



Roj: **STS 4792/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4792**

Id Cendoj: **28079120012021100989**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2021**

Nº de Recurso: **10478/2021**

Nº de Resolución: **1005/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 28-06-2021
(rec.193/2021),
STS 4792/2021**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.005/2021

Fecha de sentencia: 17/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10478/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal

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

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10478/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1005/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10478/2021 interpuesto por Geronimo , representado por la procuradora doña María Luisa Martínez Parra, bajo la dirección letrada de doña Mónica Hernández Prieto, contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2021 por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, en el rollo de Apelación 193/2021, en el que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Geronimo , se revocó parcialmente la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Sumario Ordinario 69/2020, en el sentido de considerar al recurrente como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, en casa habitada, en grado de tentativa, a la pena de prisión de 3 años con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, quedando intacto el resto de los pronunciamientos condenatorios

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Carmela , en calidad de acusación particular, representada por la procuradora doña Cristina Borrás Boldova, bajo la dirección letrada de doña María Cristina Alcántara Cano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 13 de Valencia incoó Sumario 1404/2019 por presuntos delitos de robo, agresión sexual, lesiones y resistencia, contra Geronimo , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda. Incoado Procedimiento Sumario Ordinario 69/2020, con fecha 31 de marzo de 2021 dictó sentencia n.º 177/2021 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **PRIMERO.-** El acusado Geronimo , , mayor de edad, nacido el día NUM000 /1.984 titular del DNI no NUM001 , sin antecedentes penales y en libertad de la que se encuentra privado en este procedimiento desde el día 7 de agosto de agosto de 2019, llevó acabo los siguientes hechos:

Sobre las 17:00 horas del día 7 de agosto de 2019 se dirigió al inmueble sito en la CALLE000 nº NUM002 de la ciudad de Valencia, a cuyo interior accedió tras fracturar el cristal de la puerta de la finca. Una vez en el rellano y desde una ventana de la escalera comunitaria que comunica con el patio interior, situada entre los pisos NUM003 y NUM004 , accedió a la ventana de la vivienda de la puerta NUM005 , domicilio de Carmela , nacida el día NUM006 de 1.926 y por lo tanto de 93 años de edad en la fecha de los hechos.

Cuando Carmela accedió a su domicilio se encontró al procesado en el pasillo de su casa, procediendo aquel inmediatamente a arrastrar a Carmela hasta el salón, donde le exigió que le hiciera entrega de todo el dinero que tuviera al tiempo que le golpeaba reiteradamente en la cara y le presionaba fuertemente. su garganta, hasta el punto de impedirle momentáneamente la entrada del aire.

Ante la agresión descrita Carmela hizo entrega al procesado del dinero que portaba en el interior de su cartera y que ascendía la cantidad de 85 euros (distribuidos en un billete de 50 euros, uno de 20 euros, otro de 10 y otro de 5), rogando Carmela al procesado que no le siguiera golpeando porque ya no tenía más dinero y que abandonara su casa.

Una vez obtenido el dinero, el acusado no abandona el inmueble.

A continuación, aprovechando la limitada capacidad de defensa de la Sra. Carmela debido a su avanzada edad, arrastró a la anciana hasta uno de los dormitorios de la casa y tras arrojarla sobre la cama, le bajó los pantalones y las bragas, y mientras la sujetaba con fuerza intentó introducir su pene en su vagina, no logrando su propósito ante la resistencia ofrecida por la Sra. Carmela . Ante dicha situación el procesado giró violentamente a Carmela , la tumbó boca abajo y procedió a penetrarla analmente, eyaculando en su interior.

Ante los gritos de auxilio de Carmela , unos vecinos acudieron a la puerta de su vivienda para interesarse por su estado impidiendo el procesado a Carmela abrir la puerta. Ante la presencia de los vecinos en el exterior, el acusado procedió a descolgarse por la ventana hacia el patio interior y a salir del inmueble, siendo perseguido por los vecinos antes referidos que llamaron a la policía.

El procesado fue finalmente detenido en la plaza Pedagogo Pestalozzi de Valencia, intentando desprenderse, al percatarse de la presencia policial, de parte del dinero sustraído (un billete de 50, uno de 10 y otro de 5 euros) y forcejeando con el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM007 para evitar ser detenido, provocando con dicha acción la caída del funcionario policial al suelo.



Una vez detenido fue intervenido en poder del acusado el otro billete de 20 euros sustraído a la Sra. Carmela .

Como consecuencia de la agresión descrita Carmela sufrió lesiones consistentes en policontusiones, contusión con hematoma periorbicular en ojo derecho, contusión con hematomas en hombro izquierdo, rodilla derecha, región submaxilar, en cara posterior de ambos antebrazos, en región paraesternal derecha, equimosis en la nuca y en región mandibular, lesiones que curaron tras una primera asistencia facultativa, invirtiendo 30 días en su sanidad, 15 de los cuales la lesionada estuvo incapacitada para el desarrollo de su actividad habitual.

Igualmente sufrió un intenso trauma psíquico vivencial que ha derivado hacia un cuadro de trastorno de estrés postraumático, trauma que requirió, de tratamiento médico farmacológico (diazepam y orfidal), trauma que se estima consolidado a los 30 días de evolución, restando como secuela un trastorno de estrés postraumático que ha sido valorado por los Médicos Forenses en 10 puntos y que se estima que persistirá el resto de su vida.

Tras los hechos, la vida habitual de Carmela se ha visto alterada, manifestando una disminución marcada por las actividades que antes le interesaban, manteniendo una situación de hipervigilancia y sobresalto con frecuentes episodios de irritabilidad.

El funcionario del Cuerpo Nacional Policía nº NUM007 sufrió lesiones consistentes en contusión en el codo derecho, lesión que requirió para su sanidad una sola asistencia facultativa y que ocasionó cuatro días de perjuicio personal básico por lesión temporal.

En virtud de auto de fecha 9 de agosto de 2019:se acordó la prisión provisional sin fianza del procesado."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, visto además lo dispuesto por los artículos 24, 25 y 120.3 de la Constitución, los artículos 1 y 2, 10, 15, 27 a 34, 54 a 58, 61 a 67, 70, 73 y 74, 110 a 115 y 127 del Código Penal, los artículos 142, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sección **segunda** de la Audiencia Provincial de **Valencia**.

ha decidido:

PRIMERO: CONDENAR al/os acusado/s Geronimo como criminalmente responsable/s en concepto de autor de:

A.-Un delito de robo con violencia e intimidación cometido en casa habitada previsto y penado en el artículo 242. 1 y 2 del Código Penal.

B.-Un delito de violación previsto y penado en los artículos 178, 179 y 18º.1.3 del Código Penal.

C.- Un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal, absolviéndole de la infracción del art 148.1 CP.

D.- Un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal (las ocasionadas al funcionario policial).

E.- Un delito de resistencia contra agente de la Autoridad previsto y penado en el artículo 556.1 del Código Penal.

SEGUNDO: Se aprecia la circunstancia agravante de abuso de superioridad en el delito leve de lesiones C).

TERCERO: Imponerle por tal motivo las penas de:

A- Por el delito de robo la pena cuatro años y un mes de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.

B- Por el delito de agresión sexual la pena de trece años y un mes de prisión, inhabilitación absoluta durante ese periodo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años para su cumplimiento con posterioridad al cumplimiento de la pena.

C-Por el delito de lesiones de dicho apartado la pena de tres meses multa con una cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP.

D- Por el delito de lesiones de dicho apartado la pena de un mes y quince días multa con una cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP.

E- Por el delito de resistencia la pena de tres meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos. 57.1 y 48 del Código penal se interesa igualmente la imposición al procesado de la prohibición de aproximarse a Carmela , su domicilio o cualquier otro que pudiera frecuentar en un radio de 1.000 metros por tiempo de 22 años.



CUARTO.- En concepto de responsabilidad civil se entregan definitivamente a Carmela los 85 euros recuperados.

El acusado deberá indemnizar a Carmela en la cantidad de 1.350 euros por el tiempo de sanidad de las lesiones físicas, así como en la cantidad de 7.040 euros por la secuela psíquica resultante de los hechos (trastorno de estrés postraumático) así como en la cantidad de 40.000 euros en concepto de daño moral. Estas cantidades devengarán el interés legal.

Igualmente deberá indemnizar al funcionario del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM007 en la cantidad de 120 euros más el interés legal.

Se le impone el pago de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras.

Reclámese del Instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, a preparar ante esta Sección en el término de diez días a contar desde su notificación."

TERCERO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de Geronimo interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que registró con el rollo de Apelación n.º 193/2021, en el que se dictó sentencia n.º 186/2021, en fecha 28 de junio de 2021, con el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

1º.-Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Geronimo , representado por la Procuradora BEATRIZ NAVARRO BALLESTER, y defendido por el Letrado FERNANDO GONZALO FERRER contra la sentencia núm. 177/2021, de fecha 31 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en el sumario 69/2020, dimanante del sumario 1404/2019 seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Valencia,

2º.- Se revoca la sentencia en el único sentido de considerar al recurrente como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, en casa habitada, en grado de tentativa, a la pena de **PRISIÓN DE 3 AÑOS** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo. Quedando intacto el resto de los pronunciamientos condenatorios y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de 5 días, a contar desde la última notificación, en los términos del art. 847 y por los tramites de los art. 855 y siguientes de la LECrim; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados."

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

QUINTO.- El recurso formalizado por Geronimo se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, con fundamento en el artículo 852 de la LECRIM, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por considerar que se ha vulnerado el principio constitucional del derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley conforme el artículo 849.1 de la LECRIM, por considerar infringido precepto penal sustantivo y, en concreto, la aplicación indebida de los artículos 21.7 y 21.2 del Código Penal.



SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito con fecha de entrada el 28 de septiembre de 2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal de Carmela, en escrito con fecha de entrada el 6 de octubre de 2021, impugnó dicho recurso y solicitó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 15 de diciembre de 2021 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Procedimiento Ordinario n.º 69/2020, dictó Sentencia el 31 de marzo de 2021, en la que condenó a Geronimo como autor criminalmente responsable de: a) Un delito de robo con violencia en casa habitada; b) Un delito de violación; c) Dos delitos de lesiones leves; y d) Un delito de resistencia a agente de la autoridad.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, en su Sentencia n.º 186/2021, de 28 de junio, declaró que el delito contra la propiedad perpetrado por el acusado lo era en grado de tentativa y no consumado, manteniéndose el resto de pronunciamientos efectuados en la instancia.

1.1. Contra esta resolución se interpone el presente recurso de casación que se estructura sobre dos motivos; el primero de ellos formalizado por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

El motivo, tras analizar la doctrina de esta Sala sobre el derecho a la presunción de inocencia, se limita a exponer de manera inconcreta y genérica que la prueba practicada en el presente proceso carece de intensidad suficiente como para poder desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

1.2. Nuestra jurisprudencia ha venido recogiendo que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que las partes plantearon en sus escritos de conclusiones formulados en la instancia, sin alcanzar cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en tiempo, afloran en el trámite casacional sin poder ser discutidas en el plenario ni someterse a la debida contradicción. El recurso de casación se circunscribe así al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar las cuestiones que las partes le plantearon, sin que puedan formularse alegaciones *ex novo* y *per saltum* relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes, y que, por tanto, no aparecen expresamente razonadas y resueltas en la sentencia de instancia (SSTS 320/2018, de 29 de junio; 176/2018, de 12 de abril; 445/2010, de 13 de mayo; 344/2005, de 18 de marzo o 707/2002, de 26 de abril).

Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y, con ello, la generalización del sistema de doble instancia en la jurisdicción penal, esta Sala ha proclamado que a la nueva realidad procesal le resulta igualmente aplicable la doctrina que se ha expuesto. Puesto que en estos supuestos la decisión que se impugna es la sentencia dictada en apelación, el planteamiento *ex novo* de un motivo casacional con el que se discrepe de la sentencia de instancia, supondría emplear un instrumento establecido para evaluar la corrección de la resolución dada en segunda instancia y proyectarlo a una cuestión jurídica sobre la que la sentencia impugnada guarda silencio por tratarse de una materia que no fue expresamente debatida por las partes. Como afirma la STS 84/2018, de 15 de febrero, con cita de la STS 54/2008, de 8 de abril, "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscribe al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano *ad quem* llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, de 1 de julio y 1219/2005, de 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002, de 4 de julio, y 545/2003, de 15 de abril)".

Esto no impide que, en algunos casos, se examinen por el Tribunal de casación cuestiones que, en rigor, no fueron planteadas en la apelación. En primer lugar, y por razones evidentes, será posible hacerlo en todos los casos en que la infracción denunciada se atribuya al Tribunal de apelación, bien en la tramitación o bien en la resolución del recurso. En segundo lugar, prescindiendo de formalismos exacerbados y atendiendo



al significado real de las cuestiones planteadas, podrá hacerse cuando lo planteado en casación sea una consideración distinta de lo que ya se cuestionó en el recurso de apelación. Solo así se respetaría la estructura del proceso en relación a los recursos y la misma naturaleza del recurso de casación. En sentido similar se han pronunciado las SSTs n.º 12/2017, de 19 de enero, o 164/2021, de 24 de febrero.

1.3. En el presente caso, el recurrente no planteó en la apelación la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Antes al contrario, asumiendo el pronunciamiento que había declarado su responsabilidad criminal por considerar probado que era el autor de los hechos enjuiciados, su defensa se limitó a cuestionar que se entendiera consumado el delito de robo con violencia por el que venía condenado, reclamando también que se le reconociera la drogadicción y su propia confesión como circunstancias atenuatorias de la responsabilidad criminal.

Lo expuesto justifica la desestimación del motivo, si bien no puede eludirse que la acreditación de la autoría descansa: en el testimonio de la víctima; en el de varios vecinos que identificaron al acusado como la persona que abandonó el lugar de los hechos a la carrera; así como en un análisis de ADN que reflejó que existía una absoluta semejanza genética entre el material biológico obtenido del recurrente y los restos seminales recogidos en la cavidad anal de la víctima.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 2.1. Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender infringidos los artículos 21.2 y 21.7 del Código Penal.

El motivo sostiene que se ha acreditado que el recurrente padece un largo historial psiquiátrico con internamientos psiquiátricos no voluntarios y algún intento de suicidio mediante la ingesta de benzodiazepinas. Arguye que presenta una drogodependencia iniciada a los 14 años y que ésta coexiste con una personalidad psicopática y con hábitos de fuerte ingesta de alcohol. Precisamente estos hábitos tóxicos determinaron que los hechos los perpetrara después de haber consumido una tableta de orfidal y hacer una gran ingesta de alcohol, lo que afectaba a la capacidad volitiva del acusado de manera notable.

2.2. Nuestra jurisprudencia considera que la drogodependencia condiciona la imputabilidad a partir de una serie de criterios que podemos sintetizar del siguiente modo:

A) La aplicación de la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal es oportuna cuando se acredite que el sujeto activo padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS 21/2005, de 19 de enero). Nuestra jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpativos cuando se anula totalmente la culpabilidad, lo que puede acontecer bien porque el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, puesto que, en esos supuestos, el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador al que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A estas situaciones se refiere el artículo 20.2.º del Código Penal, cuando requiere una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularla, sí disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística, si bien conservando el sujeto activo la apreciación de la antijuridicidad del hecho que ejecuta.

No cabe duda de que en la eximente incompleta, la influencia de la droga también puede manifestarse por la ingestión inmediata de la misma, o porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada del drogodependiente y como manifestación de una personalidad conflictiva (art. 21.1.ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.



C) Respecto a la atenuante del artículo 21.2 del Código Penal, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal, en cuanto ésta se realiza a causa de aquella. Es decir, el beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

La circunstancia atenuante del artículo 21.2 del Código Penal es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que, al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, la atenuante se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla (SSTS 4.de diciembre de 2000 y 29.de mayo de 2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS 23 de febrero de 1999). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del artículo 20.2 del Código Penal y su correlativa atenuante, artículo 21.1 del Código Penal, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

Nuestra jurisprudencia ha declarado que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo, y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS 817/2006, de 26 de julio, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado, no siendo aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es mas bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, mas bien mero abuso de la sustancia, lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal.

En todo caso, doctrina reiterada de esta Sala expresa que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación. No puede solicitarse la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas en una u otra escala, porque la exclusión total o parcial, o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos, debe resolverse en función de la imputabilidad o de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

2.3. Con todo ello podemos sintetizar que para poder apreciarse la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, como a la intensidad de la dependencia y a la singularizada alteración que sufriera en el momento de los hechos, con la influencia que por ello tuviera en las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica constatación de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS 16 de octubre de 2000; 6 de febrero de 2001; 6 de marzo de 2001; 25 de abril de 2001; 19 de septiembre de 2002; 16 de julio de 2002 o 259/2017, de 6 de abril, entre muchas).

2.4. Se justifica así que la sentencia impugnada haya rechazado la apreciación de cualquier modificación de la responsabilidad criminal que derive de los hábitos tóxicos del acusado.

El relato histórico de la sentencia de instancia, que rige la corrección del juicio de subsunción de los hechos en la norma atenuatoria, no presta soporte a que el recurrente sufra un marcado grado de dependencia a las drogas o padezca ningún tipo de psicopatía. Tampoco describe que los hechos vinieran determinados por sus hábitos tóxicos, o que al momento de la perpetración de los hechos sufriera el recurrente algún



tipo de limitación en sus facultades intelectivas y volitivas. Y por más que el relato histórico de la sentencia pueda complementarse con los elementos fácticos recogidos en la fundamentación jurídica que favorezcan al acusado, el posicionamiento de la Sala rechaza cualquier tipo de influencia en la comisión del delito.

La sentencia de apelación, pese a aceptar que el acusado puede ser consumidor (incluso adicto) de algún tipo de sustancia tóxica y que presenta una personalidad psicopática, concluye que la prueba practicada permitió que el Tribunal de instancia rechazara la atenuación de la responsabilidad. Pese a la existencia de un informe médico que recomendó el ingreso del recurrente en la enfermería poco tiempo después de su detención, subraya que el informe pericial efectuado (y ratificado en el plenario) también refleja que el recurrente es una persona orientada en tiempo y espacio, presentando una inteligencia y voluntad dentro de los límites de la normalidad. Considera además que ninguna prueba sugiere que el acusado pudiera cometer los hechos en un estado distinto del habitual. En primer lugar, porque los peritos subrayaron que presentaba una amnesia selectiva, olvidando únicamente aquellos extremos que le podían comprometer; lo que confirma una suficiente capacidad intelectual. En segundo lugar, porque añadieron en su dictamen que no son creíbles los niveles de alcohol y de droga que el acusado aseguró haber ingerido antes de ejecutar los hechos, al ser incompatibles con la mecánica de comisión de los delitos, dado que el asalto a la vivienda de la víctima se produjo a través de una ventana situada a la altura de la tercera planta y considerando que la fuga se abordó descolgándose el acusado por los cables del ascensor y corriendo ágilmente hasta el punto donde se ocultó. Por último, se consideran también en la sentencia diversos testimonios que describen que, al perpetrarse los hechos, el acusado hablaba y corría con normalidad, por más que evidenciara un cierto olor alcohólico.

2.5. El motivo denuncia también que no se haya apreciado la atenuante analógica de confesión tardía, del artículo 21.7 del Código Penal, en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal.

El artículo 21.4 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante: "*La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*".

El actual Código Penal ha sustituido así el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso del arrepentimiento espontáneo que se recogía en la atenuante equivalente de códigos anteriores, por una mayor objetivización en su apreciación y por una opción pragmática asentada en razones de política-criminal. De este modo, se ha sustituido la exigencia subjetiva del arrepentimiento, por el acto objetivo de colaboración con la Administración de Justicia, previéndose un tratamiento penológico más favorable para aquellos agentes que se muestren colaboradores con la justicia, facilitando la investigación de lo sucedido y ayudando a reparar el daño causado. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan: 1.º) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2.º) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3.º) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial; 4.º) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5.º) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla; 6.º) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 1076/2002, de 6 de junio o 516/2013, de 20 de junio).

Es evidente que, en el caso analizado, la declaración admitiendo la autoría de los hechos se produjo después de tener conocimiento de que el procedimiento se dirigía contra el recurrente. Desde esta realidad, debe recordarse que la asunción de responsabilidad cuando el sujeto activo ha sido descubierto, está carente de la significación esencial de la confesión, pues por más que la confesión ya no necesite estar alentada por el arrepentimiento, no quiere decir que no debe ir dotada del elemento de la voluntariedad. Una confesión en cuya génesis solo se encuentra la resignación ante lo que se percibe ya como irremediable, no puede dar vida a una atenuación, por no existir fundamento para un menor reproche penal (SSTS 1619/2000, de 19 de octubre o 420/2013, de 23 de mayo), salvo en aquellos supuestos en los que suponga -en el ámbito propio del proceso- una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución útil y relevante para la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva; supuestos en los que la confesión -denominada tardía- puede operar como atenuante analógica del artículo 21.7 de nuestro Código Penal (SSTS 1109/2005, de 28 de septiembre o 1063/2009, de 29 de octubre).

El relato histórico de la sentencia no incluye la descripción de ninguna confesión relevante que preste soporte a la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que se postula, y aunque ya hemos dicho que esta Sala admite que el relato de hechos probados puede integrarse con los elementos fácticos que el Tribunal de instancia describa en su fundamentación jurídica, siempre que dicha descripción resulte favorable para el acusado, estos no sólo no aportan los elementos necesarios para la atenuante analógica analizada, pues el propio Tribunal destaca que el recurrente se limitó a realizar un reconocimiento parcial cuando ya había concluido la investigación y existían elementos de prueba en su contra, concretamente el testimonio de la



víctima, además del relato de los vecinos que le persiguieron y de los agentes que procedieron a su inmediata detención, así como unas pruebas de ADN que reflejan una coincidencia entre su material biológico y los restos seminales obtenidos de su víctima.

El motivo se desestima.

TERCERO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Geronimo , contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2021, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el rollo de Apelación 193/2021, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Geronimo contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2021 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Abreviado 69/2020, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García