

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA**

NIG N.º 03093-41-2-2016-0002335.

Rollo penal de apelación de resoluciones del art. 846 ter LECrim nº. 000050/2017

Sección 10ª Audiencia Provincial de Alicante. Rollo 54/2017.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº. 1 de Novelda, Procedimiento Abreviado nº. 799/2016

SENTENCIA N.º.40/2017

Excma. Sra. Presidente

Dña. Pilar de la Oliva Marrades.

Iltmos. Sres. Magistrados

D. José Francisco Ceres Montés

Dª. Mª Pía Calderón Cuadrado

En la Ciudad de Valencia, a veintiséis de octubre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia núm. 2830/2017 de fecha 11 de julio de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, en el rollo de Sala núm. 54/2017 dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 799/2016, instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Novelda.

Han sido partes en el presente recurso: como recurrente, **R.**, acusado y condenado en la instancia y actualmente en situación de **prisión preventiva prorrogada (por Auto de la AP de 19-9-2017) hasta el día 23-12-2017 que constituye la mitad de la pena impuesta**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Matilde Solsona Solaz (en Alicante Dña. Isabel de las Cuevas

Barberá), y defendido por el Letrado D. José María Beltrán Azorín, y como partes recurrida, y por tanto en concepto de apeladas, Dña. XX representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Desamparados Royo Blasco (en Alicante Dña. Isabel Galiana) y defendida por la abogada Dña. María José Botella Pérez así como el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Francisco Ceres Montés.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante, se dictó, en el Rollo de Sala núm. 54/2017 dimanante del Procedimiento Abreviado número 799/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Novelda, la Sentencia núm. 283/2017, de fecha 11 de julio, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

“ Sobre las 10,00 horas del día 27 de Junio de 2016, el acusado R., mayor de edad y sin antecedentes penales, en situación irregular en territorio español, llamó al interfono del domicilio de XX, sito en la calle xxxxx de Aspe, a la que conocía, pero sin mediar estrecha relación de amistad ni de ningún otro tipo. XX, que se encontraba en la casa acompañada sólo de su hijo, de dos años de edad, abrió la puerta del edificio y también la del apartamento, creyendo que quien llamaba era su hermana, extremo que no verificó. Franqueado así el acceso, el acusado entró en el piso y le preguntó si estaba sola, contestando la joven afirmativamente. La mujer manifestó su sorpresa por la presencia del acusado, que se puso a su lado y le tocó una pierna, levantándose la joven inmediatamente. En esta situación el acusado la cogió por los hombros y la zarandeó, besándola en la cara a pesar de que la chica intentaba evitar el contacto y le decía que se marchara. Ante la resistencia, el acusado le dio una bofetada, mientras decía que tenía que ser suya por las buenas o por las malas, la empujó y le tocó los pechos y todo el cuerpo. A continuación intentó llevarla al dormitorio, ofreciendo la joven también resistencia a esto. En el pasillo le dio un puñetazo, la derribó, y continuó golpeándola mientras se hallaba en el suelo. En esa situación, el acusado se bajó los pantalones y, tirándole del pelo, puso a XX de rodillas, cogió sus manos y las llevó a la fuerza para que le frotara el pene erecto, diciéndole que se lo chupara. Para evitar hacer la felación que el acusado exigía, la mujer le dijo que accedería a ello, pero que la dejara poner una película de dibujos para entretener a su hijo, lo que el acusado le permitió, aprovechando la joven la ocasión para salir del apartamento y huir hacia los pisos superiores, llamando al timbre de las dos viviendas y gritando en petición de auxilio, en cuya situación el acusado abandonó el apartamento y el edificio.

A consecuencia de los golpes y demás agresiones físicas recibidas, XX sufrió

policontusiones a nivel craneal, con hematomas en cuero cabelludo, a nivel facial (nasal, mandibular izquierdo con dolor dental) y en ambas manos (lesiones defensivas), con hematomas en el nivel del quinto metacarpiano de la mano derecha y en la mano izquierda, a nivel de articulaciones MTC, del 2º, 3º, 4º y 5º dedos y articulaciones IFP del 2º, 3º y 4º dedos; equimosis puntual de 0,5 cm. En hombro derecho y equimosis superficial de dos cm en glúteo derecho. Estas lesiones precisaron de una primera asistencia facultativa, y sanaron en 8 días, no impeditivos, sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico.”

Después de exponer los Fundamentos de Derecho que estimó procedentes, el Fallo de dicha sentencia fue del siguiente tenor literal:

*“Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS a R. como responsable en concepto de autor de un delito de AGRESION SEXUAL CON ACCESO CARNAL POR VÍA BUCAL EN GRADO DE TENTATIVA a las penas DE CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Le imponemos la medida de LIBERTAD VIGILADA en los términos expresos en el fundamento jurídico sexto de la presente sentencia, y SUSTITUIMOS UN TERCIO DE LA PENA DE PRISIÓN POR LA EXPLUSIÓN del territorio español. En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá INDEMNIZAR a XX en la cantidad de 6.320 euros. Imponemos al acusado las costas procesales.***

Abonamos a dicho acusado todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de la expresada pena de privación de libertad”.

Posteriormente, se dictó Auto de aclaración de dicha sentencia de fecha 25 de julio de 2017 en el que se rectificaba el antecedente de hecho segundo de la citada sentencia relativo a la calificación del Ministerio Fiscal, en el sentido de que donde dice 4 años y 6 meses debe decir 3 años, y en el antecedente de hecho tercero debe decir: “**La acusación particular**, coincidió con el Ministerio Fiscal en la calificación de los hechos, así como en la petición de la indemnización, interesando la pena de 4 años y 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, libertad vigilada y prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima a menos de 200 metros, durante cinco años, y la obligación de participar en programas formativos de educación sexual”.

SEGUNDO. - Contra la referida sentencia y por la representación procesal del acusado condenado se interpuso en escrito presentado ante la citada Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante recurso de apelación para ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

El recurso de apelación se interpuso citando como alegaciones la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal, la inaplicación de la atenuante analógica de confesión tardía de los hechos del art. 21.7 del Código Penal, así como la errónea aplicación de la extensión de la pena a tenor del art. 62 del Código Penal. Como resultado de la estimación de su recurso, en el suplico del mismo solicita su condena a la pena de UN AÑO Y MEDIO DE PRISIÓN que deberá sustituirse en una mitad por la expulsión del territorio español con declaración de las costas de oficio de la alzada.

Por Diligencia de Ordenación de 12 de septiembre de 2017 se tuvo por interpuesto dicho recurso de apelación dándose traslado a las demás partes por posterior Diligencia de 20 de septiembre del presente. El Ministerio Fiscal y la acusación particular impugnaron el recurso, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida y la desestimación del recurso, procediéndose al emplazamiento ante esta Sala mediante Diligencia de 2 de octubre de 2017.

TERCERO. – Remitidos los autos y recibidos en este órgano jurisdiccional, por Diligencia de Ordenación de 13 de octubre de 2017 se registró el Rollo, se turnó la ponencia determinándose la composición de la Sala conforme a las normas de reparto, y se solicitó Procurador de oficio a la parte apelante y a la acusación particular.

Mediante posterior Diligencia de 20 de octubre de 2017 se dio cuenta al Ponente y se tuvo por personadas a las partes. Por posterior Providencia de 24-10-17 se acordó, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 791 de la LECrim, procedía señalar para deliberación, votación y fallo el día 26 de octubre de 2017, a los efectos de resolución del recurso de apelación indicado.

II.- HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados de la sentencia apelada.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto por D. R., condenado en la instancia por un delito de agresión sexual con acceso carnal por vía bucal en grado de tentativa, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias, libertad vigilada con sustitución de un tercio de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional, se basa en los siguientes tres motivos,

denominados alegaciones, siguientes: 1) Inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal, 2) Inaplicación de la atenuante analógica de confesión tardía de los hechos del art. 21.7 del Código Penal, así como, 3) La errónea aplicación de la extensión de la pena a tenor del art. 62 del Código Penal.

En el suplico del recurso se solicita la revocación de la sentencia conllevando una reducción de la condena a la pena de UN AÑO Y MEDIO DE PRISIÓN que deberá sustituirse en una mitad por la expulsión del territorio español con declaración de las costas de oficio de la alzada.

Los hechos traen causa, esencialmente, de una agresión sexual intentada en el domicilio de la víctima que estaba acompañada por su hijo menor por parte del acusado condenado, agresión que tuvo lugar mediante diversos tocamientos a la víctima, golpes e intento de acceso carnal por vía bucal, que finalmente no pudo conseguir al huir la víctima y pedir auxilio, abandonando el acusado condenado el referido domicilio.

SEGUNDO.- Con carácter previo, esta Sala se ve en la necesidad de hacer constar diversos déficits del recurso interpuesto.

En el mismo existe una absoluta carencia de referencia a la norma procesal que permitiría la referida impugnación en apelación ante esta Sala de la sentencia recurrida, así como de los posibles motivos que a tal efecto contempla la normativa procesal.

En efecto, de acuerdo con el art. 846 bis ter primero de la LECrim, son recurribles en apelación ante esta Sala las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, cuál es el caso, rigiéndose el recurso por los art. 790 a 792 de la LECrim (art. 846 bis ter, tercero, ya citado) que hace referencia a la exposición ordenada de las distintas alegaciones que pueden invocarse, mencionando el primer precepto citado, las que se refieran al quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de las normas del ordenamiento jurídico en que se base la impugnación.

En el presente recurso y atendidos las alegaciones o motivos del mismo, este queda acotado al último supuesto (infracción de las normas del ordenamiento jurídico en que se basa la impugnación), y dentro de estas, a la inaplicación de dos atenuantes y a la pena a imponer.

TERCERO.- Entrando ya a analizar el primer motivo esgrimido, se invoca la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal.

El recurrente funda la estimación del motivo en que dada su situación de prisión provisional desde el día siguiente a la iniciación de la causa (28-6-2016) exigía una tramitación

urgente y preferente, y sin embargo, han existido diversos períodos de paralización que estima injustificada, y relativos esencialmente, a la demora en la emisión del informe médico forense sobre su imputabilidad, diligencia que había sido expresamente solicitada por la defensa, así como por la demora en la tramitación de oficios a los Servicios Sociales de Aspe (solicitados por la defensa para la obtención de su historial clínico y cuyo objeto era el proporcionar más datos para la emisión del citado informe médico forense).

En el escrito de recurso, junto a las fechas de demora que se indicarán, también se indica que existen unos periodos relacionados con la emisión del informe médico forense que estima comprensible, o incluso se estima que la actuación del juzgado de Instrucción fue ágil atendida su situación de prisión provisional. Así indica, que tras recibirse escrito de los Servicios Sociales de Aspe el 19-9-16, ya al día siguiente, 20-9-16 se dicta Providencia oficiando al Centro de Salud de Aspe a los mismos efectos, o el tiempo transcurrido entre el reconocimiento forense (18-1-17) y la emisión del informe (8-2-17) lo estima comprensible, al tener que recabarse el informe del servicio médico del centro penitenciario. Y también, que, a partir del dictado del Auto de pase a procedimiento abreviado, el procedimiento “tiene una tramitación acorde con la preferencia y urgencia de la tramitación de una causa con preso, pues la vista del juicio se celebra el 10 de julio de 2017”.

Las fechas de paralización o demora que al respecto indica el recurrente son las siguientes: del 28 de junio fecha del Auto de prisión contra el mismo hasta el 19 de septiembre de 2016 en que se acuerda librar el oficio a los Servicios Sociales de Aspe, desde el 23-9-16 en que los Servicios Sociales contestan que había que solicitar el historial en el Centro de Salud correspondiente hasta el 17-11-16 en que se provee sobre dicho particular y se acuerda librar exhorto al Juzgado Decano de Alicante para su reconocimiento médico forense, desde esta última fecha hasta el 18-1-2017 en que es reconocido por el médico forense en Alicante tras cumplimentarse el exhorto librado, y desde el 8-2-17 en que se emite el informe médico forense hasta el 6-3-2017 en que se cierra la instrucción y se dicta autor de pase a procedimiento abreviado.

La sentencia recurrida, rechazó dicha atenuante, porque “aunque la práctica del informe pericial relativo a la imputabilidad del acusado se demoró más de lo necesario, la demora no fue extraordinaria, habida cuenta de que el informe requería la previa incorporación del historial clínico y la entrevista y evaluación del médico forense. Como Además, la duración total de la tramitación del procedimiento, un año y un mes, no ha excedido de la que se estima razonable, no puede afirmarse el presupuesto de la atenuante invocada, que por tanto, no hemos de apreciar”.

En relación con la atenuante de dilaciones indebidas, decíamos en nuestra sentencia nº 6/2016, de 2 de mayo, así como en otras posteriores, nº 6/2017 de 10 de marzo y 7/2017 de 28 de marzo, que la doctrina jurisprudencial (STS 318/2016 de 15 de abril que cita las de 95/2016 de 17 de febrero , y las SSTS 690/2015 de 27 de octubre y las 598 y 586 de 2014 , y STC 381/1993), diferenciaba el régimen jurídico de la atenuación de responsabilidad penal por esta atenuante de dilaciones indebidas con el estatuto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, puesto que aquél se mantiene en el ámbito de la legalidad ordinaria, con finalidad reparadora, diversa de la perseguida por el amparo constitucional, ya que dado el fundamento de la atenuante esta se justifica únicamente si del retraso se han derivado consecuencias gravosas (STS 849/2014 del 2 de diciembre y STS 654/2007 de 3 de julio). Y también, que (STS 318/2016) procesalmente es carga del que pretende la atenuante señalar los períodos de paralización, justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada.

Los requisitos legales y jurisprudenciales para su aplicación, se identifican con:

i) que la dilación sea indebida, es decir, no debe guardar proporción con la complejidad de la causa. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante.

ii) que sea extraordinaria; y

iii) que no sea atribuible al propio inculpado.

Sobre el carácter extraordinario del retraso, resulta relevante recalcar que la jurisprudencia (STS 140/2017, de 6 de marzo en un supuesto de delito de falsificación y estafa, siendo incoadas las diligencias en 2012, y realizado el enjuiciamiento en 2016, al no existir dilaciones relevantes, confirmó la no apreciación de la atenuante) indica que se trata de un concepto que se configura de forma totalmente empírica y como algo que no cabe en un concepto meramente normativo que implique la atenuante para toda duración meramente diversa de la duración legalmente prevista para cada trámite (SSTS nº 199/2012 de 15 de marzo; nº 1158/10 de 16 de diciembre). Para establecer que no sea justificable el retraso, ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso resultando indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa, lo que puede derivar tanto de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites, de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada, o de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos, quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo.

Para la resolución del motivo, y sin perjuicio de lo indicado en el recurso, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

-Los hechos tienen lugar y el atestado se inicia el día 27 de junio de 2016, incoándose Diligencias Previas al día siguiente por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Novelda. El día 28 de junio de 2016 se dicta Auto de prisión contra el recurrente. Este fue recurrido en reforma siendo desestimado. Existieron diversas peticiones de libertad del recurrente.

-La defensa del recurrente en la declaración como detenido interesó, efectivamente, un reconocimiento médico forense sobre su imputabilidad y la remisión de oficios para obtener y ser tenido en cuenta su historial clínico a los Servicios Sociales de Aspe, lo que acordó el Ilmo. Sr. Instructor, si bien como reconoce el recurrente, se defirió el examen a la previa obtención de dicho historial clínico. El 18-1-17 se produce el reconocimiento por el médico forense mediante exhorto a Alicante y se indica por el perito que considera conveniente que el juzgado solicite y aporte al mismo el informe del médico del centro penitenciario sobre sus diagnósticos y tratamientos, lo que así acuerda el Juzgado exhortado (Juzgado de Instrucción nº 6 de Alicante por Providencia del día siguiente) librando oficio al referido Centro Penitenciario, lo que se cumplimenta por el Centro Penitenciario el siguiente 2-2-17, luego se recibe en el citado Juzgado exhortado que el mismo día, 2-2-17, mediante Providencia acuerda que la médico forense emita el informe sobre imputabilidad

-Han existido otras actuaciones e incidencias procesales como las siguientes: figuran reconocimientos e informes médicos de la víctima, hubo de serle nombrada a la misma abogado de oficio (1-7-16; y tuvo lugar incluso aunque si bien por pocos días, la suspensión del trámite del recurso de reforma contra el auto de prisión para verificar el traslado del recurso hasta que le fueran nombrados).

-El Ministerio Fiscal solicitó la declaración de complejidad de la causa por la carga estructural de trabajo del Juzgado y la necesidad de la práctica de la pericial médica sobre imputabilidad de lo que se dio traslado a las partes, acordándose por Auto de 26 de abril de 2017 dicha complejidad.

-El auto de pase a procedimiento abreviado se dicta el 6-3-2017, y el de apertura de juicio oral el 10-4-2017, remitiéndose al procedimiento a la Audiencia Provincial de Alicante para enjuiciamiento el 26-5-2017.

-La Audiencia Provincial de Alicante señala el juicio para el 10 de julio de 2017, y la sentencia se dicta al día siguiente, el 11-7-2017.

-No se indica en el recurso que la parte recurrente solicitara la agilización del procedimiento.

De todo lo anterior resulta, que en un año y un mes se ha instruido, juzgado y sentenciado en la instancia de la Audiencia Provincial de Alicante un procedimiento por agresión sexual intentada en el que está personado, además del imputado, la víctima (que ha reclamado abogado de oficio) y como parte necesaria el Ministerio Fiscal, que se han precisado de la emisión de diversos informes médicos (tanto de la víctima como del imputado), que se trata de un Juzgado de Instrucción, en Novelda con competencia mixta (civil y penal) y con un número de asuntos que parece ser relevante (el nº. de procedimiento abreviado es el 799/2016). Además, algunas diligencias han precisado el libramiento de distintos oficios y exhortos para ser cumplimentados fuera de su circunscripción territorial (la solicitada por la defensa y a la que se refiere mayoritariamente el recurso: oficios a los Servicios Sociales de Aspe para obtener el historial clínico del recurrente, que a su vez remite a otro organismo; como complemento de aquella, y a instancias del médico forense reclamación de informes médicos al Centro Penitenciario también distante de la localidad y finalmente la emisión de informe por el médico forense -el Instituto de Medicina Legal está en Alicante- sobre imputabilidad que estaba condicionado a la previa obtención de dichos historiales e informes; exhortos al Centro Penitenciario en relación con el imputado, tanto para reconocimiento del imputado como para la notificación de resoluciones relevantes), por todo lo cual, no cabe concluir que haya existido una dilación, que pueda considerarse extraordinaria que es lo que exige el precepto, para la estimación de la atenuante solicitada, lo que conlleva la desestimación del motivo.

CUARTO.- En relación al segundo motivo referido a la inaplicación de la atenuante analógica de confesión tardía de los hechos del art. 21.7 del Código Penal, el mismo se fundamenta en el reconocimiento de los hechos por parte del recurrente en el juicio oral, entendiéndose que si bien fue prestada fuera de los límites temporales del art. 21.4 del CP, la misma resulta relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito. Añade que se trata de una confesión real y sincera que no ha ocultado ningún elemento relevante, y que entiende el recurrente que el Ministerio Fiscal a la vista de tal reconocimiento, modificó las conclusiones reduciendo la petición de la pena de prisión de cuatro años y medio solicitada en las provisionales a la de tres años de prisión en las definitivas, por lo que estima, que implícitamente, consideró la concurrencia de la atenuante

El motivo no cabe sea acogido.

De un lado no se indica, a diferencia del anterior motivo relativo a la atenuante de dilaciones indebidas, que la parte recurrente planteara al Tribunal de primer grado dicha atenuante, siendo esencia del recurso de apelación valorar la procedencia de lo alegado y resuelto en la instancia.

Y de otro parte no concurren los requisitos legales para su apreciación.

Así, el art. 21.4 del CP establece que esa circunstancia atenuante, la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. El fundamento de la atenuación se asienta en la efectiva realización de actos efectivos de colaboración con la justicia, facilitando la investigación del delito y el descubrimiento y castigo de los culpables.

La jurisprudencia es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los siguientes: 1º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial; 4º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla; 6º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 1076/2002, de 6 de junio ó 516/13, de 20 de junio).

A la vista de los citados requisitos, se evidencia la falta de concurrencia de la misma, cuando no concurre el requisito cronológico (al reconocer los hechos únicamente en el juicio oral y no con anterioridad, lo que dio lugar a toda la investigación desarrollada en la instrucción), y, por tanto, tampoco se mantuvo a lo largo de todo el proceso. Es tras dicha investigación, donde la coherente versión de la víctima en unión de los partes médicos de naturaleza objetiva, y la intervención policial, dio solidez a la acusación, no resulta posible apreciar dicha atenuante que no ha aportado utilidad a la investigación que se desarrolló con su oposición, e inclusive en el juicio oral por su defensa solicitó su absolución.

La propia sentencia recurrida, si bien alude a que el acusado en el juicio ha reconocido los hechos, indica “en lo fundamental”, y añade “en versión coincidente en sus extremos más importantes con la de la víctima y compatible con los vestigios objetivos (lesiones) y las corroboraciones periféricas (declaraciones de la testigo y de los guardias civiles que prestaron asistencia inmediatamente a la víctima). El resultado de lesiones se basa en el informe pericial obrante en autos”.

En este sentido, hemos de recordar lo que indica la doctrina jurisprudencial (STS nº. 498/2017, de 29 de junio) relativo a que “*Una confesión en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se percibe ya como irremediable, no puede dar vida a una atenuación, por*

no existir fundamento para un menor reproche penal (STS 1619/2000 de 19 de octubre o 420/13, de 23 de mayo), salvo en aquellos supuestos en los que suponga -en el ámbito propio del proceso- una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución útil y relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva; supuestos en los que la confesión -denominada tardía- puede operar como atenuante analógica del artículo 21.7 de nuestro CP (STS 1109/05, de 28 de septiembre o 1063/09, de 29 de octubre). No es el caso de autos, en el que la recurrente se limitó a reconocer aquello que la investigación había desvelado con otras fuentes de prueba”.

En relación a las referencias contenidas al Ministerio Fiscal, éste en su escrito de impugnación del recurso de apelación, claramente rechaza el motivo (y así indica, que la mera aceptación de la realidad de los hechos en el juicio oral ante las preguntas del Ministerio Fiscal, se produce una vez que el procedimiento se dirigió contra él y ya en el juicio oral, no puede decirse que fuera un reconocimiento sostenido a lo largo del procedimiento y desde el inicio de la instrucción sin que tampoco esclarezca los hechos ni aporta nada al avance del conocimiento de los mismos, toda vez que estos ya estaban bien establecidos desde el inicio de la investigación, tanto por la declaración de la perjudicada como, por ejemplo, del parte de lesiones), y finalmente indica que tampoco es parificable a una confesión el hecho de que un reconocimiento en juicio de los hechos merezca una favorable acogida por el Fiscal y en libertad de informe modifique la concreta petición de pena rebajándola en trámite de conclusiones, como por otra parte y en caso contrario de obstinada oposición u obstaculización, podría motivar una petición de mayor pena. Y la acusación particular relativiza que se tratara de un reconocimiento integral de dichos hechos, respecto esencialmente de la violencia ejercida.

QUINTO.- Finalmente, el último motivo es el relativo a la que estima errónea aplicación de la extensión de la pena a tenor del art. 62 del Código Penal.

El recurrente fundamenta su motivo, en que sin perjuicio de la aplicación del art. 66.2 del CP, a la vista de las dos atenuantes alegadas por la parte, el sólo haberse rebajado un grado la pena por la aplicación de la tentativa y no dos como autoriza el art. 62 del CP, estima que resulta más ajustado a derecho, la imposición de la pena en el mínimo de la pena inferior en grado como solicitó en Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, debiendo, a su juicio, tenerse en cuenta, igualmente, el reconocimiento de los hechos por parte del acusado en el acto de la vista, por lo que solicita la imposición del mínimo de la pena inferior en dos grados que asciende a un año y seis meses de prisión.

A lo anterior añade respecto de la sustitución del tercio de la pena de prisión impuesta

por la expulsión del territorio nacional, que ambas acusaciones solicitaron en sus conclusiones definitivas la sustitución total de la pena por dicha expulsión, y dado que lleva en prisión preventiva más de un año entiende que no se da la situación de impunidad que preconiza la sentencia recurrida para sustituir sólo el citado tercio, por lo que en el presente recurso solicita que la sustitución sea por la “mitad” de la pena de prisión.

Esta Sala actúa, en el presente recurso y en el particular respecto a un motivo como el analizado y relativo a la concreción de la pena a imponer, como revisora de la pena decidida por el Tribunal sentenciador en su facultad individualizadora.

Dicho Tribunal impuso al recurrente la pena de 4 años y 6 meses de prisión por un delito de agresión sexual en tentativa del art. 179 del CP, y ello, tras haber razonado, que la rebaja de la pena básica prevista en el tipo (6 a 12 años) alcanzara únicamente un grado y no dos, estando ambas posibilidades previstas en el art. 62 del CP, que remite para la concreción de la misma al criterio del Tribunal debiendo atender al peligro inherente al intento y al grado de ejecución.

Y dentro del grado inferior, la impone en su zona intermedia, y al respecto, la sentencia recurrida razona:

-i) El grado de ejecución alcanzado es muy elevado habiéndose consumado en la progresión delictiva el delito de agresión sexual sin acceso carnal del art. 178 CP truncándose la acción de acceso por vía bucal en el momento en que el acusado, despojado de su ropa, tenía sujeta a la mujer, de rodillas, exigiéndole que le hiciera una felación.

-ii) Por otro lado, el peligro inherente al intento estima que es elevadísimo, pues la conducta, por su violencia y circunstancias contextuales, es totalmente idónea para alcanzar el propósito criminal.

-iii) A ello añade, la perseverancia en la violencia de la acción, la invasión del espacio de intimidad y seguridad de la víctima, su especial vulnerabilidad por tener a su cargo en ese momento al hijo de dos años, cuya protección estaba en peligro, y el desvalor adicional que supone la realización de la conducta e presencia del menor.

En el motivo, y como razón del mismo, se contienen referencias a la pena a imponer por la concurrencia de las atenuantes, ya analizadas y descartadas en los anteriores motivos, como por la posibilidad de bajada de dos grados de la pena básica al concurrir la citada tentativa.

El mismo debe ser desestimado, ya que, como dijimos los motivos relacionados con

las citadas atenuantes fueron desestimadas, y respecto de la rebaja en dos y no un único grado por la concurrencia de la tentativa, es sobrada y razonablemente argumentado por la sentencia recurrida que se atiene a los criterios legales, por lo que no puede prosperar el motivo basado en una aplicación errónea del citado precepto. El mismo Ministerio Fiscal, aun no siendo la concreta pena solicitada en sus conclusiones definitivas -sí en las provisionales- indica que procede la desestimación del motivo al encontrarse la pena dentro de los límites de la proporcionalidad.

A su vez, y no como motivo propio adicional sino dentro del motivo relativo al error en la pena a imponer alude a la sustitución de la pena impuesta por la de expulsión del territorio nacional, solicitando lo sea no en el tercio como acordó la sentencia recurrida sino en su mitad, lo que debe ser desestimado, y ello dado que no se invoca infracción del art. 89 del Código Penal que es el precepto que regula la sustitución por expulsión, y además, la sentencia recurrida con cita del citado precepto, acuerda la ejecución de dos tercios y la sustitución del resto, y razona, además de por remisión a lo indicado respecto de la pena, a que la gravedad del hecho reclama la efectiva ejecución de parte de la pena privativa de libertad (“un hecho de la gravedad del que nos ocupa no debe saldarse con la misma respuesta que la simple estancia irregular en territorio nacional. La simple expulsión, en nuestro caso, equivaldría prácticamente a la impunidad, pues las autoridades competentes ya tienen acordada la expulsión administrativa del acusado”), lo que realiza de forma razonable y dentro de las facultades legales que la ley habilita al tribunal sentenciador.

Por todo ello, el motivo, y en consecuencia el recurso, debe ser desestimado.

SEXTO.- Procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

F A L L O

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. R. contra la Sentencia número 283/2017, de 11 de julio, dictada por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en el Rollo de Sala núm. 54/2017, la cual se confirma íntegramente, con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

Dada la situación de prisión provisional del recurrente y el tiempo de prórroga prevista como duración de la misma (hasta el 23-12-2017), **remítase testimonio de la presente al Tribunal sentenciador (pieza de situación personal), con indicación de si la misma es o no firme**, a los efectos de su conocimiento del resultado del presente recurso, y del debido control de la medida cautelar impuesta y de su duración.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, mediante escrito autorizado por abogado y procurador, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvase las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

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

PUBLICACION.- Extendida y debidamente firmada la anterior resolución definitiva en el día de su fecha, se procede a su publicación y depósito en la Oficina Judicial en la forma establecida en el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.