



Roj: **STS 3657/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3657**

Id Cendoj: **28079120012022100788**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2022**

Nº de Recurso: **10098/2022**

Nº de Resolución: **802/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 129/2022,**
STS 3657/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 802/2022

Fecha de sentencia: 06/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10098/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10098/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 802/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 6 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Arsenio** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de fecha 25 de enero de 2022, que le condenó por dos delitos de agresión sexual y delito leve de lesiones, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Rosa M^a García Bardón y bajo la dirección Letrada de D. Iván Jimeno Moreno y la recurrida Acusación Particular Dña. Erica representada por la Procuradora Dña. M^a Pilar Arnaiz Granda y bajo la dirección Letrada de Dña. Ana Isabel Balboa Montáñez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Pamplona/Iruña instruyó Procedimiento Ordinario con el nº 1675/2015 contra Arsenio , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, que con fecha 25 de enero de 2022 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO.- Se declara probado que el acusado Arsenio , de nacionalidad rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales en el momento de los hechos, en la madrugada del día 8 de marzo de 2015 se encontraba junto a otro varón no identificado en el interior de un vehículo en la parte trasera de la discoteca OZONE, sita en la Travesía Monasterio de Velate de Pamplona. Probado resulta que Erica , nacida el NUM000 de 1994, se acercó a dicho vehículo, preguntándoles si se iban a dirigir al centro de Pamplona, siendo que, al contestarle que sí, les preguntó si podrían llevarla, respondiéndole Arsenio loan afirmativamente, introduciéndose Erica en el interior del vehículo. A) Tras circular los tres ocupantes en dirección al centro de Pamplona, en un momento dado el varón no identificado abandonó el vehículo, proponiéndole Arsenio a Erica que se pasara al asiento del copiloto, a lo que esta accedió, al tiempo que le indicaba por donde debía circular para dejarle cerca de su domicilio. El acusado, comenzó a circular hasta que, en un momento dado, haciendo caso omiso de dichas indicaciones, condujo el vehículo hacia una zona próxima a La Morea, en Cordovilla, tomando allí un camino de tierra que circulaba paralelo a la autopista AP-15. Erica , que ya estaba asustada al ver que el acusado no circulaba hacia su casa, en el momento en que Arsenio se desvió por el camino de tierra, aprovechando que redujo la velocidad del coche, se bajó del mismo y, salió corriendo. Arsenio , lejos de dejarla marchar, bajo del coche, corrió tras ella y la alcanzó, agarrándola fuertemente, haciéndole caer al suelo. Como fuera que Erica gritaba pidiendo ayuda, le tapó la boca ejerciendo fuerza sobre su cara. Arsenio , la cogió por la fuerza, la introdujo en el coche y continuó su trayecto por el camino de tierra, hasta llegar a un túnel que cruza debajo de la autopista, donde detuvo el vehículo. Una vez allí, ordenó a Erica que pasara al asiento trasero del vehículo y se quitara las botas, el pantalón y el tanga que llevaba, al tiempo que Arsenio se quitaba sus prendas inferiores. Tras tocarle en la zona de la vagina, le introdujo los dedos, colándose después sobre ella e introduciéndole su pene en la vagina de Erica sin hacer uso de preservativo. Mientras todo esto sucedía, Erica , asustada y temiendo incluso por su vida, se resistió, gritando y pidiéndole que parara, siendo que Arsenio le agarró y le tapó fuertemente la boca con la mano. Finalizada la penetración Arsenio le dijo a Erica que se vistiera y pasara al asiento delantero del vehículo, cosa que ella hizo, atemorizada, quitándole su teléfono móvil y, reiniciando la conducción, abandonando el lugar hacia Pamplona. B) Tras abandonar Arsenio el lugar, el mismo siguió conduciendo, esta vez hasta el barrio de la Rochapea, llegando hasta una nave abandonada de la calderería INDUSTRIAS ARANGUREN, sita en la carretera de Artica, donde Viril procedió nuevamente a estacionar el vehículo. Una vez allí, obligó a Erica a salir del coche y entrar a la nave, diciéndole que no le devolvería el móvil si no realizaran nuevamente el acto sexual. Erica , asustada por lo anteriormente sucedido y ante lo solitario del lugar, no pudo oponerse a acceder al interior de la nave, caminando hasta una zona donde había un colchón. Una vez allí, Arsenio le ordenó que se quitara las prendas de vestir inferiores, haciendo él lo mismo y, tras ordenarle que se tumbase en el colchón, Arsenio nuevamente le introdujo su pene en la vagina sin preservativo. Al producirse estos segundos hechos, Erica gritaba y lloraba, pidiéndole a Arsenio que parara, siendo que este, no le hacía caso, le profería expresiones malsonantes y, nuevamente, le tapaba la boca con su mano, haciéndole daño. Finalizada la penetración, el acusado ordenó a Erica que se vistiese, dirigiéndose ambos al vehículo, donde le devolvió el teléfono móvil, que ya no tenía batería. Arsenio , condujo el vehículo hasta las proximidades del club Natación de Pamplona, donde le dejó bajar a Erica del coche que, inmediatamente pidió ayuda a Segundo que se dirigía a dicho club, procediendo a llamar a la policía. C) Como consecuencia de la presión ejercida por el acusado en la cara de Erica , esta sufrió una contusión en el labio inferior derecho y en el labio superior izquierdo y contusión en el borde ocular derecho, que requirieron de una primera asistencia facultativa, sanando a los 5 días y sin dejarle secuela alguna. Erica , que no se ha sometido



a tratamiento psicológico tras los hechos, sí que ha modificado su comportamiento tras ello, mostrándose menos sociable, más desconfiada, tanto en sus relaciones amistosas como en el ámbito de sus relaciones sexuales, presentando una mayor vulnerabilidad a cuadros de tipo ansioso-depresivos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Arsenio como autor criminalmente responsable de dos delitos de agresión sexual con penetración (violación), del art. 178 y 179 del CP, y de un delito leve de lesiones del art. 147.2 del CP, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, e imponiéndosele las siguientes penas: Por el delito A) OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 del Código Penal). Prohibición de comunicarse y aproximarse a menos de 300 metros de distancia de Erica , de su persona, domicilio, lugar o centro de estudios o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, así como comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, o mantener con la misma contacto escrito, verbal o visual por igual plazo de 18 años. Se impone la medida de libertad vigilada del art. 192 del CP, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con una de duración de 10 años. Se fija un periodo de seguridad no pudiendo acceder al tercer grado hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la pena de prisión. Por el delito B) la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 del Código Penal). Prohibición de comunicarse y aproximarse a menos de 300 metros de distancia de Erica , de su persona, domicilio, lugar o centro de estudios o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, así como comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, o mantener con la misma contacto escrito, verbal o visual por igual plazo de 17 años. Se impone además la medida de libertad vigilada del art. 192 del CP, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con una de duración de 10 años. Se impone el periodo de seguridad, no pudiendo acceder al tercer grado hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la pena de prisión. Por el delito C) la pena de 2 meses de multa, con cuota días de 8 euros y la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art.53 del CP. En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL, se condena a Arsenio a indemnizar a Erica en la cantidad de 157,15 euros por los días que tardó en curar de las lesiones y 20.000 euros por los daños morales. Cantidades que devengarán los intereses del art. 576 de la LEC. Se le condena al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Abónese el tiempo de detención y prisión provisional a la pena de prisión. Notifíquese la presente resolución a las partes Y personalmente al acusado, haciéndole saber que, contra esta sentencia, que no es firme y que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo ante esta Audiencia en el plazo de cinco días a partir de su notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Arsenio** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Arsenio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la C.E. y en relación con el art. 238 párrafo tercero de la L.O.P.J. Nulidad de la resolución recurrida y retroacción de las mismas a efectos de subsanar los errores contenidos en dicha sentencia, todo ello también por incongruencia omisiva o infra petita.

Segundo.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la C.E. El documento aportado por parte del Ministerio Fiscal con relación a la toma de ADN de mi mandante en sede policial y aportado en el acto de la vista ha sido de manera extemporánea. Formulación protesta por esta parte ante su admisión en primera instancia y reproducción en esta nueva instancia. Producción de indefensión material, todo ello por vulneración de los arts. 14 y 24 de la C.E. Error en la valoración de la prueba.

Tercero.- Por conculcación de los arts. 14 y 24 de la C.E. y en relación con el art. 219 de la L.O.P.J. Esta Sala se debería haber inhibido de conocer este procedimiento y por haber conocido y enjuiciado otro el cual culminó mediante sentencia firme y donde además se le apreció al mismo la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal como atenuante cualificada de enfermedad mental. La no admisión de la recusación de la Sala, la cual se planteó en momento procesal hábil dentro de los diez días de conocerse quién iba a ser la Sala encargada de enjuiciar los hechos, así como en el escrito de defensa provisorio y también en el acto de la vista.

Cuarto.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la C.E. Aplicación de la Ley Penal más favorable al reo. Se debería haber aplicado el C.P. vigente y no el de los hechos en materia de recursos. Se ha vetado a mi mandante el derecho a recurrir la sentencia ante el T.S.J. de Navarra.



Quinto.- Por infracción de los preceptos constitucionales: art. 9.3, 14 y 24 de la C.E.

Sexto.- Por infracción igualmente de los arts. 14 y 24 de la C.E. Indefensión material por no existir motivación suficiente en la sentencia y objeto del presente recurso de apelación con relación a la condena de mi patrocinado.

Séptimo.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. Por aplicación indebida de los arts. 179, 180 y 147.2 del C.P. No concurre el elemento objetivo ni subjetivo del citado tipo penal. No existe ni violencia, ni intimidación. No armas. Posibilidad de huir. Solo un delito no dos, solo hay una presunta agresión sexual no dos.

Octavo.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. Igualmente por infracción de ley y error en la apreciación de la prueba por no aplicación de ninguna de las siguientes circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, bien como eximentes completas, incompletas, atenuantes muy cualificadas o simples por analogía.

Noveno.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. También por infracción de ley y por no aplicación de la figura penal del delito continuado previsto y tipificado en el art. 74 del C.P.

Décimo.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por infracción de ley y por no aplicación del error de tipo o prohibición del art. 14 del C.P. (pág. 14 sentencia). Barrera idiomática, alcohol, discoteca, situación.

Undécimo.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 66 y concordantes del C.P. e incongruencia omisiva. Tanto en la pena principal como así accesorias: orden de protección y acceso a tercer grado.

Duodécimo.- Por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por infracción del derecho a la **presunción de inocencia** y así como de ley del art. 849.1º y concordantes de la L.E.Cr. Infracción de la **presunción de inocencia** e in dubio pro reo. Error en la apreciación de la prueba y así como infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 109 y ss. de la L.E.Cr.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular, impugnando el recurso.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 5 de octubre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Arsenio contra la Sentencia de fecha 25 de enero de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra.

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la CE y en relación con el art. 238, párrafo tercero de la LOPJ.

Hay que señalar que se efectúan los motivos del recurso incumpliendo claramente el art. 874 LECRIM que exige con claridad que se fije el motivo concreto y el artículo de la LECRIM que habilita la interposición del recurso, lo que debería haber dado lugar de salida con absoluta claridad a la inadmisión del recurso interpuesto, ya que no se cita cuál es el motivo concreto en relación a infracción de ley o quebrantamiento de forma que se alega, lo que determina una incorrecta formulación del recurso de casación.

En cualquier caso, dado que se plantea, según parece por incongruencia omisiva, ya que se reseña en primer lugar una serie de cuestiones relacionadas con que el procedimiento de origen no dimanaba del juzgado de Estella, sino de Pamplona, y número de procedimiento. Se recogen una serie de alegaciones de errores en los antecedentes de hecho, pero que tienen lugar por mero error de transcripción de los antecedentes de hecho al referirse a otro procedimiento.

Pero ello debería haber dado lugar a un escrito previo de aclaración, o de subsanación o complemento de sentencia.

Por ello, aunque no se cite de forma expresa con clara concreción del motivo articulado se alega tácitamente como motivo del recurso la existencia de incongruencia omisiva por la vía del art. 851.3 LECRIM.

Pues bien, a la hora de resolver sobre la alegación de la incongruencia omisiva se ha exigido la previa petición de complemento o aclaración al tribunal que dictó la sentencia.

Así, una vía para resolver el motivo de la incongruencia omisiva es el relativo al denominado *complemento de sentencias* que está previsto en el art. 267 LOPJ que se recoge en la STS 44/2016, de 3 de Febrero que señala que: "En todo caso, el motivo no puede prosperar si previamente no se ha intentado su subsanación;



y el recurrente, aunque formulara la oportuna protesta, ulteriormente no acudió al preceptivo y previo recurso de aclaración, que constituye presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva, pues es doctrina consolidada de este Tribunal que, "el defecto de la incongruencia pudo y debió ser remediado a partir del recurso de aclaración solicitando, antes de instar la casación, la subsanación de la incongruencia. En el sentido indicado una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desde la perspectiva del quebrantamiento de forma, es doctrina ya consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º LECr introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. *Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal*" (STS 286/2015 de 19 de mayo; y en el mismo sentido SSTS 766/2015, de 3 de diciembre 102/2015 de 24 de febrero y 834/2014 de 10 de diciembre)."

También trata de esta cuestión la STS 134/2016, de 24 de Febrero que señala que: "El criterio de esta Sala, expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de a LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, *se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.* En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo "...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas."

Por ello, resulta evidente que se trata de un mero error de transcripción, pero en todo caso no se verificó la vía de aclaración o complemento de sentencia.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la CE.

Se queja el recurrente a través de este motivo de que el Tribunal admitiera una prueba documental aportada por el Ministerio Fiscal al inicio del acto del Juicio Oral, lo cual, según él, le causó indefensión.

Al igual que en el caso anterior se sigue sin referir ni expresar cuál es el precepto de la LECRIM en que basa su motivo el recurrente lo que daría lugar a la inadmisión al no citar el motivo concreto en que se basa su impugnación y el precepto de la LECRIM en que lo sustenta, incumpliendo el art. 874 LECRIM en sus números 1 y 2.

Pues bien, se cuestionan por extemporánea la aportación de copia del atestado donde constaba la obtención del ADN del acusado a presencia de su letrado.

Ante ello, que ya fue alegado por la defensa en el juicio oral impugnando su aportación dio respuesta el Tribunal señalando que:

"Pese a la impugnación de la defensa del acusado, que afirmó que su presentación es extemporánea y le causa indefensión, lo cierto es que nada obsta la Ley de Enjuiciamiento Criminal a presentar documentos al inicio del juicio, siendo que, el motivo de dicha aportación es, a su vez, la impugnación de dicho ADN por la defensa en su escrito de conclusiones provisionales. Por ello, no existiendo trámite antes del plenario para que el MF aporte



documental, dicho momento, esto es, en el trámite de cuestiones previas, es el oportuno; más aun siendo consecuencia directa de la impugnación del resultado de dicha prueba de ADN por la defensa."

Pues bien, la prueba propuesta al inicio del juicio oral no puede tildarse en modo alguno de extemporánea. Tiene su viabilidad procesal en la utilización del cauce del art. 786.2 LECRIM aplicable tanto en el sumario como en el procedimiento abreviado, como reiteradamente ya ha señalado esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, por lo que no se trata ya de "imposibilidad material" de aportar pruebas al inicio del juicio, sino que se cuestión de pertinencia y necesidad en la admisión de la prueba y no de extemporaneidad.

Además, si la parte entiende que le causa indefensión bien tiene la vía de plantear la suspensión del juicio para postular la admisión de nuevas pruebas contradictorias con la propuesta, aunque en este caso ya refiere la parte que impugnó esa prueba, por lo que no se trata de "extemporaneidad", por cuanto ya conocía de su existencia y contenido, y lo que lleva a efecto la parte acusadora es su aportación ex art. 786.2 LECRIM que le habilita a llevarlo a cabo.

Esta Sala ya ha admitido esta vía de aportar al inicio del juicio, tanto en sumario como en abreviado pruebas: Así:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 197/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 1278/2017 :

"Sobre la proposición de prueba al inicio de las sesiones del juicio oral.

Rechazo del concepto "Factor sorpresa" en su aportación al inicio de las sesiones del juicio oral por las partes. El debate es sobre la pertinencia y necesidad.

Ahora bien, esta Sala debe fijar claro que sobre la proposición de prueba documental al inicio del juicio oral no existe la denominada proposición de prueba sorpresiva por las partes, concepto que, desde una construcción procesal es inadmisibles, dado que admitida procesalmente la posibilidad de proponer prueba documental al inicio del juicio oral, no puede aludirse al "factor sorpresa" en su aportación al inicio de las sesiones del juicio oral para rechazar la prueba que se propone, dado que es un derecho de la parte llevarlo a cabo, y por ser al inicio de las sesiones cuando, también, las partes pueden llevarlo a cabo, tanto documental, como pericial o testifical. Otra cuestión distinta es la relevancia de esa aportación, o no, al objeto de alterar el proceso de convicción que pueda haber llevado el Tribunal tras el examen de la prueba practicada. Pero la viabilidad procesal de su aportación y su admisibilidad dependerá de otros factores en torno a los conceptos de "necesidad", o pertinencia", pero no acerca de un "carácter sorpresivo" de su aportación, dado que ello no puede predicarse de una vía de proposición de prueba al inicio de las sesiones del juicio oral. La parte está en su derecho de aportar la prueba en los momentos procesales que la norma le habilita, no pudiendo acudir a la "sorpresa" de su aportación al no ser éste un argumento jurídico de rechazo de una proposición de prueba en tiempo y forma. Cuestión distinta será la pertinencia o su relación con el objeto del proceso. Por ello, no puede apelarse a la "extemporaneidad" en la proposición de una prueba pericial, testifical o documental al inicio del juicio oral.

En estos casos lo que podrá plantearse por las partes, y resolver el Tribunal en el trámite de cuestiones previas, es la posibilidad de suspender el juicio si la documentación es abundante y las partes que la deben examinar no están en condiciones de hacerlo, o bien hacer un receso para esta finalidad, hasta que las partes puedan examinar los documentos, o bien proponer una suspensión definitiva de la sesión señalada, por causarles indefensión tener que examinar de forma urgente documentos que no han conocido hasta ese momento, y que pueden tener una relevancia para contrarrestar la prueba que han propuesto en su debido momento con los escritos de acusación o defensa.

Debe realizarse, pues, esta precisión técnica y procedimental para fijar criterio en cuanto al rechazo de las "proposiciones sorpresivas de prueba al inicio del juicio", dado que es un término que no debe admitirse para sustituir al clásico de la "pertinencia" y "necesidad" de la prueba."

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1004/2021 de 17 Dic. 2021, Rec. 88/2020

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha modulado la interpretación de esa visión preclusiva que inspira una interpretación literal de los arts. 656, 728 y 786.2 de la LECrim. Su enunciado permitiría afirmar, provisionalmente, que el único momento hábil para proponer pruebas es el correspondiente a la presentación del escrito de conclusiones provisionales. La rigidez de esta conclusión se ha visto atenuada por las sucesivas regulaciones procesales, que admitieron la proposición de nuevas pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral, en el curso de la audiencia preliminar contemplada en el actual artículo 786.2 de la LECrim, para practicarse en el acto. De la misma forma, el artículo 45 de la LOTJ permite la proposición de nuevas pruebas al inicio del juicio oral, también siempre que puedan practicarse en el acto.

Estas previsiones se ampliaron jurisprudencialmente admitiendo la propuesta de nuevas pruebas con anterioridad a ese momento, por razones de mera lógica. Admitida la posibilidad de su propuesta en la



audiencia preliminar, nada debe impedir que se haga con anterioridad a la misma, en tanto que ello supone facilitar el conocimiento de las otras partes y, en definitiva, de la tramitación. Siempre que se respeten los principios de contradicción, igualdad de armas e interdicción de la indefensión.

Teniendo en cuenta la importancia que se reconoce en el proceso penal a la búsqueda de la verdad material como objetivo irrenunciable, la jurisprudencia ha extendido esa posibilidad excepcionalmente al procedimiento ordinario, si bien exigiendo que, al igual que ocurre en el abreviado o en el procedimiento ante el tribunal del jurado, existan razones justificadas, no se trate de un fraude procesal, y se respeten los principios de contradicción e igualdad de partes, evitando en todo caso la indefensión. En definitiva, se ha optado por una interpretación flexible de las normas procesales que, garantizando el respeto por los principios y las reglas esenciales del proceso y por los derechos de las partes, contribuya, al mismo tiempo, a un mayor esclarecimiento de los hechos, superando un entendimiento rígido de los formalismos que pudiera resultar injustificado.

De ahí que el Tribunal Supremo haya admitido expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que: a) esté justificada de forma razonada; b) no suponga un fraude procesal y c) no constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión. Así lo ha razonado, entre otras, en las SSTS 345/2013, 24 de abril y 1060/2006, 11 de octubre, teniendo en cuenta expresamente que la defensa había tenido conocimiento temporáneamente de las nuevas pruebas y pudo proponer otras para contradecir la ampliada. Se trata, por tanto, de una doctrina plenamente consolidada en resoluciones posteriores (cfr. SSTS 94/2007, 14 de febrero; 1287/2007, 26 de enero), que la han aplicado, no sólo a supuestos de nuevos datos probatorios desconocidos al proponer la prueba, sino también a supuestos de error u omisión (STS 872/2008, 27 de noviembre).

... descartada ya la existencia de indefensión material, tampoco puede afirmarse merma alguna del derecho a la igualdad de armas ni, con ello, la imparcialidad judicial. Al respecto, no cabe desconocer que la interpretación de la legalidad efectuada por el órgano judicial ha coadyuvado a las pretensiones de la acusación, pero ello ha sido realizado con escrupuloso respeto a la igualdad de las partes, abriendo a las restantes partes del proceso y, en concreto, al demandante de amparo, las mismas posibilidades de solicitud de prueba. Así, es lo cierto que el mismo recurrente, después de haber renunciado a una prueba testifical inicialmente propuesta en el escrito de calificación provisional, propuso extemporáneamente -en el mismo acto del juicio oral- una prueba testifical, siendo admitida por la Sala.

En suma, el rechazo de la prueba propuesta al inicio del juicio oral, al amparo de la necesidad de evitar lo que alguna sentencia de esta Sala ha denominado "...el factor sorpresa", no está justificado. De lo que se trata, al fin y al cabo, no es de dilucidar el carácter sorpresivo o previsible de una propuesta probatoria, sino su pertinencia y necesidad (cfr. STS 197/2018, 25 de abril)."

Con ello, esta Sala ha admitido que:

- 1.- No cabe hablar de "extemporaneidad" cuando se aportan pruebas al inicio del juicio oral.
- 2.- Que no puede acudir al "factor sorpresa" por la otra parte".
- 3.- Que esa posibilidad de aportación de prueba al inicio del juicio puede hacerse tanto en el ordinario como en el abreviado.
- 4.- La parte contraria podría interesar, en su caso, la suspensión del juicio para examinar con detalle la prueba nueva propuesta y la opción de aportar otras pruebas ante ello.

En cualquier caso, la indefensión material que es la determinante de apreciación en estos casos no concurre al no haberse planteado la suspensión del juicio. Pero en cualquier caso ello no tiene influencia en el resultado del juicio y sentencia dictada, ya que consta en la sentencia en el FD nº 3º que el acusado "Negó haber agredido sexualmente a Erica , afirmando no ser culpable. Dijo que del 8.03.2015 no recordaba nada por el tiempo acaecido. Preguntado sobre si pudo tener alguna relación sexual, si quiera consentida, con la señora Erica , dijo recordar que sí, que tuvo una relación sexual consentida con esa mujer. Preguntado nuevamente por su letrado si pudo ser o efectivamente fue así, dijo que si, que tuvieron dicha relación y que fue consentida por parte de los dos. Que no recordaba bien lo sucedido..." Y que "la chica fue la que se metió en el coche".

Relata a continuación el tribunal la propia declaración de la víctima que fue concluyente y contundente en torno al reconocimiento de los hechos y la admisión de la existencia de la agresión sexual en los términos y forma que consta en los hechos probados.

Y a tenor de la valoración de la prueba que consta en el fundamento jurídico número cuatro de la sentencia resulta evidente que ante el reconocimiento por parte del acusado de la existencia de las relaciones sexuales



todo lo que se refiere a la impugnación de la prueba del ADN no tiene sentido alguno y deja de tener virtualidad, ya que no es dato relevante para la condena, con lo cual se debe rechazar la impugnación realizada, por cuanto la valoración de la prueba se refiere a elementos ajenos a la referencia a la prueba del ADN que se cita en el fundamento jurídico antes citado número cuatro respecto a cuál fue la prueba tenida en cuenta por el tribunal para enervar la **presunción de inocencia**.

Con ello, trataremos posteriormente sobre la prueba tenida en cuenta para la condena, no obstante lo cual no ha existido irregularidad alguna en la aportación del documento ex art. 786.2 LECRIM aplicable tanto en el sumario como en el ordinario, además de no articular la defensa vía de respuesta correcta a la aportación, pero, sobre todo, porque la prueba tenida en cuenta para la condena se relata por el Tribunal en cuanto a la valoración probatoria, teniendo en cuenta en este punto el reconocimiento del acusado de que habían tenido relaciones sexuales aunque niega que fueran forzadas, por lo que pierde virtualidad la referencia en cuanto a la aportación del documento en momento procesal oportuno por la acusación, como hemos reseñado.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la CE y en relación con el art. 219 de la LOPJ.

De nuevo se omite la cifra del precepto de la LECRIM en que funda el motivo el recurrente.

Achaca el recurrente al Tribunal no haberse abstenido de conocer el procedimiento, en tanto en cuanto ya había dictado contra el mismo otra sentencia.

Señala el recurrente que "esta sala no debería haber conocido de los presentes autos y se debería haber inhibido a favor de otra audiencia, teniendo en cuenta y considerando que la presentes adolecía de la imparcialidad suficiente para enjuiciar los presentes autos por haber conocido de esta causa anterior y que consta en autos".

Resulta evidente que la circunstancia que un tribunal de una Audiencia haya conocido de un caso de un acusado y que posteriormente vuelva a conocer de otro del mismo acusado no es causa de abstención ni de recusación. La causa de afectación a la imparcialidad debe referirse al "mismo hecho", no a "hechos distintos". No existe posibilidad de prejuzgar una culpabilidad por haber conocido de otra causa, y, como pide el recurrente, otra Audiencia no podría haber conocido de estos hechos.

Señala el art. 219.11º LOPJ que es causa de abstención y en su caso recusación, "haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia". Con ello, ni los miembros del Tribunal actuaron en la instrucción de la causa ni en anterior instancia, y desde luego, no es causa tasada en el art. 219 LOPJ el haber enjuiciado otros procedimientos del mismo sujeto. Además, esta circunstancia de que un tribunal conozca de otros hechos distintos al enjuiciado con carácter previo al que es objeto de enjuiciamiento es posible y común en localidades reducidas como es la de Navarra, como sostiene la acusación particular, por lo que no existe causa de abstención en este caso y no concurre la pretendida "contaminación" del tribunal por haber enjuiciado al recurrente en otra causa.

La imparcialidad no se destruye en estas situaciones, ya que de ser así en localidades pequeñas con pocas secciones del orden penal en Audiencias Provinciales haría imposible el enjuiciamiento de un mismo sujeto en la propia Audiencia cuanto tenga más de una causa pendiente de ser juzgada. La propia naturaleza de la regulación de las causas de abstención y recusación se refieren "al mismo hecho", no "al mismo sujeto", lo que resulta obvio, porque el conocimiento previo determinante de la contaminación se refiere al mismo hecho del que hubieran conocido en fases previas y luego volvieran a conocer para enjuiciarlo, lo que no concurre en el presente caso.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de los arts. 14 y 24 de la CE.

Sin cita de nuevo de precepto procesal penal alguno indicando el motivo por el que lo articula el recurrente entiende que "se han conculcado sus derechos constitucionales y especialmente el derecho a recursos que ostenta a la hora de recurrir resoluciones como la presente, toda vez que se ha aplicado el régimen de recursos el CP vigente en el momento de los hechos y no el actual donde tiene el derecho a la segunda instancia, esto es, recurrir vía apelación ante el órgano superior, el TSJ de Navarra".

El art. 846 ter, 1 de la LECrim, establece que las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia serán recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio.



Este precepto fue introducido por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, cuya vigencia se inició el 6 diciembre 2015.

La Disposición Transitoria Única, en el apartado 1 de la citada Ley 41/2015, establece que la misma será aplicable a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, es decir, a los procedimientos incoados con posterioridad al 6 de diciembre de 2015.

El presente procedimiento se incoó con anterioridad al 6 de diciembre de 2015, por lo que no era posible articular recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Ya hemos señalado con reiteración que no existe un derecho a la previa apelación ante el TSJ con carácter anticipatorio a la casación penal para todos los procedimientos penales, sino solo a los incoados después de la reforma procesal penal que fije claramente que la fase de apelación ante el TSJ solo existe con carácter previo a la casación para procedimientos incoados después del día 6 de Diciembre de 2015, y ello no supone una merma en el acceso a los recursos, ya que este lo es por disposición legal y la norma procesal prevé el recurso de casación directo en estos casos ante sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales para procedimientos incoados antes de la citada fecha.

Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 252/2018 de 24 May. 2018, Rec. 1574/2017 que:

"La reforma generada en el recurso de casación por Ley 41/2015 que supuso la generalización de la segunda instancia con la implantación del previo recurso de apelación ante el Tribunal Superior Justicia correspondiente (previsión competencial que ya se recogía en la LOPJ la reforma por LO nueve/2003 del 23 diciembre) en los supuestos de sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, no es aplicable a los procedimientos penales ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor, 6 diciembre 2015."

Pero no existe un quebranto del derecho a los recursos por no tener acceso a la previa apelación antes de poder recurrir a la casación. Se trata de una cuestión de legalidad ordinaria en virtud de la cual el legislador ha fijado un plazo concreto fijado en la fecha de incoación de las diligencias para determinar en qué procesos cabe apelación previa ante el TSJ y en qué procesos cabe recurrir en casación directamente, porque en esta última vía ya se ha venido haciendo hasta la aprobación de la Ley 41/2015, hasta la culminación de este derecho al previo recurso de apelación ante el TSJ, pero circunscrito a un marco temporal respecto de cada procedimiento y no con un derecho "abierto" para cualquier procedimiento. Se trata de una opción del legislador cumplida en estos términos por los órganos judiciales. No existe, pues, la pretendida infracción al sujetarse el órgano judicial a fijar el sistema y orden de recursos conforme a lo establecido en la ley.

Es cierto, como apunta la mejor doctrina, que la Constitución no recoge entre sus derechos fundamentales el derecho a los recursos. No obstante, numerosas sentencias del Tribunal Constitucional han considerado el derecho a los recursos como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, o del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

No puede entenderse, sin embargo, que existe una vulneración de la tutela judicial efectiva por la circunstancia de que la vía del recurso adecuada ex lege con arreglo a la fecha de la incoación del procedimiento excluye la posibilidad de interponer un previo recurso de apelación ante el TSJ, habida cuenta que la regulación legal así lo prevé a partir de la fecha de incoación.

Y la mejor doctrina incide en un aspecto fundamental en cuanto apunta que no existe en la CE ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos.

Así se reconoce expresamente en la STS 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5: "El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le de cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)".

En el mismo sentido, entre otras muchas, las SSTC 58/1995, de 10 de marzo; 138/1995, de 25 de septiembre; 100/1996, de 24 de abril; 211/1996, de 17 de diciembre; 9/1997, de 14 de enero; 125/1997, de 1 de julio; 132/1997, de 15 de julio; 176/1997, de 27 de octubre; 202/1997, de 25 de noviembre; 216/1998, de 16 noviembre; 218/1998, de 16 noviembre; 222/1998, de 24 noviembre; 164/2004, de 4 de octubre; 241/2007, de 10 de diciembre; 140/2016, de 21 de julio; 149/2016, de 19 de septiembre...).



En definitiva, como dijo la STC 120/2002, "el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso".

Y apuesta la doctrina por mantener que la implantación, con carácter general, de la doble instancia en el proceso penal, se llevó a cabo con la reforma de la LECrim de 2015, y podemos encontrar su origen en dos textos internacionales ratificados por España:

A. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 19 de diciembre de 1966. Este Pacto fue ratificado por España, y entró en vigor en nuestro país el 27 de julio de 1977. Su art. 14.5 establece:

"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley".

De la lectura de este precepto no puede deducirse que establezca un determinado sistema de doble instancia, sino tan solo exige que en todo proceso penal haya al menos un recurso en favor del condenado para que el fallo condenatorio y la pena que le haya sido impuesta pueda ser sometida a revisión por un tribunal superior.

B. El Protocolo nº 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Protocolo 7 CEDH) de 22 de noviembre de 1984. Este Protocolo fue ratificado por España, y entró en vigor en nuestro país el 1 de diciembre de 2009. Su art. 2.1 dispone lo siguiente:

"Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley".

Por tanto, se pueden recurrir en apelación previa a casación:

a) Las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia. En estos casos, el recurso de apelación es resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia.

b) Las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en primera instancia. En estos casos, el recurso de apelación es resuelto por la Sala de Apelación de la propia Audiencia Nacional.

Señalar, por último, que este mismo tema ya fue tratado por esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 366/2019 de 17 Jul. 2019, Rec. 1031/2018, señalando que:

"El tema planteado se circunscribe a la circunstancia de que aunque los hechos sean anteriores a la Ley 41/2015 que introduce el recurso de apelación ante las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, y contra estas el recurso de casación, señala que se le ha privado de ese previo recurso antes de acudir a la casación.

Es cierto, pues, que para los hechos y procedimientos posteriores a la Ley 41/2015 se aplica ahora el art. 846 bis a) LECRIM que prevé el recurso de apelación ante los TSJ contra sentencias de las AP en primera instancia, y, luego, contra aquellas, recurso de casación por la vía del art. 847.1.a) 1º. LECRIM. Por ello, como apunta la fiscalía, la reforma de la LECrim. operada por ley 41/2015, satisface una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia, implantando un nuevo régimen de recursos que reconoce el derecho al recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, contra las sentencias dictadas por las Audiencias provinciales en primera instancia.

Sin embargo, tal régimen únicamente es aplicable a los procedimientos incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, muy posterior a la fecha de incoación que nos ocupa. Y como recuerda el auto del T.S. 20014/2017 de 24 de marzo, las leyes procesales no son leyes penales, por lo que no se plantea el efecto retroactivo de las mismas, sino que únicamente son aplicables a los procedimientos en vigor con arreglo a las circunstancias establecidas para el procedimiento aplicable, al momento de los hechos enjuiciados.

Ante esta queja, resulta interesante recordar, ahora, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 404/2005 de 25 Mar. 2005, Rec. 323/2004 con respecto a un recurso de casación donde se reclamaba, también, tener acceso a la apelación ante el TSJ, pero en un momento en el que se había aprobado la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, pero sin desarrollo. Y, por ello, la sentencia de esta Sala ya explicitó en el año 2005 que:

"Como dice la STS 8 de marzo de 2005, la disposición final segunda de la citada Ley Orgánica 19/2003, establece que "en el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los Proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por la ley".

Sobre este extremo baste recordar el Auto de esta Sala de 18 de mayo de 2004, que señala "cosa distinta son las consecuencias de la reforma legal de 23 diciembre 2003, que el recurrente interpreta inadecuadamente,



confundiendo conceptos. Siempre habrá que distinguir la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/03, por un lado, y la entrada en vigor de la normativa procesal, que definitivamente implante el cauce para tramitar los recursos penales que contra las decisiones de las Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores y Audiencia Nacional puedan interponerse en lo sucesivo, por otro".

El derecho que concede la Ley Orgánica reformadora no constituye un derecho efectivo, sino que lo introducido por la ley es un derecho expectante o en expectativa que materialmente no se puede aplicar por tres fundamentales razones:

- 1) Por estar pendiente de regulación los mecanismos procesales y demás condiciones y requisitos para poderlo hacer efectivo.
- 2) Porque, hasta tanto no se establezcan legalmente tales mecanismos, no se ha producido la sucesión de leyes entre la normativa nueva y aquélla a la que pretende sustituir, que sigue vigente.
- 3) Porque las leyes procesales, a diferencia de las penales, no poseen efectos retroactivos (principio general de irretroactividad de las leyes: art. 2.3 C.Civil), por lo que mientras no se cumplan los presupuestos de la ley Orgánica nº 19 de 23 diciembre 2003 (transcurso del plazo previsto, texto legal nuevo para dar efectividad a la reforma) no tendrá aplicación, siendo en la actualidad la única legalidad vigente y aplicable al caso, la que ha seguido el presente proceso.

En el hipotético supuesto de que se cumplieran las previsiones legales y tuviera efectividad la normativa en ciernes, se aplicaría a los recursos posteriores a la definitiva implantación del recurso penal".

Sobre la introducción del nuevo recurso de casación señala la doctrina al respecto que debe recordarse que el legislador expresamente previó este nuevo recurso de casación con apelación previa ante los TSJ en la modificación del art. 73.3.c) la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial mediante el artículo único, apartado ocho de Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre. Dicha norma atribuye a los TSJ como Sala de lo Penal, la competencia para "el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos en las leyes".

Ahora bien, la Disposición final 2.ª de la Ley Orgánica 19/2003 relativa a la adecuación de normas procesales, estableció que "En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley", por lo que esta norma nunca entró en vigor al incumplirse por el Gobierno el plazo establecido hasta la Ley 41/2015, de 5 octubre.

El Tribunal Constitucional -Sala 2.ª- en su temprana Sentencia 42/1982, de 5 julio subrayó en su FJ 3.º "(...) que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de ésta, consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (Cf. "Boletín Oficial del Estado" núm. 103, de 30 Abr. 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior (...)".

Así se ha venido considerando al Tribunal Supremo hasta la Ley 41/2015 como Tribunal Superior mediante el recurso de casación penal frente a las sentencias de las AAPP, TSJ (Jurado) y Sala de lo Penal de la AN dictadas en primera instancia (v.gr. STS -2.ª- 1012/2012, de 21 diciembre, entre otras muchas) justificando que la casación era esa segunda instancia penal para los condenados exigida por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 19 diciembre 1966, ratificado por España en los albores de nuestra delicada Democracia constitucional en fecha 27 abril 1977 (BOE del 30).

La Ley 41/2015, de 5 octubre, vigente a partir del 6 diciembre 2015, entre otros méritos, mediante la modificación de los arts. 847 y 848 de la LECrim ha tenido el de regular definitivamente, tras años de retraso, esa segunda instancia penal y devolver la casación penal a su esencia de control de legalidad sobre los Tribunales de instancia y formación de jurisprudencia.

Y sobre la irretroactividad de la reforma procesal que ahora se postula, cuestionando que aunque el procedimiento y hechos sean anteriores a la Ley 41/2015, no se tiene derecho a la apelación ante los TSJ debemos recordar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) 642/2016, de 14 julio, donde se incide en la irretroactividad de la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 octubre, vigente el 6 diciembre 2015, sobre la nueva regulación del recurso de apelación y casación, que generaliza la segunda instancia penal.



Se incide en que la sentencia desestima el recurso de casación contra una sentencia dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial sobre un delito de lesiones, así como la solicitud del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad contra la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015 que establece la irretroactividad de las reformas procesales contenidas en dicha Ley en materia de recursos penales.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia se expresa en el FJ 2.º, que dice:

"SEGUNDO.- Como cuestión previa a la interposición del recurso de casación interesa la parte recurrente que se formule cuestión de constitucionalidad respecto del párrafo primero de la Disposición transitoria única de la Ley 41/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que establece que "Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor". Considera el recurrente que esta norma le impide recurrir en apelación la sentencia de la Audiencia Provincial, estimando que vulnera los arts. 9 y 14 CE en relación con el art. 2.2.º CP, que establece que "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo".

La solicitud, impugnada por la parte recurrida, carece de fundamento. Es cierto que la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre procede a generalizar la segunda instancia, estableciendo la misma regulación actualmente prevista para la apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal en el proceso abreviado, si bien adaptándola a las exigencias tanto constitucionales como europeas. Ahora bien el nuevo art. 846 ter 1 de la LECrim, que establece que "Los autos que supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, respectivamente, que resolverán las apelaciones en sentencia", no es una norma penal sino procesal, por lo que no le resulta aplicable lo establecido en el art. 2.2.º CP.

En el ámbito procesal, y en cuanto a los procesos pendientes, constituye doctrina mayoritaria que deben seguir sometidos a la ley que estaba en vigor cuando se iniciaron, incluidos los recursos, criterio que es precisamente el seguido por el Legislador al establecer la disposición transitoria que pretende impugnar el recurrente".

Dicho lo anterior, esta sentencia es una de las primeras que aborda, si bien de forma escueta, la posibilidad de aplicación retroactiva de la norma procesal para aquellos procesos iniciados antes del día 6 diciembre 2015. La materia se planteó vía solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad contra la Disposición Transitoria Única de la Ley 41/2015, que impide esta posibilidad. Se recuerda que esta Sala resuelve desestimar ese planteamiento, recordando que las normas procesales no tienen carácter retroactivo y que la Disposición Transitoria Única citada, en su apartado 1, dispone que "esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor", que fue el 6 diciembre 2015."

Por ello, la previa apelación lo es solo para procedimientos incoados desde la fecha fijada en la norma, no para todos, y ello es fijado ex lege y no vulnera la tutela judicial efectiva en tanto existe un recurso que es el que se ha interpuesto, como es el de casación.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de los arts. 9.3, 14 y 24 de la CE.

Se denuncia por el recurrente la vulneración de su derecho a la **presunción de inocencia** "por cuanto en el plenario no se ha practicado prueba de cargo con entidad suficiente para desvirtuar el citado principio toda vez que no existe una mínima prueba razonablemente suficiente". Pero nuevamente no se cita precepto procesal en que se basa el motivo.

Por ello, habrá que analizar cuál ha sido la prueba tenida en cuenta para condenar en este caso y su debida motivación y análisis.

Es evidente que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso -subjetivo- de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tenida en cuenta para la condena, y mediante

un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso objetivable de convicción, que aunque esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objetive.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos" y también como "el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada". El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la **presunción de inocencia**, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de "suficiencia", "entidad", y "calidad de la prueba" para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la **inocencia** del acusado.

De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba -beyond any reasonable doubt (penal) y preponderance of evidence (civil)- pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

También podemos hablar de "capacidad de la prueba para enervar la **presunción de inocencia** y de "virtualidad" para llevarlo a cabo, y ambas deberán expresarse en la sentencia dentro de la exigencia de motivación y conclusividad expresiva que se exige del juzgador en el reflejo en la sentencia de su valoración probatoria trasladada a la misma.

Con ello, a la hora de evaluar la prueba y su reflejo en la sentencia para examinar si permite la aportada por la acusación enervar la **presunción de inocencia** debemos reflejar los siguientes parámetros:

- 1.- La "calidad" de la prueba aportada por la acusación frente a la **presunción de inocencia** del acusado.
- 2.- El tipo de prueba que se va a tener en cuenta. Si se trata de prueba directa, de referencia, indiciaria, pericial.
- 3.- Si se trata de pericial la confrontación de las periciales existentes.
- 4.- La "capacidad" de la prueba tenida en cuenta para enervar la **presunción de inocencia** y de "virtualidad" para llevarlo a cabo.
- 5.- La inexistencia de la duda razonable.
6. Las máximas de experiencia reflejadas en la sentencia.
- 7.- El proceso deductivo del tribunal y el juicio de inferencia de conclusividad.
- 8.- Comparación de prueba de cargo y descargo.
- 9.- Desarrollo entrelazado y numerado de la prueba indiciaria tenida en cuenta con expresión del valor del contraindicio.
- 10.- Desarrollo de las razones para aceptar como creíble y valorativa la declaración de la víctima frente a la negativa del acusado a reconocer los hechos.

Resulta, así, un importante decálogo a tener en cuenta para que ello se refleje en la sentencia y sea expresivo de una correcta y adecuada motivación.

Hay que tener en cuenta también otros aspectos relevantes:

- a.- La prueba de cargo debe analizarse no por su cantidad, sino por su calidad. No se trata de que "pese" más la prueba de cargo que la de descargo, ni del número de unas y otras, sino de la importancia de la prueba de las partes en torno al "peso cualitativo", no "cuantitativo".
- b.- La prueba de cargo debe compararse con la de descargo para valorar si el contrapeso de la segunda impide que la primera tenga la calidad suficiente como para enervar la **presunción de inocencia**. Y ello debe ser objeto de motivación en la sentencia, tanto la primera como la segunda, a fin de que el acusado conozca por qué su prueba no se tuvo en cuenta para conseguir suscitar la duda del juez o tribunal acerca de la autoría.
- c.- La declaración de la víctima es prueba bastante para enervar la **presunción de inocencia**, sobre todo en casos como la violencia de género o delitos de contenido sexual donde, al cometerse en la intimidad y aislamiento de testigos, puede impedir la corroboración periférica, pero ello debe exigir que la motivación de la sentencia se "redoble" y se concreten los datos de esa declaración de la víctima y su confrontación con la del acusado.
- d.- El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la **presunción de inocencia**.
- e.- La prueba de indicios puede permitir que quede enervada la **presunción de inocencia**, pero deben analizarse los contraindicios de la defensa y evaluar si restan de modo suficiente como para evitar la condena.



f.- Los indicios deben reflejarse en la sentencia de forma numerada y argumentarse el proceso de inferencia del juez o tribunal por el examen de estos indicios entrelazados que lleguen a la conclusión de condena. Es preciso un esfuerzo en la sentencia de detalle de la redacción de qué indicios son, -excluyendo las meras sospechas-, la ineficacia de los contraindicios expuestos por la defensa, y un proceso de reflejo en la sentencia de la inferencia del juez o tribunal mediante el examen de los mismos y la correlación de unos con otros para llegar a una conclusión de condena.

g.- El juez o tribunal debe llevar a cabo un examen acerca de la "suficiencia" de la prueba, por cuanto si lo que existe es "insuficiencia" la respuesta debe ser de absolución, no de condena.

En el presente caso, pese a la queja del recurrente podemos entender que ha habido "suficiencia de prueba".

Así, el tribunal refleja la contundencia de la declaración de la víctima, quien ha expresado de forma sólida y constante los hechos relativos a las dos agresiones sexuales de las que fue víctima.

El tribunal recoge en el FD nº 4 que el recurrente sostiene que mantuvo la relación sexual, pero que fue consentida. Y se añade que "es posible que ese día mantuviera dos relaciones sexuales completas con Erica , pero siempre con su consentimiento".

La víctima lo niega categóricamente.

Pone el acento el Tribunal en la importancia en estos casos de la declaración de la víctima, al apuntar que en casos, sobre todo de delitos sexuales, "debe tenerse en cuenta que, en este tipo de delitos no suelen existir más elementos de prueba que las declaraciones de la propia víctima y del acusado, ya que, a menudo, no existen testigos presenciales del hecho, salvo situaciones excepcionales, y de ahí que la declaración de la víctima adquiera una vital importancia".

Y añade a la hora de ponderar la importancia y verosimilitud de la declaración de la víctima:

"1.- En el presente caso, la víctima denunció sin ni tan siquiera poder identificar al autor, al que no conocía de nada.

2.- La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones.

3.- La declaración de la víctima es verosímil.

4.- Contamos en este caso con una declaración mantenida en el tiempo, que se ve apoyada por los partes médicos, la testifical del testigo presencial y la de los agentes actuantes, pruebas de corroboración periférica que dan apoyo a dicha versión.

5.- En cuanto a la declaración prestada por la víctima, cabe decir en el sentir unánime de los miembros de este Tribunal que Erica dijo la verdad, en una declaración sin excesos de emotividad, templada, mostrándose afectada, pero no llorosa, haciendo frente de forma adecuada a la rememoración de tan traumática experiencia.

Ninguna sombra de duda empaña la franca credibilidad de cuanto la víctima declaró ante este Tribunal en el plenario. No percibimos asomo ni atisbo alguno de invención, de exageración ni de fabulación, sino una declaración firme, compacta, sin fisura en el relato de la experiencia sufrida que primero relató ante la policía, después ante el Juez de Instrucción y finalmente ante esta Sala.

Ciertamente y saliendo al paso a los argumentos pretendidamente exculpatorios planteados por la Defensa del acusado, sería disparatado pensar que la víctima inventó esa experiencia que tan traumática y dolorosa le resulta aún hoy, pese al tiempo transcurrido, ya que ningún motivo existe no se atisba para tal invención, siendo que las pequeñas irregularidades en detalles, son justificables por lo traumático del suceso siendo que, las conversaciones de WhatsApp aportadas, con un novio y un amigo, lejos de quitar credibilidad, apoyan la valoración forense de que Erica , en lugar de afrontar y contar lo sucedido, decidió crear una burbuja, no contando ni a su círculo más cercano los sucedido, castigándose a sí misma por la decisión tomada aquel día de subir a ese coche, como si la deleznable conducta del acusado fuera responsabilidad suya, cosa evidentemente incierta.

En este sentido, lo declarado por Erica viene rodeado de corroboraciones mediante pruebas objetivas periféricas, como es la pericial médica forense y la pericial de ADN. Así, resulta relevante que la perjudicada,



nada más producirse los hechos, pidió a un viandante que le ayudara diciéndole que le habían violado, lo que reprodujo, a los primeros agentes de seguridad ciudadana que acudieron al lugar, tras la llamada del testigo. En cuanto a la pericial forense, se objetivan lesiones compatibles con el mecanismo de agarre de la cara para taponar la boca cuando gritaba pidiendo ayuda.

6.- La defensa del acusado, en su narración de lo sucedido, solo es entendible en estrictos términos de defensa. Y ello por cuanto primero negó las relaciones sexuales con la denunciante, para terminar, diciendo que, sí existieron, pero fueron consentidas, sin llevar a cabo un relato de donde, cuándo y cómo se produjeron. Pero al tiempo, también señaló, a preguntas de la defensa que en esa época tenía problemas de próstata, lo que le impedía tener relaciones y, asimismo, que le intentó pagar al final, dejando entrever que la relación fue consentida y fruto de una relación de prostitución. Este cúmulo de versiones contradictorias en un solo acto, el plenario, resta credibilidad a todas ellas que solo se entienden en estrictos términos de defensa.

Por consiguiente, la **presunción de inocencia** que amparaba 'ab initio' al acusado ha quedado enervada por la prueba incriminatoria desarrollada en el plenario, con estricta y rigurosa observancia de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y debe dictarse una sentencia condenatoria."

Debemos tener en cuenta que la motivación expuesta por el tribunal en cuanto a la prueba de cargo existente para enervar la **presunción de inocencia** es suficiente y está debidamente relatada por el Tribunal de instancia que con inmediación ha practicado la prueba.

Debemos destacar, en consecuencia, que no solamente se trata en este caso de la declaración de la víctima que, en cualquier caso, es persistente, e incriminatoria, sino, también, que existen variadas pruebas tenidas en cuenta por el tribunal en cuanto a la primera persona que encuentra a la víctima, así como los agentes policiales que realizan las primeras intervenciones y los partes médicos respecto al resultado lesivo que derivó la agresión sexual doble en este caso a la víctima.

Con respecto a la existencia de la prueba del ADN ya hemos dicho que lo relevante es que el propio acusado en su defensa afirma que las relaciones fueron consentidas, con lo cual el alegato que expone el recurrente en el motivo primero no tiene razón de ser, ya que es el mismo recurrente el que admite la existencia de la relación sexual con la víctima, aunque sostiene que fue consentida; aspecto que es rechazado de forma motivada por el tribunal en base a la prueba concurrente que se ha entendido que es suficiente.

Hemos reseñado en muchas ocasiones que los delitos sexuales nos encontramos con que la víctima se enfrenta a su agresor de forma aislada y sin testigos directos de cargo que pudieran *coadyuvarle* en su versión incriminatoria cuando se ha cometido la agresión sexual.

En estos casos, la declaración de la víctima persistente a lo largo de todo el procedimiento y sin variaciones sustanciales se torna en importante y es la propia inmediación del tribunal en el análisis conjunto de esas sucesivas declaraciones el que está en disposición de valorar y evaluar la veracidad en la declaración de la víctima con el *triple test* de credibilidad al que nos hemos referido en muchas ocasiones, más otros criterios, tales como la forma expositiva de la víctima durante el desarrollo del plenario, así como su grado de coherencia y relato verosímil que permita huir al Tribunal de que el relato es figurado o se ha fabulado en una idea prefabricada y preconcebida para mentir durante todas las fases del procedimiento, lo que descarta abiertamente en este caso el tribunal, ya que la víctima no tenía por qué relatar que había sido víctima de la doble violación, y que lo primero que hizo fue contarlo a la primera persona con la que se encontró para realizar la investigación policial que determinó en la detención del ahora recurrente y su posterior condena.

Pero, además, en este caso concurren pruebas de corroboración periférica que han sido expuestas y relatadas por el Tribunal de forma motivada, no tratándose solamente de la declaración de la víctima, que ya de por sí era consistente y persistente, sino, también, con un soporte probatorio de corroboración que arroja luz suficiente en torno a la cantidad y calidad de prueba que se ha tenido en cuenta para enervar la **presunción de inocencia**.

La versión de la víctima ha sido persistente, como lo refleja el tribunal, pese a las discrepancias del recurrente.

Pero hay que incidir en un dato que es fundamental. Y es que no se puede culpar a la víctima por ser víctima, y esta tenía derecho a estar en la zona de diversión a la hora que estimara por conveniente, sin que por estar tarde en ese lugar se pueda entender por el recurrente que quería tener relaciones sexuales, cuando en el desarrollo de los hechos probados quedó evidente que ella no quería realizar el acto sexual en ninguna de las dos ocasiones en las que empleó la fuerza para conseguirlo.

La víctima no tenía por qué haberse ido con sus amigos antes, y la circunstancia de que se quedara más tiempo allí no tenía por qué dar a entender al recurrente que era porque quería tener relaciones sexuales. Esto es una suposición sin fundamento alguno que quedó evidenciado al emplear la violencia el recurrente para tener relaciones sexuales con ella.



Además, que la víctima no haya querido acceder a recibir tratamiento psicológico en este caso no conlleva a deducir que no tiene afectación por los hechos, ya que una de las circunstancias particulares de las víctimas de delitos sexuales es, precisamente, la de retraerse, e, incluso, en muchas ocasiones tratar de querer ocultar los hechos, o querer olvidar lo que ha ocurrido, por lo que la circunstancia de no querer recibir tratamiento psicológico no denota que los hechos no hayan ocurrido en modo alguno.

También, el contenido de los whatsapp que cita el recurrente tampoco evidencian que los hechos no hayan ocurrido, ya que la ocultación de este tipo de fenómenos de agresiones sexuales lleva una connotación del carácter reservado por el que pasan las víctimas de delitos sexuales en estos casos, no queriendo contar a su entorno lo que ha ocurrido, o, en todo caso, relatarlo tan solo a los investigadores policiales, pero sin querer que las personas que conforman su entorno social conozcan que han sido víctima de un delito sexual por el sentimiento de vergüenza que, incluso, se apodera de la víctima por haber sido víctima en este tipo de delitos tan execrables. En este sentido, el propio sentimiento de vergüenza de la víctima por haberlo sido no puede conllevar una interpretación valorativa en su contra, precisamente, por haber sido víctima de un delito sexual.

El recurrente efectúa un relato alternativo y de interpretación propia con respecto a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal con respecto a determinados extremos de los que deduce que la víctima ha mentado y ha faltado la verdad radicalmente. Sin embargo, no existe al parecer del Tribunal de instancia que con inmediación ha practicado la prueba y ha entendido que la declaración de la víctima es consistente y persistente en torno al relato que describe de dos hechos de agresión sexual consumados y utilizando la violencia que se describió por la víctima en el relato de los hechos descartándose. Por consiguiente, las razones de oposición efectuadas por el recurrente se centran en una versión parcial e interesada del relato de los hechos que él considera probados sin existir agresión sexual, pero cuyo relato es descartado por el tribunal.

Además, en este terreno de la credibilidad de la víctima hay que recordar que el hecho de que Erica estuviera de fiesta con unos amigos esa noche y se separara de ellos no continuando la noche con su grupo no la hace culpable de lo ocurrido.

No puede considerarse ni admitirse que una víctima de violación, como en este caso se ha declarado probado, sea la culpable de ser víctima de la violación cuando, precisamente, ella ha sido la víctima de dos delitos de agresión sexual por parte del recurrente. Además, éste no tenía derecho ni razón alguna para interpretar lo que la víctima quería, y que era solamente que le llevaran a su domicilio, no tener relaciones sexuales.

Así, el hecho de que ella voluntariamente suba al coche no es una carta blanca para que el acusado cometa los delitos por los que es condenado.

Las relaciones sexuales tienen que ser consentidas y no interpretadas unilateralmente por parte en este caso de una persona cuando de forma exteriorizada y clara la víctima no ha consentido el acceso sexual y no ha expuesto con prueba evidente de que quiere llevar a efecto el acto sexual, como se ha recogido de forma reiterada por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, exigiendo el consentimiento de la víctima para poder llevar a cabo la relación sexual que no puede ser interpretada unilateralmente, salvo que se entienda una defectuosa interpretación que con el ejercicio de la violencia conlleva a la agresión sexual.

Además, el hecho de que la víctima no quiera contar lo sucedido en días posteriores a su círculo íntimo no le resta credibilidad. Y, como hemos señalado, el hecho de que la víctima no haya recibido tratamiento psicológico no significa que no se encuentre mal y afectada por lo sucedido, sino que la ocultación del fenómeno ocurrido con violencia sexual supone un rasgo y un perfil definitorio de las víctimas de violencia sexual que quieren silenciarlo a su entorno, aunque se haya judicializado la investigación y abierto la vertiente policial para averiguar lo ocurrido, y la autoría del delito de violación, como en este caso ocurrió, aunque la víctima quiera silenciar estos extremos o contarlos parcialmente en su reducido entorno social.

Además, la mera circunstancia de salir de noche una mujer no puede ser interpretado por nadie como una **presunción** de querer tener relaciones sexuales. Con ello, debe ser rechazado el alegato en esos términos.

La pretensión de culpabilizar a las víctimas no puede prosperar por el hecho de estar donde ella se encontraba y sin tener por qué prejuzgar el recurrente circunstancias ajenas a la única voluntad y decisión de una mujer de tener relaciones sexuales, y sin poder ser objeto de imposiciones sexuales violentas como en este caso ocurrió.

Además, no puede admitirse en modo alguno la creencia de que la víctima pudiera ser una prostituta, y que ello le diera derecho a tener una relación sexual violenta e in consentida, ya que el ejercicio de la prostitución tampoco lo admite en modo alguno, constituyendo un delito de agresión sexual el hecho de que a una mujer que ejerza la misma se realicen con ella actos sexuales violentos, como consta en los hechos probados, lo que constituiría exactamente el mismo delito de violación que si se hace a una persona que no ejerza la prostitución.



La mujer es en este caso la víctima de la agresión sexual y no una excusa para satisfacer los deseos sexuales de quienes quieren tener una relación sexual in consentida. Si eso se lleva a cabo hay violación. No hay interpretaciones posibles en estos casos, ya que ello será así cuando libre y voluntariamente así lo exprese, y no por deducciones unilaterales de una persona.

Hemos de recordar con respecto al derecho de la mujer a querer salir con amigos o amigas por la noche a divertirse y sobre su credibilidad si luego son víctimas de una agresión sexual que se ha tratado este tema en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019, al recoger que:

"Así, los parámetros de partida que deben observarse en cuanto al alegato de que fue la "actitud de la víctima" lo que provocó el hecho hay que puntualizar lo siguiente:

1.- *La mujer tiene derecho a vestir como estime por conveniente, o a iniciar una relación con un hombre, sin que por ello deba verse sometida a una coactiva relación sexual.*

2.- *La libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual in consentida, y que inicie una relación con alguien no le permite a otras personas forzarle sexualmente.*

3.- *La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.*

4.- *Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.*

5.- *Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última.*

6.- *No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como "consentimiento", ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual "consentida", como ha reiterado esta Sala.*

7.- *No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer.*

El Tribunal ha observado la declaración de la víctima, y ha llegado a su convicción basado en los criterios ya expuestos por esta Sala en sentencia 119/2019, de 6 de Marzo :

"El Tribunal ha admitido la declaración de la víctima, y con la inmediación que le privilegia concluye que la víctima fue consistente y entiende que es creíble en su versión de los hechos por los que ha sido condenado, pero, sin embargo, el Tribunal no llega a la misma convicción en cuanto al delito de agresión sexual por el que también era acusado sobre el que tratamos con motivo del recurso de la acusación particular.

Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima.

Pero recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

1.- *Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.*

2.- *Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.*

3.- *Claridad expositiva ante el Tribunal.*

4.- *"Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.*

5.- *Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.*

6.- *Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.*

7.- *Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.*



8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica."

Nos encontramos, así, ante un relato de hechos probados realmente grave con respecto a la existencia de dos agresiones sexuales continuadas en un corto espacio de tiempo en el que el recurrente despliega una conducta realmente de cosificación y desprecio a la mujer considerándola y tratándola como un objeto sexual, al atacarle sexualmente en dos lugares distintos en un corto periodo de tiempo.

La víctima ha contado lo ocurrido de forma detallada. Y a la primera persona que se encuentra le relata lo que ha ocurrido, y el testigo depone en el juicio, así como los agentes policiales que inician en este caso la investigación corroborándose la versión de la víctima.

El relato de hechos probados es sumamente descriptivo en cuanto a lo que ocurrió esa noche y al sufrimiento de la víctima, que sin poder mostrar ningún tipo de oposición ante la violencia empleada por el recurrente fue agredida sexualmente en dos lugares distintos, cosificando a la víctima y dejándola en el primer lugar que pudo, ante lo cual ésta se lo contó a la primera persona que vio y luego a los agentes policiales, todo lo cual corrobora la versión de la víctima y determina la credibilidad que ha sido valorada en estos términos por el tribunal de instancia.

El recurrente no tenía que prejuzgar las intenciones de la víctima y acometerla de forma violenta como así consta en los hechos probados en dos lugares distintos, y a sabiendas de la negativa de la víctima a tener relaciones sexuales, y pese a ello, persistir en el acto sexual convirtiendo en objeto a la mujer y haciendo oídos sordos a sus gritos y deseo de que no llevara a cabo la agresión sexual.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de los arts. 9.3, 14 y 24 de la CE.

No se efectúa ni cita de precepto procesal penal que ampare un motivo técnico de recurso de casación y el relato descrito supone una plasmación de queja por haber sido condenado. No hay alegato técnico en el motivo ni soporte del precepto procesal del mismo.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849. 1º de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 179, 180 y 147, 2 del Código Penal.

Denuncia el recurrente la aplicación indebida del art. 179, 180 y 147. 2º del Código Penal "toda vez que en modo alguno se ha cumplido por él ni con el elemento objetivo ni así mismo subjetivo del citado tipo penal".

Sostiene el recurrente, además, que solo se trató de un hecho, no de dos y que no concurren los elementos del tipo penal objeto de condena. Alega que no empleó violencia o intimidación.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la



premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

En este caso sí que se asocia la formulación del motivo a precepto procesal que lo habilita, y en este caso el art. 849.1 LECRIM citado exige el más absoluto respeto de los hechos probados. Y estos señalan que:

Se declara probado que el acusado Arsenio, de nacionalidad rumana, mayor de edad y sin antecedentes penales en el momento de los hechos, en la madrugada del día 8 de marzo de 2015 se encontraba junto a otro varón no identificado en el interior de un vehículo en la parte trasera de la discoteca OZONE, sita en la Travesía Monasterio de Velate de Pamplona.

Probado resulta que Erica, nacida el NUM000 de 1994, se acercó a dicho vehículo, preguntándoles si se iban a dirigir al centro de Pamplona, siendo que, al contestarle que sí, les preguntó si podrían llevarla, respondiéndole Arsenio loan afirmativamente, introduciéndose Erica en el interior del vehículo.

A) Tras circular los tres ocupantes en dirección al centro de Pamplona, en un momento dado el varón no identificado abandonó el vehículo, proponiéndole Arsenio a Erica que se pasara al asiento del copiloto, a lo que esta accedió, al tiempo que le indicaba por donde debía circular para dejarle cerca de su domicilio. El acusado, comenzó a circular hasta que, en un momento dado, haciendo caso omiso de dichas indicaciones, condujo el vehículo hacia una zona próxima a La Morea, en Cordovilla, tomando allí un camino de tierra que circulaba paralelo a la autopista AP-15, Erica, que ya estaba asustada al ver que el acusado no circulaba hacia su casa, en el momento en que Arsenio se desvió por el camino de tierra, aprovechando que redujo la velocidad del coche, se bajó del mismo y, salió corriendo. Arsenio, lejos de dejarla marchar, bajo del coche, corrió tras ella y la alcanzó, agarrándola fuertemente, haciéndole caer al suelo. Como fuera que Erica gritaba pidiendo ayuda, le tapó la boca ejerciendo fuerza sobre su cara, Arsenio, la cogió por la fuerza, la introdujo en el coche y continuó su trayecto por el camino de tierra, hasta llegar a un túnel que cruza debajo de la autopista, donde detuvo el vehículo. Una vez allí, ordenó a Erica que pasara al asiento trasero del vehículo y se quitara las botas, el pantalón y el tanga que llevaba, al tiempo que Arsenio se quitaba sus prendas inferiores. Tras tocarle en la zona de la vagina, le introdujo los dedos, colándose después sobre ella e introduciéndole su pene en la vagina de Erica sin hacer uso de preservativo. Mientras todo esto sucedía, Erica, asustada y temiendo incluso por su vida, se resistió, gritando y pidiéndole que parara, siendo que Arsenio le agarró y le tapó fuertemente la boca con la mano, Finalizada la penetración Arsenio le dijo a Erica que se vistiera y pasara al asiento delantero del vehículo, cosa que ella hizo, atemorizada, quitándole su teléfono móvil y, reiniciando la conducción, abandonando el lugar hacia Pamplona.

B) Tras abandonar Arsenio el lugar, el mismo siguió conduciendo, esta vez hasta el barrio de la Rochapea, llegando hasta una nave abandonada de la calderería INDUSTRIAS ARANGUREN, sita en la carretera de Artica, donde Viril procedió nuevamente a estacionar el vehículo, Una vez allí, obligó a Erica a salir del coche y entrar a la nave, diciéndole que no le devolvería el móvil si no realizaran nuevamente el acto sexual. Erica, asustada por lo anteriormente sucedido y ante lo solitario del lugar, no pudo oponerse a acceder al interior de la nave, caminando hasta una zona donde había un colchón. Una vez allí, Arsenio le ordenó que se quitara las prendas de vestir inferiores, haciendo él lo mismo y, tras ordenarle que se tumbase en el colchón, Arsenio nuevamente le introdujo su pene en la vagina sin preservativo. Al producirse estos segundos hechos, Erica gritaba y lloraba, pidiéndole a Arsenio que parara, siendo que este, no le hacía caso, le profería expresiones malsonantes y, nuevamente, le tapaba la boca con su mano, haciéndole daño,

Finalizada la penetración, el acusado ordenó a Erica que se vistiese, dirigiéndose ambos al vehículo, donde le devolvió el teléfono móvil, que ya no tenía batería, Arsenio, condujo el vehículo hasta las proximidades del club Natación de Pamplona, donde le dejó bajar a Erica del coche que, inmediatamente pidió ayuda a Segundo que se dirigía a dicho club, procediendo a llamar a la policía.

C) Como consecuencia de la presión ejercida por el acusado en la cara de Erica, esta sufrió una contusión en el labio inferior derecho y en el labio superior izquierdo y contusión en el borde ocular derecho, que requirieron de una primera asistencia facultativa, sanando a los 5 días y sin dejarle secuela alguna. Erica, que no se ha sometido a tratamiento psicológico tras los hechos, sí que ha modificado su comportamiento tras ello, mostrándose menos sociable, más desconfiada, tanto en sus relaciones amistosas como en el ámbito de sus relaciones sexuales, presentando una mayor vulnerabilidad a cuadros de tipo ansioso-depresivos."

Debemos destacar que los hechos probados recogen la existencia de dos agresiones sexuales, no una y hay que estar al relato intangible de los hechos probados. Y que en ambas se emplea la violencia o intimidación que da lugar al delito de agresión sexual por el que en cada caso es condenado.

Primera Violación descrita: " Arsenio , lejos de dejarla marchar, bajo del coche, corrió tras ella y la alcanzó, agarrándola fuertemente, haciéndole caer al suelo. Como fuera que Erica gritaba pidiendo ayuda, le tapó la boca ejerciendo fuerza sobre su cara, Arsenio , la cogió por la fuerza, la introdujo en el coche y continuó su trayecto por el camino de tierra, hasta llegar a un túnel que cruza debajo de la autopista, donde detuvo el vehículo. Una vez allí, ordenó a Erica que pasara al asiento trasero del vehículo y se quitara las botas, el pantalón y el tanga que llevaba, al tiempo que Arsenio se quitaba sus prendas inferiores. Tras tocarle en la zona de la vagina, le introdujo los dedos, colándose después sobre ella e introduciéndole su pene en la vagina de Erica sin hacer uso de preservativo. Mientras todo esto sucedía, Erica , asustada y temiendo incluso por su vida, se resistió, gritando y pidiéndole que parara, siendo que Arsenio le agarró y le tapó fuertemente la boca con la mano".

Segunda violación: "Una vez allí, obligó a Erica a salir del coche y entrar a la nave, diciéndole que no le devolvería el móvil si no realizaran nuevamente el acto sexual. Erica , asustada por lo anteriormente sucedido y ante lo solitario del lugar, no pudo oponerse a acceder al interior de la nave, caminando hasta una zona donde había un colchón. Una vez allí, Arsenio le ordenó que se quitara las prendas de vestir inferiores, haciendo él lo mismo y, tras ordenarle que se tumbase en el colchón, Arsenio nuevamente le introdujo su pene en la vagina sin preservativo. Al producirse estos segundos hechos, Erica gritaba y lloraba, pidiéndole a Arsenio que parara, siendo que este, no le hacía caso, le profería expresiones malsonantes y, nuevamente, le tapaba la boca con su mano, haciéndole daño".

Podemos comprobar de forma detallada cómo en los hechos probados se describen actos ejerciendo el autor violencia e intimidación determinantes de la condena por agresión sexual. Y sobre el consentimiento y ejercicio de esta violencia o intimidación hemos señalado que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2022 de 11 May. 2022, Rec. 10515/2021

"En estos casos no puede exigirse a las víctimas de violaciones actos heroicos, o que tengan alguna actitud concreta, ya que la negativa de ella a realizar el acto sexual estaba clara y así lo dijo, pese a lo cual fue llevada allí de forma forzada, por lo que la negativa y ausencia de consentimiento no exige actos paralelos de resistencia física, sino que en muchos casos la conducta de las víctimas está siendo idéntica en cuanto a cerrar los ojos y permanecer inmóviles ante la intimidación ambiental concurrente, la imposibilidad de salir de allí, y la posibilidad de que le agredan, o que puedan acabar con sus vidas, incluso, ya que en un escenario como el probado la víctima no sabe qué camino seguir si se niega u ofrece resistencia hasta con miedo de poder acabar con su vida, por lo que es claro su rechazo y que fue forzada como así declaró.

... la reacción de la víctima ante una violación puede ser de enfrentamiento con defensa personal física, en cuyo caso ante el acoso del autor de la violación las lesiones serán evidentes, o de pasividad, lo que no quiere decir que consienta la relación sexual, sino que, dado que no hay consentimiento a la misma, su ausencia, y por ello, violación, puede venir acompañada de una pasividad motivada por el deseo de que termine cuanto antes para no ejecutar actos físicos de oposición por si resulta agredida brutalmente. Es por ello, admisible, la reacción de miedo de las víctimas de violación que lleva como consecuencia que no existan lesiones. Y esta ausencia en el reconocimiento médico de las mismas no lleva consigo una especie de prueba de que la violación no ha existido porque no hay lesiones físicas."

Resulta evidente también en este caso el miedo que tuvo que sentir la víctima ante una situación en la que estaba imposibilitada de pedir ayuda y que pese a ello gritó e intentó ofrecer oposición pero no se le pueden exigir heroicidades a las víctimas de violación en un contexto de violencia como el empleado y descrito en los hechos probados.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019

"En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre , que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males". ... En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma



viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio".

El consentimiento no puede entenderse desde un punto de vista presunto o subjetivo del agresor, sino que lo es de la propia víctima, y expreso y evidenciado de forma clara, no presunta, entendiéndose que existe un consentimiento "a juicio del agresor", y que ello le legitima para tener acceso carnal.

El consentimiento de una mujer para tener una relación sexual debe ser expreso y no presunto a juicio o criterio del autor del delito de agresión sexual. El subjetivismo interpretativo no puede ser utilizado como excusa, y mucho menos que se trate de una mujer que quiera salir por la noche con sus amigos, o que en un instante de la noche le solicite a una persona que le lleve a su casa no conlleva actos presuntos de querer tener una relación sexual. El juicio interpretativo del autor en estos casos no le da carta de naturaleza para tener por ello relaciones sexuales si la víctima no lo consiente o acepta de forma expresa.

El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto unido al empleo de violencia e intimidación, como en este caso ocurrió, es lo que determina la existencia de la agresión sexual.

Señala la doctrina que la intimidación, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a "causar o infundir miedo", se trata de la llamada vis psicológica y consiste en amenazar con un mal mediante palabras, gestos u otros procedimientos, debiendo provocar temor en el destinatario, del que se aprovecha el agente para la perpetración de la agresión.

Como han puesto de manifiesto, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994, la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un "daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega".

Por todo ello, el tribunal con la declaración de hechos probados califica los hechos en el FD nº 2 señalando que: "Los hechos que se han declarado probados son legal y penalmente constitutivos de dos delitos de agresión sexual (violación), previstos y penados en el artículo 179, en relación con el art. 178 del Código Penal, delitos A) y B), así como de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del mismo cuerpo legal, delito C) concurrir en ellos todos los elementos integrantes de los reseñados ilícitos penales, habida cuenta que el acusado, actuando en contra de la libertad sexual de la víctima penetró a ésta por la fuerza por vía vaginal en dos momentos temporalmente diferenciados, habiendo además introducido sus dedos en la vagina de la misma en la primera de sus acciones. A su vez, cuando Erica intentó huir, la agarró fuertemente y la golpeó, causándole de forma intencionada un menoscabo físico que no necesitó para su curación de más de una primera asistencia facultativa.

... En este concreto caso, como es de ver en los hechos probados, existen dos momentos claramente diferenciados, temporal y espacialmente, siendo también diversa la entidad de la violencia e intimidación ejercida (como más adelante al individualizar la pena se explicará); nada hacía prever que, tras la primera agresión en la zona cercana a la Morea, habiéndose ya montado nuevamente en el vehículo y conducido por Pamplona, fuera a dirigirse a una nave abandonada en el barrio de la Rochapea para, nuevamente, hacerla bajar del vehículo, obligarla a introducirse en una nave abandonada y agredirla. Por ello, la Sala estima que en este caso no existe una continuidad delictiva sino dos hechos separados que deben ser sancionados de conformidad con las normas del concurso real de delitos.

Siguiendo con el tema de la calificación jurídica, las infracciones criminales aludidas vienen caracterizadas por constituir una de las modalidades (la más grave) de ataque a la libertad e indemnidad sexual, en la que el autor se sirve de la violencia o intimidación, o de las dos formas de vis, para vencer la oposición de la víctima a ser instrumentalizada al servicio del instinto sexual de aquél, el cual en el caso actual se concretó en el deseo (que alcanzó) de llegar a la realización del acto sexual con acceso carnal por vía vaginal e introducción también de los dedos, en el primero de los casos".

Con todo ello, concurren los elementos del tipo penal objeto de condena por el ejercicio de violencia o intimidación en dos actos diferenciados en el tiempo y en el que sometió violentamente a la víctima a realizar el acto sexual descrito con claridad en el relato de hechos probados.



Además, no hay que olvidar que los hechos se producen en dos lugares deshabitados, despoblados, sin gente, sin iluminación, sin posibilidad de escapar, pues ese intento fue rápidamente abortado por el acusado, impidiendo que ella pueda pedir ayuda, le ordena, le infunde miedo, la somete. El recurrente la lleva de forma forzada en su coche a esos dos lugares donde nadie podría ayudarle y es en donde la agrede sexualmente con violencia e intimidación. No se trató de un solo acto, sino de dos. El tribunal ha creído firmemente a la víctima y lo detalla y relata en la sentencia. La víctima dijo la verdad y no había razón alguna para que mintiera o tuviera un móvil espurio.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 8.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida de los arts. 20, 2, en relación con el art. 21, 1, del 20, 1, 21, 1 y 21 2, y de los arts. 21, 6 y 21, 7, todos ellos del Código Penal.

Se denuncia por el recurrente la inaplicación indebida de la circunstancia recogida en el art. 21, 1 en relación con el art. 20, 2 del Código Penal, al considerar que se "se encontraba influenciado por el consumo de bebidas alcohólicas y hasta tal punto que no pudo comprender la ilicitud del hecho".

También denuncia la inaplicación de los arts. 21, 1 y 2 del Código Penal en relación con el art. 20,1, porque "tiene una enfermedad mental que la tenía tiempo atrás antes del 8-3-2015".

Finalmente se denuncia la inaplicación indebida del art. 21, 6 y 21, 7 del Código Penal "porque los hechos se inician el 8-3-2015 y no es juzgado hasta el 14-1-22, esto es casi siete años después".

Hay que recordar que en este caso el recurrente utiliza la vía del art. 849.1 LECRIM que existe el respeto de los hechos probados y en modo alguno se le reconoce ninguna de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, lo que llevaría a su desestimación.

Pues bien, con respecto a la primera alegación del consumo de alcohol la rechaza el tribunal de forma motivada señalando que:

"Interesa la defensa, en primer lugar, que el consumo de alcohol se aprecia como eximente completa, incompleta, atenuante o atenuante analógica; entendiéndose que existe prueba de cargo de que el procesado actuó tras una intoxicación por precedente consumo de bebidas alcohólicas al amparo de los arts. 21.1, 20.2 del Código Penal, con el consiguiente reflejo penológico.

Es cierto que la propia víctima declaró que vio al agresor beber un cartón de vino, así como que ella esa noche también bebió, sin embargo, en ningún momento dijo que estuvieran afectados por el alcohol sino todo lo contrario. Es cierto que existe prueba de que esa noche el procesado bebió, pero no de que le afectara en sus facultades, si quiera de forma mínima o leve, siendo prueba de ello que pudo conducir durante horas, pensar e acudir a dos lugares deshabitados distintos y mantener dos relaciones sexuales, todo sin que, en el curso de dicha conducción se produjera incidente alguno. Por todo ello, no resulta procedente apreciar la eximente completa o incompleta, ni la atenuante, si quiera analógica, de embriaguez, pues no se ha acreditado que el consumo fuera relevante, como lo demuestra, repetimos, que pudo conducir, aparcar y mantener relaciones sexuales, de donde se desprende que el acusado podía coordinar sus acciones y movimientos. En suma, la embriaguez, resulta incompatible e inconciliable con la dinámica comisiva."

En consecuencia, no existe probanza alguna de esa afectación a las facultades intelectivas y volitivas del recurrente por un consumo desmedido de alcohol. El recurrente sabía lo que hacía, cómo lo hacía y el daño y sufrimiento que estaba causando a la víctima. En este caso no cometió los hechos bajo la influencia del alcohol en modo alguno y la circunstancia de que hubiera consumido alguna cantidad de alcohol no determina la aplicación de circunstancia modificativa de responsabilidad criminal, ya que el consumo sin más no conlleva una especie de carta blanca para cometer un delito y luego solicitar, y que se aprecie, una circunstancia modificativa de responsabilidad criminal por el consumo de alcohol, ya que este no es, ni otorga, carta de naturaleza para una disminución de la pena cuando se consuma algún tipo de alcohol, alegando posteriormente que tenía sus facultades limitadas o reducidas, lo que no es el caso, porque la descripción de los hechos y la forma en que los llevó a cabo determina una conciencia y voluntad plena a la hora de saber lo que estaba haciendo y como estaba haciendo sufrir en este caso a la víctima.

No consta que el recurrente tuviera afectadas mínimamente sus capacidades volitivas o/y intelectivas por el consumo de alcohol, siendo prueba de ello, como apunta la sentencia recurrida, el hecho de que pudiera conducir durante horas, buscar dos lugares apartados e inhóspitos para perpetrar su acción y llevarla efectivamente a cabo. No existe probanza de esa afectación en cualquiera de la catalogación de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal.



Tampoco consta la existencia de una enfermedad mental acreditada que determine la disminución de pena propuesta.

Señala al respecto el tribunal que "En cuanto a la anomalía o alteración psíquica, interesada igualmente como eximente completa, incompleta o atenuante, tampoco puede ser apreciada, al no existir parte médica alguna que la acredite; y ello por cuanto la sentencia y el informe pericial aportado por la defensa, reconocen dicha anomalía por un hecho de 2.021 que, obviamente, no puede presumirse y ampliarse al año 2015, más aún vistos los antecedentes médicos relatados por dicha pericial que sitúa las primeras intervenciones relevantes por el consumo de alcohol en el año 2.017, siendo las de 2.011 en relación a problemas de uretritis venéreas tras relaciones sexuales disruptivas en entornos de prostitución."

Así, su posible anomalía fue apreciada en otra causa del año 2021, siendo así que los hechos que dieron lugar al presente procedimiento son de 2015. Y hay que recordar que para apreciar la circunstancia modificativa se debe acreditar que esta se daba en el momento de los hechos, y en qué grado afectaban las mismas en ese momento al sujeto, lo que no existe en el procedimiento en modo alguno.

Hay que recordar que el art. 20.1 CP señala que *1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

La prueba existente en las actuaciones no determina en modo alguno que la forma de perpetrarlos determine esta circunstancia, ni la prueba aportada por la defensa tampoco, al no constar acreditado que en ese momento pudiera tener esa afectación mental que alega. No pueden ser por lo tanto los informes aplicables a unos hechos ocurridos en marzo de 2015, más de cuatro años antes.

Por último, en cuanto a la alegación de la atenuante de dilaciones indebidas señala el tribunal que "siendo que las diligencias previas incoadas y sobreesas por auto de 15.10.2015, se reabrieron el 1 0.05.2021 fecha en la que se dirigió el procedimiento contra el acusado, esta última, mayo de 2.021, es la fecha a tener en consideración para las dilaciones indebidas, siendo evidente que las mismas no se han producido."

Además, como señala el Fiscal de Sala desde que se reabren las diligencias hasta que se celebra el juicio ha pasado menos de un año. Tampoco puede prosperar su petición de que se aplique lo que denomina cuasi prescripción, porque no detalla dato alguno del que extraer la misma.

Es más, según consta en las actuaciones (folio 85 de la causa), la policía judicial pone de manifiesto el 6 de mayo de 2021 que en fecha 3 de mayo de 2021 se ha recibido escrito procedente de la Brigada de Policía Científica en el que se adjunta informe de ADN 21L1-00600 en el que consta el resultado de los análisis llevados a cabo tras la remisión de la muestra indubitada de ADN tomada a Arsenio por otro delito contra la libertad sexual cometido en Pamplona el 24 de enero de 2021 que arrojan una coincidencia con el perfil genético asociado al 15-A1-01147 correspondiente al informe llevado a cabo tras la denuncia de Erica. Es por lo tanto en esa fecha donde por primera vez se detecta la coincidencia de ADN que provocará la reapertura de la causa por auto de 10 de mayo de 2021 (folio 183).

Sobre la cuasiprescripción hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 528/2019 de 31 Oct. 2019, Rec. 1757/2018 que:

"Teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala proclamada en sentencias como la 290/2018, de 14 de junio, según la que "La Jurisprudencia de esta Sala ha reconocido (STS 888/2016, de 24-11 ; STS 375/2017, de 24 de mayo), en determinados supuestos la atenuación analógica de cuasiprescripción desde dos razones justificantes esenciales: a) que el periodo de prescripción estuviera próximo a culminarse (SSTS 77/2006, de 1-2 o 1387/2004, de 27-12), de manera que el olvido social del delito, que termina por fundamentar la extinción de la responsabilidad criminal, se percibe ya de manera marcada e intensa; y b) que la parte perjudicada haya recurrido a una dosificada estrategia para servirse del sistema estatal de depuración de la responsabilidad criminal como instrumento que potencie la incertidumbre del autor del hecho delictivo, bien como instrumento de presión para una negociación extrajudicial (STS 883/2009, de 10-9) o, lo que sería equiparable, como mecanismo con el que potenciar la vindicación del perjuicio sufrido; supuestos en los que el sistema penal está en condiciones de reequilibrar, en términos de proporcionalidad, unas estrategias dilatorias que el ordenamiento jurídico no consiente, particularmente para los delitos públicos, respecto de los que expresamente impone su denuncia inmediata en los artículos 259 y ss de la LECrim .

En todo caso, la Jurisprudencia ha destacado también: 1) que no cabe premiar penalmente aquellos supuestos en los que, sin más, transcurre un dilatado período de tiempo entre la comisión de los hechos y su enjuiciamiento o en los que las autoridades a las que se encomienda la persecución del delito no tienen conocimiento de su comisión y, por tanto, carecen de los elementos de juicio indispensables para la incoación del proceso penal (SSTS 1387/2004, de 27 de diciembre, 77/2006, de 1-2) o 124/2009, de 11-12); y 2) que pese a la diversidad de



presupuestos entre esta atenuante innovada en la doctrina jurisprudencial citada y la atenuante de dilaciones indebidas que el legislador contempla, no es menos cierto que el fundamento de una y otra están lejos de ser disímiles y con entidad bastante como para poder apreciar ambas sin incurrir en un no aceptable bis in ídem (STS 416/2016, de 17-5).

En la reciente STS 704/2018, de 15 de enero de 2019 , hemos dicho que "Por lo que se refiere a la circunstancia de cuasi-prescripción, al margen que respecto al recurrente, no se acredita plazo de inacción significativo desde la comisión delictiva hasta el acto interruptivo de la prescripción, menos tan dilatado que se aproximara al establecido de diez años; sucede que tampoco nos encontramos ante el transcurso desmesurado del tiempo provocado de forma voluntaria por el perjudicado, no se observa maniobra maliciosa alguna por dilación de las denuncias para procurar objetivos espurios de los denunciantes, no estamos ante estratagemas dilatorias concebidas con el exclusivo propósito de generar una interesada incertidumbre en el autor de un hecho delictivo, presionado extrajudicialmente para su reparación."

No hubo una paralización voluntaria de la investigación previa a la judicialización posterior, sino que no se encontraba al autor de los hechos hasta que por otro hecho es detectado el perfil genético que es lo que da lugar a la reapertura de las diligencias, y una vez verificado el tiempo transcurrido fue mínimo. Al no constar en las bases de datos su ADN ello determinó que hasta tanto no hubiera un cotejo de muestras no pudiera reabrirse que es lo que ocurrió.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 9.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 74 del Código Penal.

Postula el recurrente la aplicación al caso que nos ocupa de la figura del delito continuado recogido en el art. 74 del Código Penal.

No puede aplicarse en este caso la continuidad delictiva. Los hechos probados recogen dos hechos diferenciados que, aunque cometidos por el mismo sujeto y sobre la misma víctima, la diferencia temporal y espacial devienen relevantes en orden a no considerar como continuada su conducta.

Recordemos los hechos probados:

PRIMERA VIOLACIÓN:

A) Tras circular los tres ocupantes en dirección al centro de Pamplona, en un momento dado el varón no identificado abandonó el vehículo, proponiéndole Arsenio a Erica que se pasara al asiento del copiloto, a lo que esta accedió, al tiempo que le indicaba por donde debía circular para dejarle cerca de su domicilio. El acusado, comenzó a circular hasta que, en un momento dado, haciendo caso omiso de dichas indicaciones, condujo el vehículo hacia una zona próxima a La Morea, en Cordovilla, tomando allí un camino de tierra que circulaba paralelo a la autopista AP-15, Erica , que ya estaba asustada al ver que el acusado no circulaba hacia su casa, en el momento en que Arsenio se desvió por el camino de tierra, aprovechando que redujo la velocidad del coche, se bajó del mismo y, salió corriendo. Arsenio , lejos de dejarla marchar, bajo del coche, corrió tras ella y la alcanzó, agarrándola fuertemente, haciéndole caer al suelo. Como fuera que Erica gritaba pidiendo ayuda, le tapó la boca ejerciendo fuerza sobre su cara, Arsenio , la cogió por la fuerza, la introdujo en el coche y continuó su trayecto por el camino de tierra, hasta llegar a un túnel que cruza debajo de la autopista, donde detuvo el vehículo. Una vez allí, ordenó a Erica que pasara al asiento trasero del vehículo y se quitara las botas, el pantalón y el tanga que llevaba, al tiempo que Arsenio se quitaba sus prendas inferiores. Tras tocarle en la zona de la vagina, le introdujo los dedos, colándose después sobre ella e introduciéndole su pene en la vagina de Erica sin hacer uso de preservativo. Mientras todo esto sucedía, Erica , asustada y temiendo incluso por su vida, se resistió, gritando y pidiéndole que parara, siendo que Arsenio le agarró y le tapó fuertemente la boca con la mano, Finalizada la penetración Arsenio le dijo a Erica que se vistiera y pasara al asiento delantero del vehículo, cosa que ella hizo, atemorizada, quitándole su teléfono móvil y, reiniciando la conducción, abandonando el lugar hacia Pamplona.

B) Tras abandonar Arsenio el lugar, el mismo siguió conduciendo, esta vez hasta el barrio de la Rochapea, llegando hasta una nave abandonada de la calderería INDUSTRIAS ARANGUREN, sita en la carretera de Artica, donde Viril procedió nuevamente a estacionar el vehículo, Una vez allí, obligó a Erica a salir del coche y entrar a la nave, diciéndole que no le devolvería el móvil si no realizaran nuevamente el acto sexual. Erica , asustada por lo anteriormente sucedido y ante lo solitario del lugar, no pudo oponerse a acceder al interior de la nave, caminando hasta una zona donde había un colchón. Una vez allí, Arsenio le ordenó que se quitara las prendas de vestir inferiores, haciendo él lo mismo y, tras ordenarle que se tumbase en el colchón, Arsenio nuevamente le introdujo su pene en la vagina sin preservativo. Al producirse estos segundos hechos, Erica gritaba y lloraba, pidiéndole a Arsenio que parara, siendo que este, no le hacía caso, le profería expresiones malsonantes y, nuevamente, le tapaba la boca con su mano, haciéndole daño.



Con ello, el primer episodio delictivo tuvo lugar en un túnel debajo de la AP-15 en una zona próxima a La Morea, en Cordovilla. Terminada esta primera agresión, la víctima fue instada a subir al coche del agresor, reiniciando la conducción y abandonando el lugar hacia Pamplona.

El segundo episodio delictivo tuvo lugar en el barrio pamplonés de la Rochapea, es decir, en un lugar distante de Cordovilla.

Nos encontramos, por lo tanto, con que ambos hechos delictivos se producen en dos momentos claramente diferenciados temporal y espacialmente, susceptibles de ser calificados individualmente.

Esta Sala ha rechazado en casos como el que aquí nos ocupa la continuidad delictiva. Nótese que no hay unidad de acción, no se trata de que aprovechando el mismo escenario la viole varias veces, sino que hay un claro lapso temporal y de ubicación. La viola dos veces y en distintos lugares y con diferencia temporal evidente al llevarla a dos lugares distintos, prueba de la perversidad del autor en este caso y el sufrimiento que infligió a su víctima, cosificándola.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 48/2009 de 30 Ene. 2009, Rec. 403/2008

"Esta Sala ha venido afirmando que la excepcionalidad en la continuidad delictiva ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, negándose cuando pueda apreciarse una individualización manifiesta de cada uno de los actos por responder a impulsos eróticos diferenciados, porque cada brote sexual haya aparecido de forma intermitente, con acaeceres o lapsus temporales intermedios que vienen a aislar y a dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales."

2.- STS 351/2018, de 11 de julio, "diferencia tres situaciones típicas, sin perjuicio de otras, que la realidad sociológica nos puede deparar. Esas situaciones nos pondrán en presencia de la unidad normativa de acción, del delito continuado o del concurso real de delitos. Son éstas:

a) Cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una interacción inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un solo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena. Unidad natural de acción.

b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante el tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la interacción de los actos sexuales (normalmente agresivos) son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos."

Así, podría admitirse la continuidad delictiva la admisibilidad de la continuidad delictiva en estos delitos en tres situaciones concretas:

a) Cuando la repetición del acto sexual se produce de manera seguida e inmediata con el mismo sujeto pasivo.

b) En el marco de la misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar, bajo la misma situación de fuerza o intimidación.

c) Cuando los actos responden al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad, con o sin eyaculación, sea por insatisfacción íntima del criminal sea por impulso del furor erótico.

Aunque la aplicación de la continuidad delictiva es muy restrictiva en delitos sexuales se considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa o de prevalimiento, en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo.

De esta manera, el tribunal desestimó la continuidad delictiva señalando que: "En este concreto caso, como es de ver en los hechos probados, existen dos momentos claramente diferenciados, temporal y espacialmente, siendo también diversa la entidad de la violencia e intimidación ejercida (como más adelante al individualizar la pena se explicará); nada hacía prever que, tras la primera agresión en la zona cercana a la Morea, habiéndose ya montado nuevamente en el vehículo y conducido por Pamplona, fuera a dirigirse a una nave abandonada en el barrio de la Rochapea para, nuevamente, hacerla bajar del vehículo, obligarla a introducirse en una nave abandonada y agredirla. Por ello, la Sala estima que en este caso no existe una continuidad delictiva sino dos hechos separados que deben ser sancionados de conformidad con las normas del concurso real de delitos."



No cabe, en consecuencia, apreciarla en el presente caso. Existe una fractura temporal entre ellas, que permite hablar de dos unidades de acción sustancialmente escindibles en el devenir de su ejecución, cada una de las cuales se desarrolla en diferentes escenarios, y con el empleo de distintos métodos para vencer la voluntad contraria de la víctima. En definitiva, en condiciones que excluyen el dolo unitario, o con el aprovechamiento de idéntica o similar situación que la continuidad delictiva requiere.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 10.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por inaplicación indebida del art. 14 del Código Penal.

El recurrente denuncia la inaplicación del error de tipo o prohibición recogido en el art. 14 del Código Penal.

El alegato debe ser rechazado de forma categórica. Señala el recurrente "La creencia de mi mandante que actuaba conforme a derecho y en base a sus conocimientos, unido al problema idiomático de ambas partes, mi representado de origen rumano y con escasos conocimientos de castellano (el mismo ha prestado declaración en la vista con intérprete) y la denunciante de origen español y con habla de castellano, a ello debe unirse el lugar de los hechos en una discoteca a altas horas de la madrugada en una zona donde se ejerce la prostitución y como la misma entró voluntariamente en dicho vehículo, bebiendo alcohol y compartiendo el momento junto a más personas".

No puede en modo alguno admitirse la existencia del error de prohibición bajo la circunstancia que ya ha sido tratada en motivos precedentes con respecto a la creencia de que el contexto en el que se desarrolló la acción delictiva de llevarse a cabo a altas horas de la madrugada, y que la chica le pidió que le llevara a su casa pueda determinar la creencia o suposición por parte del recurrente que ella quería tener relaciones sexuales.

Además, ello ya ha sido explicado que en cuanto al "sí" de la mujer debe ser de modo manifiesto y expreso por parte de ella y no presunto, como en este caso alega el recurrente que ocurrió. Y, además, no puede alegarse la circunstancia de que la chica hubiera bebido, o la diferencia idiomática en ambos para presumir el recurrente que ella quería tener relaciones sexuales, ya que el contexto de los hechos probados relata claramente la existencia de dos agresiones sexuales empleando violencia o intimidación, y llevando a la chica por la fuerza en su vehículo a dos lugares distintos donde realizar los actos sexuales empleando violencia o intimidación integrante del delito de violación.

En modo alguno puede apelarse a la creencia del recurrente de que la víctima pudiera ejercer la prostitución, lo que no quedó de manifiesto con la oposición clara y férrea por parte de la víctima que consta en el relato de hechos probados y la imposibilidad de admitir el alegato del recurrente de que las circunstancias externas determinaban la creencia del mismo de que ella quería tener relación sexual, lo cual ha sido descartado en la prueba practicada y que en modo alguno se desprende del relato de hechos probados.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 11.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 66 y concordantes del Código Penal.

Señala el recurrente que: "La pena a imponer se debería haber impuesto en su grado mínimo, tanto en la pena principal, como así accesorias, pero no en la extensión determinada en sentencia, toda vez que consideramos que no existiendo antecedentes penales y en relación con los hechos las penas tanto principal, como así accesorias se deberían imponer en su grado mínimo y no en la extensión determinada en sentencia."

Pues bien, sobre la individualización de la pena señala el Tribunal que:

"Delito A); En la primera de las agresiones, pese a producirse dos ataques, una introducción de dedos y una penetración vaginal, solo procede la condena por un delito (no solo por mor del principio acusatorio, sino también por la aplicación de la jurisprudencia antes relatada de la continuidad delictiva-estaríamos en el primer supuesto-), lo que unido a la agresión física producida cuando intentaba huir y a la violencia física ejercida, tapándole la cara, determina que, conforme a los arts. 66, 71 y concordantes del Código Penal, deba graduarse la pena (atendido a que se produjeron dos ataques diferenciados) por lo que se está en el caso de imponer al acusado, la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 del Código Penal).

Se impone además la medida de libertad vigilada del art. 192 del CP, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con una de duración de 10 años; y la pena de prohibición de comunicarse y aproximarse a menos de 300 metros de distancia de Erica , de su persona, domicilio, lugar o centro de estudios o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, así como comunicarse con la misma por cualquier medio de



comunicación o medio informático o telemático, o mantener con la misma contacto escrito, verbal o visual por igual plazo de 10 años superior a la pena de prisión impuesta, 18 años.

Para el segundo delito B), fue una sola penetración vaginal, siendo un acto de intimidación ambiental, debido a lo ya sucedido y lo aislado del lugar, por lo que la sala determina que, conforme a los arts. 66, 71 y concordantes del Código Penal, se está en el caso de imponer al acusado, la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 del Código Penal). Y ello por cuanto no podemos ignorar que logro doblegar la oposición de la víctima por su debilidad física y psíquica derivada del hecho anterior, sin que podamos obviar, pese a que no se ha formulado acusación por ello, todo el tiempo en que la víctima estuvo privada de libertad, metida en un coche, contra su voluntad, aterrorizada, circulando por Pamplona, para, nuevamente, ser llevada a otro lugar deshabitado y ser nuevamente agredida.

Se impone además la medida de libertad vigilada del art. 192 del CP, a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con una de duración de 10 años, y la pena de prohibición de comunicarse y aproximarse a menos de 300 metros de distancia de Erica , de su persona, domicilio, lugar o centro de estudios o trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, así como comunicarse con la misma por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, o mantener con la misma contacto escrito, verbal o visual por igual plazo de 10 años superior a la pena de prisión impuesta, 17 años.

En relación al delito C) delito leve de lesiones del art. 147.2 del CP, dada la entidad de las mismas y la finalidad con que se hicieron, procede imponer la pena de 2 meses de multa, si bien la cuota, a falta de acreditación de la capacidad económica del acusado, que sabemos que trabajaba cuidando a Agapito , pero que se encuentra en la actualidad preso, se fija en 8 euros; todo ello con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 del CP.

En cuanto al PERIODO DE GARANTIA, señala el art. 36 del CP, en la redacción vigente a fecha de los hechos, ya preveía que "2... Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta". Periodo que procede imponer en este caso, dada la gravedad de los hechos."

En este caso hay que señalar que se produce una correcta individualización judicial de la pena en base a la diferenciación de la descripción de los hechos probados con respecto a cada uno de ellos y la determinación de la pena aplicable a cada supuesto concreto, con lo cual la imposición de la pena en el grado mínimo que reclama el recurrente no se admite en tanto en cuanto el tribunal efectúa una graduación en base a las circunstancias concurrentes y la gravedad de lo sucedido en un escenario realmente cruel por parte del recurrente en el que somete sexualmente a la víctima en dos escenarios distintos, y sin saber ella cuál iba a ser el desenlace final después de haber sido víctima de dos agresiones sexuales. En estos casos, además, las víctimas pueden tener el miedo a no saber si el agresor sexual quiere acabar finalmente también con su vida después de haberles agredido sexualmente, lo que supone un sufrimiento adicional a ser víctima además de la agresión sexual.

Lo que se le pide al tribunal en estos casos es una fundamentación jurídica suficiente y racional acerca de la determinación de la pena, lo que lleva a cabo en este caso distinguiendo el escenario descrito en cada uno de los supuestos y aplicando la pena correspondiente en razón a la gravedad de los hechos y la actuación del autor en la perpetración de los mismos y circunstancias concurrentes, habiendo cosificado en este caso a la víctima, convirtiéndola en un objeto sexual, y no aceptando sus gritos y rechazo, siendo realmente graves las conductas que ha desplegado con la víctima llevándosela contra su voluntad en el vehículo y sometiéndole sexualmente de forma violenta, desoyendo los gritos y el reclamo de la víctima con una perversidad que determina la correcta individualización judicial de la pena en la que ha fijado en este caso el tribunal.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 12.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECrim.

Discrepa el recurrente del monto indemnizatorio fijado en concepto de responsabilidad civil en favor de la víctima, por entender que "es desproporcionada a los hechos, toda vez que la misma no ha estado en tratamiento psicológico y sus anomalías mentales que pueda tener obedecen a haber acabado con una relación sentimental habida de la misma".

En cuanto a la responsabilidad civil señaló el tribunal que: "En este caso, se interesa, por un lado, una indemnización de 157,15 euros por los 5 días que Erica tardó en curar y, 20.000 euros por el daño moral.



En relación a los días de curación, vistos los informes forenses y la fotografías, ninguna duda cabe de que procede dicha cantidad, a razón de 31,43 euros día.

Por lo que respecta al daño moral, pese a la oposición de la defensa, que alega que no hay prueba del mismo, procede imponer indemnización por tan concepto, entendiéndose ajustada dicha cantidad de 20.000 euros.

La cifra de veinte mil euros solicitada, es razonable y está justificada en lo sufrido por la víctima que, no solo fue violada, dos veces, sino que, como se describe en los hechos probados, estuvo varias horas, en un coche, a merced del procesado que la llevo a dos lugares distintos y abandonados, temiendo todo ese tiempo por su vida. Señala el forense Sr. Aurelio , y así lo ha explicado en el plenario, que el hecho de no haya acudido a tratamiento psicológico o psiquiátrico, no quiere decir que no haya sufrido, quizás ha sufrido más que otras víctimas; siendo que en este caso, por su personalidad, Erica , para protegerse de lo sucedido y ante la imposibilidad de hacer frente a ello, ha construido una burbuja y ha aislado el episodio, motivo por el cual no quiere revivirlo ni acudir a terapia donde, nuevamente, habría de hacer frente a dicho recuerdo. Ahora bien, como esta sala tuvo el placer de escuchar de un miembro del MF en un informe por hechos similares, este tipo de delito, se produce una vez en la realidad, pero se repiten miles en la mente de la víctima.

El informe forense Sra. Erica , señala que "no se aprecia un cuadro clínico claro, pero si puede presentar mayor vulnerabilidad a cuadros de tipo ansioso-depresivos". Por lo que la sala, a la vista de las explicaciones dadas por el forense en sala, entiende que no cabe duda de que el comportamiento enjuiciado produce, amén de innegable sufrimiento, un profundo sentimiento de humillación, impotencia, angustia y desconfianza, especialmente considerando las circunstancias en que se produjo, merecedor de resarcimiento, por lo que se estima razonable y proporcionada la cuantía interesada por el Ministerio Fiscal de 20.000 euros."

Hay que reflejar que es correcta la determinación del daño moral fijado por el tribunal en este caso y que ha motivado debidamente el mismo, que es lo que se le exige en este tipo de supuestos en cuanto a la motivación de la responsabilidad civil fijada en la sentencia.

Pero hay que poner el acento que en este tipo de casos de delitos sexuales existe un evidente daño moral que tiene una plena justificación cuando se refleja en el relato de hechos probados el sufrimiento que tuvo que padecer la víctima en un caso como el presente en el que se describen dos violaciones en dos lugares distintos, y en un escenario de sufrimiento y padecimiento por la víctima que tuvo una evidente situación de daño moral psicológico por la inquietud, zozobra, ansiedad y sufrimiento relevante que padeció al ser víctima de dos agresiones sexuales en la misma noche por el mismo sujeto activo.

Resulta evidente que en los delitos sexuales, el de agresión sexual sufrido por una mujer es el ilícito penal posiblemente más grave del que puede ser víctima una persona, y ello debe comportar un innegable resarcimiento en materia de daño moral que en este caso es proporcional a la gravedad de los hechos sufridos por la víctima. Resulta, así, importante tener en cuenta en estos casos que una víctima de un delito de violación, y más en este caso que lo ha sido de dos, resulta imposible que pueda regresar al *antes* y pese a la existencia de un resarcimiento económico en modo alguno le puede compensar el sufrimiento que ha sufrido y padecido, de tal manera que será imposible que vuelva a ser la misma persona cuando ha sido víctima en este caso de dos violaciones.

En los delitos sexuales como en este caso ha ocurrido los hechos originan un daño moral psicológico, por el que ahora se ha indemnizado, pero cogiendo estos dos parámetros como puntos o factores de referencia a tener en cuenta para poder tener criterios fijos a la hora de evaluar el daño moral; es decir, tanto lo sufrido el mismo día del delito como lo sufrido después por ese temor y miedo emocional sufrido que puede ser más o menos permanente atendiendo a la gravedad de los hechos, pero que en estos casos se visualiza como el miedo a "volver a hacer lo mismo" con el riesgo o miedo de que vuelvan a agredirles sexualmente de forma grave como consta en los hechos probados.

A la hora de valorar el daño moral podemos, en consecuencia, fijar, tres tesis complementarias a la del "precio del dolor" en cuanto a la referente a lo sufrido el día de los hechos y por lo sufrido, también, al recordar los hechos con el miedo a su repetición, que es la tesis ahora aplicada y que sirve para confirmar el quantum fijado en este caso.

Pues bien, podríamos fijar tres tesis más en este caso para poder evaluar en todos los supuestos el daño moral, y que son:

- 1.- La tesis del daño moral irreversible.
- 2.- La tesis del antes y el después.
- 3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.



1.- La tesis del daño irreversible.

Existen supuestos en los que esta posición de regreso al antes es imposible, lo que ocurre también en el orden penal, por ejemplo, en los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que ese regreso de la víctima a la situación que tenían antes de ser víctimas, -mujeres y menores de edad, sobre todo-, es imposible, por cuanto el daño dejado por el autor o autores es tan grande e irreversible que no puede satisfacerse con ninguna indemnización ese terrible daño causado que deja a las víctimas en la imposibilidad de regresar a un antes en el que no habían sido víctimas todavía, ya que el terrible hecho sufrido les supone un impacto brutal y una estigmatización permanente de la que no podrán regresar a una situación de previctimización.

Ello debe ser indemnizable en atención al carácter irreversible de la situación, porque haber sido víctima no puede convertirse por medio del dinero en dejar de serlo de repente, por la circunstancia de que el autor del hecho pague una determinada cantidad de dinero, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.

Con ello, estos criterios fijados pueden ser relevantes a la hora de que las partes puedan exponer ante el juez una serie de parámetros a ser tenidos en cuenta para llegar a fijar una indemnización lo más aproximada posible a lo que sufrió la víctima o perjudicado por el ilícito causante del daño.

Claro que hubiera sido deseable para aquellos que el hecho no hubiera ocurrido, pero una vez acontecido éste emerge un derecho indemnizatorio que debe ajustarse al máximo por el juez sin desdeñar ni apartar ningún derecho de quienes tienen derecho a recuperar lo perdido. Pero en muchos casos la recuperación física es imposible transformarla de manera económica por devolverle al antes, y, así, hemos visto que son muchos los casos en los que esa recuperación real resulta imposible.

Cuando esto ocurre la imposibilidad del regreso al antes es evaluable en dinero, porque aunque nunca pueda devolverse una vida, o nunca pueda regresar una víctima de un delito de contenido sexual al estatus en el que no lo había sido en su momento, el Estado de derecho debe fijar una justa compensación por hechos en los que la persona ya no podrá ser la misma. Bien porque ha sufrido la pérdida de un familiar cercano, bien porque ha sido agredida sexualmente, o porque ha sufrido un hecho que le marcará personalmente para el futuro, lo cual debe tener por el juez la debida traducción económica por esa irreversibilidad, que hará que quien sufre el daño ya no podrá ser la misma persona. Y esto debe ser tenido en cuenta en el terreno de la responsabilidad civil como compensación a la circunstancia de no poder regresar a la situación del antes.

El denominado "daño irreversible" como aquél que supone que la persona perjudicada "ya no volverá a ser como antes". Aquella situación que consiste en la "inhabilitación permanente para realizar determinadas actividades de la vida".

Aquellas personas a las que se les ha diagnosticado un "daño irreversible" deben asumir que ya nada volverá a ser como antes, y que la vida se le presenta al perjudicado, o víctima, como una carrera de obstáculos que deberá ir superando cada uno de los días de su vida.

La indemnización que se concederá por daño irreversible es daño moral, porque este es el concepto en el que se enmarca la razón de ser de la reclamación por el peso que tendrá que asumir el resto de su vida de un "sufrimiento" que da lugar a que se le indemnice por esa "irreversibilidad" del daño causado por el ilícito doloso o culposo.

2.- La tesis del antes y el después.

La cuestión se trata de poder establecer el canon concreto de determinación del quantum y fijar el haz de criterios para establecer una exacta concreción de la cantidad que se debe ajustar al daño producido al perjudicado y que el autor del ilícito debe responder en la indemnización que se fije en la sentencia.

Pues bien, debemos fijar esta cuestión bajo la tesis del antes y después a la hora de concretar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

Cierto y verdad es que en muchos casos, quizás en la mayoría de ellos, puede que no sea posible regresar en la misma medida al antes al hecho causante del daño. Pero si esto es así, lo que corresponde, y es esencia de la función judicial, es la de fijar con la mayor exactitud posible cuál es ese perjuicio cuantificado que debe ser resarcido, para que si, al menos, no es posible llegar a la misma situación del antes, que sea posible llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.

Quizás, sobre esta finalidad giraría el objetivo que debe perseguirse en estos casos cuando existe una reclamación, tanto en el orden civil como en el penal. Y ello, a fin de que las partes aporten todos los datos de



que dispongan para que en esa función de "hacer justicia" se pueda conseguir este fin de que el perjudicado sea repuesto en una medida lo más aproximada a la situación en la que estaba antes de que ocurriera el evento dañoso que ha producido la situación del perjuicio cuantificable.

Se suele decir, también, que hay daños que tienen difícil cuantificación, y eso es cierto, porque no todo daño tiene una concreta y determinada cuantificación económica con exactitud que se corresponda al canon del coste real de lo que debe reponerse. Y ahí entran cuestiones como el daño moral, que se desdobra en daño moral psicológico y daño moral psíquico, en las que el daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible.

Las indemnizaciones en estos casos no pueden producir nunca el efecto de poder regresar a la situación anterior al hecho grave, por lo que no puede compensarse con dinero aquello que provoca un dolor tan grande en la víctima que hace impensable e imposible que una cantidad económica, sea la que sea, pueda recompensar o devolver el dolor y daño producido en víctimas y perjudicados.

Aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor, ya que el resarcimiento moral en muchos casos de daños no es compensado ni tan siquiera por el mero concepto en el que se llama a ese mismo daño moral, que tiene como función recompensar moralmente a la víctima o perjudicado, pero sin que tenga la potencialidad y eficacia suficiente como para poder hacerlo.

Podemos fijar como criterios en materia de indemnización por daño moral en este caso los siguientes:

1.- En materia de responsabilidad civil por ilícito debe ahondarse, en primer lugar, en si es posible la compensación que traslade la situación del después al antes de la comisión del hecho. Es el principal objetivo del juez. El de restaurar al 100% la situación del perjudicado siempre que ello sea posible.

2.- Se trata de procurar que el perjudicado "regrese" a la situación del antes.

3.- En la determinación del antes y el después hay que valorar si es posible físicamente conseguir el regreso al antes en las mismas condiciones y situación, ya que si la compensación puede satisfacerse mediante la concreta indemnización que permita esa exactitud en el regreso es lo que debe pretenderse con la determinación del quantum en ejecución de sentencia para conseguir que el perjudicado recupere esa situación idéntica a la que tenía antes del hecho.

4.- Podemos aplicar la tesis del antes y después a la hora de fijar la situación que existía antes del ilícito sin existir el perjuicio y la que se genera después de su comisión, para en este después poder tener la certeza y seguridad jurídica de estar en condiciones de regresar al antes.

5.- Existe, en ocasiones, una especie de incapacidad de reparar determinados hechos que por su gravedad y circunstancias hacen que sea imposible regresar al antes. Ello no quiere decir que no haya que compensar, sino que la compensación se encuentra en base a muchas circunstancias personales y objetivas que se unen para poder extraer una conclusión indemnizatoria de máximo ajuste económico.

6.- Pero si el regreso al antes es materialmente imposible, la indemnización a satisfacer deberá tener en cuenta el perjuicio moral que le supone al perjudicado no poder recuperar la misma situación anterior al hecho dañoso, y esa imposibilidad de regreso al antes deberá ser un dato a tener en cuenta a la hora de fijar la indemnización, porque ello supone un daño moral adicional al quantum que debe tenerse en cuenta a la hora de llevar a efecto la cuantificación.

7.- Así, si el regreso al antes es posible en las mismas condiciones se realizará el cálculo de esa indemnización en su coste de regreso más el daño moral sufrido de entenderse concurrente u otros gastos que fueren probados.

8.- La imposibilidad de regreso siempre conllevará, pues, una indemnización mayor en la que se añaden otros factores a valorar con la prueba correspondiente a practicar en el proceso judicial adicionando un daño moral de imposibilidad de regreso que es evidente y que debe ser tasado.

9.- Objetivo es, también, la restauración máxima y la más acercada a esa situación previa a la comisión del ilícito. Ciertamente y verdad es que en ocasiones será difícil, pero debe trazarse como objetivo el acercarnos en la mayor medida posible a la exactitud de la restauración.

10.- Es preciso que en el cálculo indemnizatorio no se caiga en el error de "pecar" ni por exceso ni por defecto.



- 11.- Si no es posible ajustarse al antes con exactitud es preciso llevar a cabo un esfuerzo de cuantificación para poder conseguir la "mayor aproximación" posible.
- 12.- Hay daños que tienen difícil cuantificación como el daño moral, y en estos casos es preciso "ponerse el juez" en la posición del perjudicado para atender a cuál es la traslación a dinero.
- 13.- Ante el daño moral este tipo de daño no se puede cuantificar, en principio, económicamente atendiendo a un denominado "coste de reposición", ya que cuando hablamos de daño moral la reposición al antes es muy difícil o imposible. No hay baremo indemnizatorio que fije el "coste del daño moral".
- 14.- Daño moral y daño psicológico. El daño moral puede desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias, y, también, el daño moral psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho.
- 15.- Existen situaciones en las que el dinero no opera como criterio de restauración al antes, ya que, si se indemniza con una cantidad económica, aunque materialmente resulte indudable que se produce un enriquecimiento patrimonial en el perjudicado y un empobrecimiento patrimonial en el autor del hecho, en determinados casos solo queda ahí en la posición del perjudicado en el cobro, pero porque ese pago no tiene la capacidad de traspasar el mero efecto económico del pago y cobro, pero sin poder tener un efecto mayor de carácter personalísimo en el perjudicado.
- 16.- La responsabilidad civil en la fijación del quantum viene exigida de estar rodeada de la debida motivación reflejada en la sentencia. Resulta indudable que tanto quien reclama como quien es reclamado tienen derecho a saber y conocer las razones de la estimación o desestimación de sus pretensiones y los argumentos que está obligado a exponer el juez acerca de los motivos por los que se ha fijado esta cantidad como indemnización, y no otra.
- 17.- Hay situaciones en las que nos encontramos con una imposibilidad física y material de regresar del después al antes. Porque no existen mecanismos materiales que puedan compensar por la vía de los instrumentos jurídicos que habilitan, tanto las leyes procesales como sustantivas, poder recuperar lo que ya se ha perdido, por cuanto es insustituible e irrecuperable la pérdida.
- 18.- El objetivo real que debe enfocarse en el procedimiento judicial es el de conseguir en la sentencia el mayor "ajuste económico" que pueda alcanzarse, una vez que los distintos medios probatorios se hayan propuesto y practicado en el juicio para permitir que el juez tenga estos mecanismos probatorios para poder calcular con la mayor exactitud posible la recuperación del antes, si ello es posible, en el examen del después de producido el ilícito.
- 19.- El autor del daño no es quien tiene el derecho de proponer cómo y de qué manera se debe satisfacer la indemnización, si regresar al antes o fijar el después con una mera satisfacción económica, porque ello puede ser más doloroso para el perjudicado que hubiera deseado ser posible regresar al antes.
- 20.- El regreso al antes se centra en el valor de la identidad para conseguir no un "acercamiento" al antes, sino una exactitud. Se centra en la reparación que deberá tener un contenido de exactitud para conseguir el regreso idéntico y absoluto a lo que antes existía. Se trata de buscar la verdadera y absoluta identidad en el antes, para llegar a ello después del daño causado.
- 21.- El regreso al antes no tiene por qué quedar eximido de la indemnización de daños y perjuicios si se acreditaran estos y no quedara total y absolutamente satisfecho.
- 22.- El carácter irreversible del regreso al antes debe ser indemnizable, lo que debe ser tenido en cuenta en el quantum indemnizatorio, por la sencilla razón de la agravación de la irreversibilidad de la situación, lo que debe tener su reflejo en el monto de la indemnización a recibir por el perjudicado.
- 23.- El daño moral se ubica, precisamente, por la imposibilidad física de la recuperación del antes y se cuantificará en atención al valor de la pérdida de la imposibilidad de regreso y cómo le afectará en el futuro al perjudicado. Así, en la medida en la que esa ausencia de lo que había antes esté en condiciones de causar una mayor afectación personal, psicológica y psíquica al perjudicado la indemnización será mayor.

3.- La tesis de la declaración de impacto de la víctima.

Esta tesis gira en torno a que otro criterio para fijar el daño moral se ubica en el interrogatorio de la víctima en el proceso penal acerca de lo que "sintió" al momento de ser víctima y su afectación durante el hecho y después del mismo. Esta es la técnica anglosajona del *victim impact statements* que tiene como objetivo dar voz a la víctima en el proceso penal, no solo a lo que ocurrió, sino a la forma en que sufrió como víctima los



hechos, lo que es una novedad importante reflejarlo en los parámetros a tener en cuenta en el proceso penal a la hora de poder utilizar el interrogatorio de la víctima en el juicio, pero no solo con relación a los hechos, sino con relación al "impacto" que en la víctima le ha producido el delito, por lo que el interrogatorio a la víctima en la declaración de impacto corresponde al Fiscal y acusación particular, en torno a poder extraer de esa declaración de impacto elementos suficientes para poder evaluar el quantum del daño moral.

En el presente caso del relato de hechos probados y la descripción de la víctima se evidencia que la determinación del *precio del dolor* en este caso en una mujer que ha sido víctima de dos delitos sexuales graves como en este caso se ha relatado correctamente determina una indemnización que ha sido fijada correctamente por el tribunal en este caso; además, la circunstancia de que la víctima no quisiera recibir tratamiento psicológico no determina que ha superado la victimización que ha sufrido, sino que, como hemos dicho, en estos casos puede tender a tratar de ocultar lo ocurrido, pero ello no quiere decir que lo ha olvidado, sino que el relato de hechos probados y su descripción determina que, evidentemente, no va a poder olvidar lo ocurrido en un escenario de absoluta gravedad, y sin saber si, además, iba a acabar con su vida el agresor sexual, habida cuenta otros casos en los que además de la agresión se ha producido la muerte de la víctima también.

Por ello, el grado de sufrimiento que puede recibir una mujer víctima de delitos de agresión sexual resulta evidente y debe ser compensado con un daño moral psicológico, que en el caso de producir además una afectación psíquica conllevaría otra indemnización adicional en el caso de existir ese daño moral psíquico a probar por pericial médica.

Pero en este caso las tesis que hemos fijado determinan la existencia de un daño irreversible en una mujer víctima de una violación, la imposibilidad de regresar al *antes* que tenía la víctima de haber sido violada y la declaración de la misma que le provocó evidentemente el impacto brutal que determina que la compensación económica, aunque no va a restaurar la situación que tenía al *antes* de haber sido violada, provoca una justa compensación por el daño sufrido.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Arsenio** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de fecha 25 de enero de 2022, que le condenó por dos delitos de agresión sexual y delito leve de lesiones. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina