerte menor de sustracción a la acción de la justicia. Desde luego, no consta, ni se aduce tampoco por el recurrente, que la defensa hubiera interesado en momento alguno la práctica de cualquier clase de prueba pericial respecto a la capacidad de la testigo para percibir la realidad y comprender el sentido de lo que sucede.

En definitiva, configurada nuestra función en la forma que se explicó, únicamente podemos ahora respaldar las consideraciones que se efectúan en la sentencia impugnada, siendo que el pronunciamiento condenatorio descansa en la existencia de prueba de cargo, válida y regularmente desarrollada, que se analiza bajo métodos reconocibles, suficiente para desvirtuar la presunción interina de inocencia, apareciendo las conclusiones obtenidas razonablemente explicadas en la resolución que se impugna y sin que se oponga a las reglas de la sana crítica.

El motivo de impugnación se desestima.

SEGUNDO.- 2.1.- El primero de los motivos de impugnación que presenta la parte con invocación de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la pretendida vulneración de lo previsto en los artículos 181. 1 y 4 del Código Penal.

2.2.- Es evidente, sin embargo, que, como advierte el Ministerio Público al tiempo de oponerse al recurso, las quejas que se desarrollan bajo este motivo de impugnación desbordan sin disimulo sus naturales límites. En efecto, argumenta quien ahora recurre, en síntesis, que las relaciones sexuales que mantuvo con la Sra. Custodia fueron consentidas por esta en todo momento. Admite que cuando, en el desarrollo de las mismas, el acusado trató de penetrarla por vía anal, la misma rechazó dicha práctica, a partir de cuyo instante el acusado cesó en toda actividad. En suma, siempre según el recurrente afirma, desde que tuvo conocimiento de que la Sra. Custodia rechazaba esta concreta práctica sexual, respetando, como debía, su voluntad, le puso inmediato término. En consecuencia, siempre según el discurso de la parte que ahora recurre, no podría

hablarse aquí de la realización de actos sexuales in consentidos, no concurriendo así el elemento nuclear típico conformador de los preceptos penales que invoca.

2.3.- Sucede, sin embargo, que estas quejas más tienen que ver con las expresadas en el anterior motivo (presunción de inocencia), a cuyos razonamientos nos remitimos, que con las esperables en el marco del invocado artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, repetidamente hemos tenido oportunidad de señalar que la infracción de ley a la que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina la necesidad de que el recurrente acepte, y tome como punto de referencia fáctica en sus razonamientos, el relato de los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada (*"dados los hechos que se declaran probados"*, señala el precepto). Si lo que con dicho motivo se censura es el juicio de subsunción efectuado en la resolución que se impugna, tanto en el plano lógico como en el metodológico, deviene necesario partir de un relato fáctico ya definitivamente estable y consolidado, en la medida en que el mismo resulta presupuesto necesario de dicho juicio, que se pretende erróneo. Ninguna modificación del relato de hechos probados puede perseguirse con éxito por este cauce (sentencias números 665/2022, de 30 de junio; 596/2023, de 13 de julio; o 270/2024, de 20 de marzo, entre muchas otras). No estorba recordar aquí el elocuente pasaje que se contiene en el factum de la sentencia impugnada: "En un momento dado, el acusado manifestó a la Sra. Custodia su deseo de mantener relaciones sexuales anales, propuesta que fue rechazada por la Sra. Custodia".

A pesar de dicha negativa, el acusado penetró analmente con su miembro viril a la Sra. Custodia, en contra de la voluntad de ésta; causando con esa penetración, a la Sra. Custodia, lesiones consistentes en fisuras anales, en las posiciones de las 12 horas y las 6 horas".

El motivo se desestima.

TERCERO.- 3.1.- También con invocación de lo previsto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ahora en el motivo segundo de su recurso, considera la parte indebidamente inaplicado lo dispuesto en el artículo 21.5 del Código Penal o, más precisamente, la carencia de efecto punitivo alguno de la apreciación de dicha circunstancia atenuante, proponiendo quien aquí recurre, para corregir esa deficiencia, que aquella resulte aplicada con el carácter de muy cualificada.

3.2.- Ciertamente, interesó la defensa la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño. El órgano competente para el enjuiciamiento, lógicamente a partir del relato de los hechos que consideró probados, rechazó la aplicación de aquélla. Se proclama, efectivamente, que *"el acusado ha consignado la cantidad de 50.000 euros (20.000€ en marzo/2018 y 30.000€ en abril/2018), en concepto de fianza, en respuesta al requerimiento judicial efectuado, por el Juzgado de Instrucción nº 13 de Barcelona, mediante Auto de procesamiento, dictado en fecha 12/3/2018"*. Sin embargo, dichas cantidades, --se explica en la sentencia recaída en la primera instancia--, no fueron puestas, con anterioridad a la celebración del juicio oral, a disposición de la perjudicada. Por eso, y aplicando, en sustancia, la doctrina general al respecto de este Tribunal Supremo, consideró la Audiencia Provincial que la mera consignación de una cantidad para eludir el embargo, sin la explícita indicación de que la misma resulte puesta de inmediato a disposición de la persona perjudicada, no colma las exigencias de la mencionada circunstancia atenuante.

3.3.- Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia estimó, en este solo aspecto, el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado. Sin desconocer aquella doctrina general, argumentaba que, en el caso, se advertían buenas razones para apreciar la circunstancia atenuante reivindicada. Primeramente, la cantidad consignada, --fueran los cincuenta mil euros que se reflejan en el relato de los hechos que se declaran probados o los setenta mil a los que se refiere el recurrente--, sobrepasaba de forma muy notable las cantidades reclamadas por las acusaciones en concepto de indemnización en favor de la víctima. Y, desde luego, superaba también, con creces, la finalmente establecida por este concepto en la sentencia de primera instancia (quince mil euros). Junto a ello, se ponderaba también que la víctima reside en el extranjero y, conforme resultó justificado en el juicio, no mantuvo con el letrado que le fue designado de oficio para su defensa contacto alguno, razones que habrían dificultado, como el recurrente ahora vuelve a recordarnos, la posibilidad de mantener con ella negociación alguna o de hacerle llegar directamente cualquier posible reparación económica. Igualmente, se pondera, --e insiste también en ello quien aquí recurre--, que el acusado carece de bienes que pudieran haberle sido embargados en España, razón por la cual la consignación de la mencionada cantidad no puede reputarse orientada a evitar un imposible embargo, no teniendo así más finalidad reconocible que la de reparar el daño causado. Por estas razones, a las que el recurrente añade el significativo *"esfuerzo familiar"* que hubo de realizarse para reunir las cantidades consignadas, el Tribunal Superior resolvió modificar el relato de los hechos probados para añadir: *"Que el acusado ha mostrado una cierta voluntad reparadora"*, nuevo soporte fáctico que determinó la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el número 5 del artículo 21 del Código Penal.

3.4.- No obstante lo anterior, como quiera que la Audiencia Provincial había resuelto ya imponer al acusado la pena en su mínima extensión legalmente posible (cuatro años de prisión), al no hallar motivo alguno que determinara la necesidad de sobrepasar esta magnitud, la aplicación de la circunstancia atenuante que el Tribunal Superior de Justicia resolvió estimar no pudo proyectar efecto alguno sobre la pena concretamente impuesta, en la medida en que su efecto se agota, no concurriendo con ninguna otra circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, en la necesidad de que la pena prevista en abstracto sea impuesta en su mitad inferior. Proclama, por eso, la sentencia que ahora se impugna, que la estimación parcial del recurso con la procedencia de aplicar la atenuante referida no podría tener más efectos que los que pudiera producir en el marco penitenciario.

3.5.- La queja del recurrente se concreta, por un lado, en destacar la paradoja que, a su juicio, representa que, apreciada por el Tribunal de apelación una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, no comporte, sin embargo, disminución alguna en la sanción impuesta. Además, considera que el importe consignado por el acusado, que el Tribunal Superior proclama lo fue con el propósito de reparar el daño causado, resulta efectivamente muy superior a las cantidades solicitadas en favor de la víctima por las acusaciones (y desde luego a las fijadas en sentencia) y denota, además, un singular esfuerzo reparador que bien habría merecido la consideración de la atenuante como muy cualificada, dando así lugar a una reducción apreciable (pena inferior en uno o dos grados) a la finalmente impuesta.

Por más que el Ministerio Público se opone al recurso interpuesto por la defensa (hemos de entender que también en este concreto aspecto) no deja de señalar que, a su parecer, los razonamientos del recurrente pudieran resultar atendibles. Así, al tiempo de oponerse al recurso, explica: *"Aunque formalmente no se plantee la estimación del motivo, no es ocioso reconocer que la acción reparadora del daño es sin duda relevante y justifica al menos la aplicación de la atenuante simple, aunque tampoco sería ilógico que en sede casacional pudiera llegar incluso a ser valorada como cualificada y anudar a ello la consecuencia punitiva consistente en la reducción de la pena impuesta ex art. 66.1.2ª CP, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso"*.

3.6.- Son varias aquí las interesantes y bien fundadas cuestiones que la recurrente plantea. Sobra decir que, habiéndose considerado aplicable la circunstancia atenuante de reparación del daño en la sentencia ahora recurrida, pronunciamiento no impugnado por ninguna de las acusaciones, debe permanecer el mismo extramuros del objeto de este recurso. No procede así profundizar aquí en las consecuencias de que, según parece sostener el propio recurrente, fueran terceros (sus familiares) los que aportaran todo o parte de la cantidad consignada, --se alude a la existencia de un *"importante esfuerzo familiar"*--, ante la incapacidad personal del acusado de hacerlo por sí mismo.

Sentado lo anterior, ciertamente constituye excepción que, apreciada por vía de recurso una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, dicha decisión no suponga una correlativa reducción en la pena inicialmente impuesta. Admitimos que la consecuencia resulta, en cierto modo, paradójica. Es consecuencia, empero, del sistema legal de individualización de las penas. Quien ahora recurre fue condenado como autor de un delito (entonces denominado de abuso sexual) y previsto en el, también entonces, vigente artículo 181. 1 y 4 del Código Penal. Dicho precepto determinaba la imposición de una pena abstracta de entre cuatro y diez años de prisión. Estimó la Audiencia Provincial, en la que reputaba ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que la pena concreta debería imponerse en su mínima extensión legalmente posible (cuatro años de prisión), con aplicación de lo previsto en el artículo 66.1.6ª del Código Penal, y considerando que no había méritos, vinculados a las circunstancias del hecho o del culpable, que determinaran la necesidad de sobrepasarlo. De este modo, dentro del reproche normativo legalmente dispuesto por el legislador con carácter general, se consideró el mínimo de los posibles como el más apropiado en el caso. Por descontado, siempre que se determina en un continuo límites y máximos, es inevitable, en ambas direcciones, la paradoja que el recurrente señala. En efecto, la imposición de la pena máxima legalmente posible, aun cuando vía de recurso se apreciase el concurso de una sola circunstancia agravante, no podría determinar (salvo excepciones que no son aquí del caso) la imposición de una pena superior si, el órgano jurisdiccional a quo hubiera ya impuesto, con aplicación de lo previsto en el artículo 66.1.6ª, la máxima de las penas abstractamente posibles. Y lo mismo sucede, *mutatis mutandis*, cuando de una circunstancia atenuante se trata, salvo, naturalmente, que la misma pudiera ser aplicada como muy cualificada, en cuyo caso, el artículo 66.1.2ª, determina la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito en abstracto.

3.7.- A nuestro juicio, no se advierten aquí méritos bastantes para apreciar la atenuante prevista en el artículo 21.5 del Código Penal como muy cualificada. Indicativo de ello resulta, incluso, el añadido que aporta el Tribunal Superior al relato de los hechos que se consideran probados: *"el acusado ha mostrado una cierta voluntad reparadora"*, expresión que está muy lejos de invocar una resuelta, definitiva y extraordinaria reparación del daño causado.



Es verdad que la cantidad consignada, formalmente al menos, por el acusado (sin perjuicio de que los fondos aportados procedieran del "*esfuerzo familiar*") superaba con creces el importe económico reclamado y finalmente establecido en sentencia. Y ese significativo exceso es circunstancia que, tomada aisladamente, podría ser considerada a los efectos que el recurrente persigue. Pero no es la única que ha de ser valorada. También es cierto que la víctima, residente en el extranjero, se desentendió, en buena medida, del devenir del procedimiento; y es muy posible que, en esas circunstancias, no le fuera factible al acusado "*negociar*" con su defensa una eventual reparación ni hacerle entrega directamente de cantidad alguna por ese concepto. Nada le impedía, sin embargo, haber acompañado, junto con la consignación, expresa indicación al órgano jurisdiccional para que éste hiciera llegar a la víctima la cantidad consignada. Y es muy cierto, finalmente, que de forma recurrente hemos dicho que tanto la circunstancia atenuante de confesión como la de reparación, – que de algún modo tienen su precedente en el viejo arrepentimiento espontáneo –, presentan, sin embargo, un carácter objetivo, sin que ni una ni otra precisen ninguna clase de contrición por parte de quien las protagoniza. Este carácter objetivo, no obstante, aunque indiferente a las consideraciones de naturaleza ética, no aparece de tal modo desligado del comportamiento del sujeto agente que permita apreciar la atenuante con entera independencia de la procedencia del dinero empleado para reparar o disminuir el daño (aunque se realizara por un tercero, con o sin consentimiento de aquél) o, incluso, aunque resultara animado por un explícito propósito de humillación a la víctima. La apreciación de la atenuante se objetiva, se desvincula sí de consideraciones éticas (arrepentimiento o pesar por el hecho cometido); pero no tanto puede decirse, al menos no sin los debidos matices, de que resulte ajena a la verdadera intención o propósito de reparar (o disminuir) el daño causado, lo que, seguramente, no puede predicarse de quien, de forma simultánea, niega la existencia de daño alguno o se desvincula por entero de la causa que lo produjo.

Sea como fuere, esta Sala ha tenido oportunidad de reflexionar acerca del fundamento de la atenuante. Así, por ejemplo, nuestra sentencia número 416/2023, de 31 de mayo, observaba al respecto: <<Este Tribunal Supremo ha venido también perfilando los contornos de aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el número 5 del artículo 21 del Código Penal. Tomando en cuenta que los dos fundamentos principales que la doctrina científica reclama para la misma, –y sin haber acabado de perfilar todavía cuál de ellos debe reputarse como predominante, en caso de un eventual conflicto entre ambos–, nuestra reciente sentencia número 762/2022, de 15 de septiembre, por ejemplo, se inscribe entre las que ponen el acento en la idea de que el acto reparatorio resulte suficientemente significativo y relevante desde la perspectiva de la víctima, titular de los intereses lesionados por el delito que se pretenden mitigar. Así, recuerda que: "La atenuación reclama un juicio de merecimiento que al no basarse en fórmulas de contrición debe, al menos, justificarse en que la víctima ha sido resarcida completa o significativamente o que su resarcimiento constituye un objetivo serio y prioritario para la persona acusada".

También hemos señalado que la reparación, incluso cuando fuere completa, no determina por sí que la circunstancia atenuante haya de ser reputada como muy cualificada. Así lo explica, por ejemplo, nuestra sentencia número 995/2022, de 22 de diciembre, observando: "En cuanto a la aplicación de la atenuante como muy cualificada, la jurisprudencia ha entendido que no puede basarse exclusivamente en una reparación total del daño causado, (STS nº 500/2019, de 24 de octubre), dado que esta posibilidad ya es contemplada en el precepto para dar lugar a la atenuante simple, requiriéndose un especial esfuerzo indemnizatorio para justificar una mayor reducción en la pena. En la STS nº 444/2019, de 3 de octubre, se decía que "siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29 de enero; y 868/2009, de 20 de julio). También hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación –por ejemplo, su elevado importe–, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima (en este sentido, STS 125/2018, de 15 de marzo)">>.

Esta misma resolución deja ya apuntado que el resarcimiento de la víctima, con ser desde luego elemento muy relevante, no constituye el único fundamento posible de la atenuación. También un sector muy significado de la doctrina ha venido señalando que, de algún modo, la reparación (o disminución) del daño causado, constituye también una suerte de *actus contrarius*, por cuya virtud el causante del daño muestra su voluntad de regresar, en lo posible, al Derecho, satisfaciendo con ello no solo a su víctima actual (en la terminología empleada por estos autores), sino también al conjunto de la comunidad (víctimas potenciales, empleando esa misma terminología). A su vez, la reparación, o disminución sensible del daño causado, comportaría también, se ha dicho, un primer paso firme en el proyecto resocializador (artículo 25.2 de la Constitución española). Doctrina de la que, igualmente, nos hemos hecho eco, por ejemplo, en nuestras sentencias números 849/2023, de 20 de noviembre; 324/2023, de 10 de mayo; o 89/2023, de 10 de febrero.



En cualquier caso, importa tener aquí en cuenta que en la ya citada sentencia 416/2023, de 31 de mayo, dejábamos además dicho que: *<<Por otro lado, hemos destacado también que cuando el delito cometido no presenta una naturaleza estrictamente patrimonial (por ejemplo, delitos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual), la apreciación de esta atenuante como muy cualificada ha de resultar especialmente exigente, en la medida en que, incluso resarcido el total importe indemnizatorio solicitado por las acusaciones (o declarado en sentencia), la reparación raramente podría considerarse íntegra, aunque fuera por "equivalente", en la medida en que aparecen afectados intereses de muy difícil evaluación en términos económicos>>.*

3.8.- Consideramos, en definitiva, que el motivo de impugnación debe ser desestimado. En realidad, la reivindicación del recurrente para que la circunstancia atenuante de reparación del daño, acogida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, se considere como muy cualificada, se promueve desde dos consideraciones fundamentales, a saber: de una parte, como consecuencia de haber sido consignada una cantidad muy superior a la que se pretendía por las acusaciones en concepto de reparación civil; y, de otra, la afirmación de que esa aportación económica resultó consecuencia de un esfuerzo "familiar" muy significativo. Este entendimiento se desliga confesadamente de cualquier idea de merecimiento de la pena, se desvincula de la persona del autor, de sus propósitos o capacidad de decisión, para "objetivarse" en términos exclusivamente monetarios (sin perjuicio de tratar de conectarlo con el hecho de que, apreciada la atenuante simple, ésta no proyectó, por lo ya explicado, efecto reductor alguno sobre la pena concreta). Esto último, ya se ha dicho, no resulta en particular convincente. Es claro que, más allá de su efecto paradójico, aunque la Audiencia Provincial hubiera sido quien apreciase la circunstancia atenuante simple en primera instancia, la pena concretamente impuesta no habría podido descender por debajo del límite legalmente previsto (cuatro años de prisión).

Pero es que, además y fundamentalmente, una interpretación como la que el recurrente promueve, --por descontado, en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa--, atenta únicamente al mayor importe de la cantidad consignada (o, incluso, entregada) a la víctima del delito antes de la celebración del juicio, determinaría la consideración como muy cualificada, --con los muy relevantes efectos penológicos que ello comporta--, incluso aun cuando, como aquí, abiertamente se proclamara que el dinero entregado no procedía (no, al menos, totalmente) del acusado sino de algún grupo afectivo (y ¿por qué no mercantil o de otra índole?) en el que el mismo se integra; de tal modo que sin esfuerzo personal alguno (o sin alguno definible en concreto) y también sin necesidad de reconocer siquiera la existencia misma del daño ni, en consecuencia, ninguna clase de provocación personal del mismo, el acusado resultaría muy intensamente favorecido como desnuda consecuencia de la aportación económica realizada, con independencia también de la naturaleza misma del delito cometido. Entendimiento este poco distinguible de la mera compra parcial de la pena, que no podemos respaldar.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 4.1.- También en el marco del recurso de casación por infracción de ley, denuncia el recurrente la que considera indebida falta de aplicación de lo establecido en los artículos 21.2 del Código Penal o de las previsiones de los artículos 20.2 y 21.7 del mismo texto legal (atenuante/eximente incompleta de embriaguez).

Reproduce aquí quien recurre las consideraciones que ya hiciera valer, bien es verdad que sin éxito, ante el Tribunal Superior de Justicia. En su desarrollo se aparta de las exigencias, ya referidas, del motivo de impugnación escogido; habida cuenta de que el relato de los hechos que se declaran probados (ni tampoco, por extensión, las consideraciones contenidas en la fundamentación jurídica que, en tanto eventualmente favorables al acusado, podrían ahora tomarse en cuenta), no presta fundamento alguno a la aplicación de los preceptos que el recurrente invoca.

4.2.- Bastará, por eso, reproducir ahora las consideraciones que se contienen en la sentencia impugnada para justificar la necesaria desestimación del motivo: *"El acusado en su declaración dijo que había tomado 4 o 5 copas y 1 chupito, y la testigo D^a Maribel que se encontró la noche de los hechos junto con el grupo de amigas de la Sra. Custodia y estuvo con ellos en dos locales de ocio, dijo que esa noche bebieron, pero sin poder explicar lo que bebió el acusado.*

También se aporta por la defensa un listado de pagos en dos lugares de ocio, aunque sin determinar el concepto, f.121 del rollo.

Todo ello sólo acredita que el acusado tomó algunas bebidas, pero se desconoce si en ellas había alcohol, y de haber alcohol no se ha acreditado la cantidad del mismo, y tampoco el efecto psicológico de que afectara a las facultades intelectivas y volitivas, sin que se haya aportado analítica alguna del mismo al tiempo de los hechos que objetivara la presencia de etanol en sangre.

Y en el informe psiquiátrico efectuado por el Dr. Gregorio, f. 105-116 del rollo, se afirma: "sin hábitos tóxicos relevantes, con consumo ocasional de alcohol", f. 108, y se valora clínicamente que el Sr. Humberto "es una persona normal en la que excluimos cualquier tipo de anomalía mental o de la personalidad".

En dicho informe se dice que el Sr. Humberto refirió que había consumido 3 vasos de cerveza y unas 3/4 copas de vodka con naranjada la noche de autos, sin que coincida dicha manifestación con lo declarado en el acto del juicio oral.

Además, los agentes policiales que acudieron al domicilio del acusado no pusieron de manifiesto que el acusado pareciera afectado en sus capacidades intelectivas y volitivas, por embriaguez o por otra causa".

Por estas mismas razones, el motivo de impugnación se desestima.

QUINTO.- 5.1.- Finalmente, objeta quien ahora recurre, sirviéndose también del cauce que le ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de aplicación de lo previsto en el artículo 21.6 del Código Penal (circunstancia atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas).

Razona al respecto, en sustancia, quien ahora recurre que, aunque es cierto que el letrado de la defensa solicitó en una oportunidad la suspensión del acto del juicio oral, no fue solamente debido, frente a lo que se afirma en la sentencia impugnada, a una concurrencia de señalamientos que le obligaba en esa fecha a desempeñar en una sede distinta su función profesional, sino también consecuencia de que se había acordado recibir declaración a la víctima en último lugar (residente, como era en el extranjero y como consecuencia de la fecha disponible señalada por el Estado desde el que se efectuó la videoconferencia). Insiste, por eso, en que dicha suspensión determinó que el juicio oral no pudiera celebrarse en la fecha inicialmente señalada, advirtiendo una paralización indebida en ningún caso menor a los ocho/nueve meses; plazo éste que quien recurre considera bastante para la aplicación de la circunstancia atenuante que demanda.

5.2.- También en este caso, reproduce aquí quien recurre las consideraciones que ya sometió previamente al enjuiciamiento del Tribunal Superior de Justicia. En efecto, en la sentencia ahora impugnada empieza por afirmarse que la causa presentaba "cierta complejidad", en la medida en que la posible víctima y testigo principal, de nacionalidad estadounidense, residía en Gran Bretaña, "lo que obligó a activar el auxilio europeo y convenir fecha para la celebración del juicio oral, y para que dicha testigo pudiera testificar mediante videoconferencia desde Londres, así como su amiga Sacramento".

Observa, igualmente, el Tribunal Superior de Justicia que, en realidad, la causa nunca estuvo paralizada, -- es claro que hubieron de existir actuaciones intermedias, necesarias y conducentes, entre la presentación del escrito de defensa y la celebración del juicio--, siendo que la primera suspensión del juicio obedeció fundamentalmente a la coincidencia de señalamientos del Letrado de la defensa. Y, en cualquier caso, observa que año y medio de paralización es el tiempo "mínimo exigible para la apreciación de la atenuante simple de dilaciones indebidas según Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12.7. 2012".

3.- Tampoco este último motivo de impugnación puede ser acogido. Según jurisprudencia constante de esta Sala, a la hora de interpretar esta atenuante concurren dos elementos o conceptos relevantes: "el plazo razonable" y las "dilaciones indebidas". Al primero se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable". A las segundas el artículo 24 de la CE, que garantiza un proceso sin "dilaciones indebidas". En realidad, son conceptos que confluyen en la idea de un enjuiciamiento ágil y sin demora, pero que difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTs 341/2024, de 25 de abril; 91/2010, de 15 de febrero; 269/2010, de 30 de marzo; 338/2010, de 16 de abril; 877/2011, de 21 de julio; 207/2012, de 12 de marzo; 401/2014, de 8 de mayo; 248/2016, de 30 de marzo; o 524/2017, de 7 de julio, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración; y exige también, que tal demora no sea atribuible al propio inculpado ni guarde proporción con la complejidad de la causa.

En el caso, haciendo propios, en lo sustancial, los razonamientos que se contienen en la resolución impugnada y sin dejar de reconocer, como tantas veces, que el tiempo invertido en la tramitación del procedimiento está

lejos de poder reputarse óptimo, no se advierte la existencia de una paralización extraordinaria que pudiera justificar la aplicación de la atenuante que se reclama. El juicio se señaló inicialmente, tal y como explica quien ahora recurre, para que fuera celebrado el día 5 de noviembre de 2019. El día 30 de septiembre se puso de manifiesto a las partes que la autoridad británica había informado a la Audiencia Provincial que en dicha fecha no dispondrían de los medios necesarios para que pudieran celebrarse allí las dos pruebas testificales. Esa fue la razón por la que, inicialmente, se acordó mantener la fecha señalada (5 de noviembre de 2019) para que tuvieran lugar el resto de las pruebas, previéndose una segunda sesión, que se fijaba el día 21 del mismo mes, para que las testigos pudieran prestar declaración desde Inglaterra. Sin embargo, la defensa del acusado se opuso a que dichas declaraciones resultaran pospuestas y manifestó, además, que, por concurrencia de señalamientos, el Letrado de la defensa no podría comparecer en juicio el día 21. Como consecuencia de todo ello, la Audiencia Provincial señaló nueva fecha para la celebración del juicio, el siguiente día 15 de octubre de 2020 *"al recibir correo electrónico de la autoridad británica, que entendemos propuso dicha fecha como compatible para la declaración de las testigos"*.

A las consideraciones anteriores, debe todavía añadirse que los hechos aquí enjuiciados tuvieron lugar en el mes de enero de 2018, habiéndose dictado sentencia en primera instancia en el mes de febrero del año 2021, y desestimada la apelación interpuesta frente a aquella el día 15 de febrero del año siguiente. En suma, y aunque insistimos no se trate de un estándar óptimo, lo cierto es que el juicio obtuvo sentencia en, aproximadamente tres años, y en cuatro se resolvió también la apelación interpuesta contra aquella, períodos siempre contados desde la fecha en que los hechos tuvieron lugar. No identificamos razones bastantes para en las circunstancias dichas, considerar la aplicación de la atenuante prevista en el número 6 del artículo 21 del Código Penal, máxime cuando quien ahora recurre no señala, ni por descontado justifica, que el tiempo invertido en el desarrollo del procedimiento le hubiera generado cualquier clase de aflicción adicional a la mera incertidumbre y natural desasosiego que, se comprende, pueda producir la pendencia del juicio.

El motivo se desestima.

Incidencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre .-

SEXTO.- 6.1.- Tras el dictado de la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Justicia, y aún de que fuera interpuesto el presente recurso de casación, se produjo la entrada en vigor de la reforma impulsada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que modifica, no de forma insignificante, una buena parte de los preceptos contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Se procedió, por ello, a la apertura de un trámite al efecto de que pudieran pronunciarse las partes acerca de si consideraban el texto penal posterior más favorable para el condenado. Así lo entendió su defensa; no, en cambio, el Ministerio Fiscal.

6.2.- Lo cierto es que el ahora recurrente fue condenado como autor de un delito de los entonces denominados como abuso sexual y previstos, en la legislación vigente al tiempo de ser cometidos los hechos, en los artículos 181.1 y 4 del Código Penal. Dichas conductas eran sancionables entonces con una pena abstracta que se extendía entre los cuatro y los diez años de prisión, imponiendo el Tribunal de instancia, por las razones que estimó conducentes, la pena concreta en su mínima extensión legalmente posible (cuatro años de prisión).

Tras la entrada en vigor de la referida norma, la conducta protagonizada por el acusado, bajo el genérico título ahora de agresión sexual, debería calificarse conforme a lo previsto en los artículos 178 y 179 del Código Penal, resultando sancionable con una pena abstracta que se extiende entre los cuatro y los doce años de prisión. Como quiera que la impuesta, en el caso, lo fue en su mínima extensión posible, que no se ha visto modificada por la reforma, el texto penal posterior no puede ser reputado como más favorable para el condenado, máxime teniendo en cuenta que, de hacerse aplicación de la nueva norma, tendría también que serle impuesta la pena a la que se refiere el artículo 192.3 en su segundo párrafo, por un tiempo de nueve años.

Costas.-

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde imponer las costas devengadas como consecuencia de este recurso a la parte que lo interpuso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Humberto contra la Sentencia núm. 48/2022, de 15 de febrero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, por la que se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el más arriba reseñado contra la sentencia núm. 135/2021, de 8 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª.



2.- Se imponen las costas de este recurso a la parte que lo interpuso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ