



Roj: **STS 1056/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1056**

Id Cendoj: **28079120012021100248**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2021**

Nº de Recurso: **2567/2019**

Nº de Resolución: **268/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 268/2021

Fecha de sentencia: 24/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2567/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2021

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2567/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 268/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 2567/2019 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por **D. Fernando**, representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Lucinia Llanos Méndez, contra la sentencia n.º 60/2019 de 26 abril, y auto de aclaración de 22 de mayo de 2019, dictados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Recurso de Apelación n.º 41/2019, que desestimó el recurso interpuesto por el condenado y estimo el interpuesto por el Ministerio Fiscal, revocando parcialmente la sentencia n.º 719/2018 de 18 de diciembre y autos de aclaración de fecha 21 de diciembre de 2018 y 11 de enero de 2019, dictados por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia en el Rollo de Sala n.º 141/2017, dimanante del procedimiento Sumario n.º 1843/2016 del Juzgado de Instrucción n.º 17 de Valencia, que le condeno como autor de un delito de agresión sexual. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida la acusación particular **D. Enma**, representada por la procuradora D.ª María Paz Contel Comenge y bajo la dirección letrada de D.ª Raquel Ainoa Boix García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 17 de Valencia incoó Procedimiento de Sumario con el número 1843/2016 por delito de agresión sexual y violación contra Don Fernando, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Tercera dictó, en el Rollo de Sala n.º 141/2017, sentencia el 18 de diciembre de 2018 y autos de aclaración de fecha 21 de diciembre y 11 de enero de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El día 23 de octubre de 2016, entre la 1:00 y las 3:00 horas, el acusado Fernando, en el parking de la discoteca "Spook", sita en Pinedo (Valencia) tras presentarle un grupo de amigos y conocer a Enma, nacida el día NUM000 de 1998, observó que la misma se encontraba muy afectada por el alcohol y las drogas ingeridos y que la misma no era consciente de la realidad por lo que decidió aprovecharse de su estado y la agarró por la cintura, llevándola a la zona exterior del parking donde le introdujo su mano en la vulva de ella, llegando a introducirle los dedos en la vagina, le bajó el pantalón y la ropa interior. Enma, trató de resistirse instintivamente, mordiendo al acusado, arañándole e incluso llegando a golpearle en la boca, al tiempo que le decía "basta, basta". El acusado, al no poder penetrarla vaginalmente, cogió a Enma por la cabeza violentamente, la golpeó, y le introdujo su pene en la boca diciéndole: "succiona, succiona", obligando a Enma a chuparle su pene hasta que eyaculó en la boca de Enma.

Como consecuencia de estos hechos, Enma sufrió esquimosis en pómulo izquierdo, esquimosis en la rodilla derecha, y dos esquimosis en muslo izquierdo, lesión en la mucosa del introito de carácter hemorrágico, contusión en primer pulgar mano izquierda, escoriaciones en zona periaureolar mama izquierda, hematomas en ambos muslos, como consecuencia de estos hechos Enma, ha sufrido trastorno post-estrés traumático y una depresión grave.

Enma había bebido alcohol y consumido esa noche MDMA, anfetaminas, cocaína y cannabis perturbando sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de no ser capaz de determinar su conducta sexual con libertad y conocimiento de la significación de los actos.

La perjudicada Enma reclama por estos hechos".

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

<<Condenamos al acusado Fernando como responsable criminalmente, en concepto de autor, de un delito de agresión sexual del art 178 y 179, violación, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de SEIS AÑOS, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximarse, a una distancia inferior a 500 metros, a Enma, así como de comunicarse con ésta por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, telefónico o telemático por el plazo de DIEZ AÑOS, y a la medida de libertad vigilada por plazo de SEIS AÑOS tras el cumplimiento de la pena de prisión, condenándole, asimismo, al pago de las costas procesales, incluidas la de la Acusación Particular, y a que, por vía de responsabilidad civil, indemnice a Enma en la cantidad de dieciocho mil euros (18.000 €), más el interés legal previsto en el artículo 576.1 y 3 L.E.Civil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

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

En fecha 21 de diciembre de 2018, la Audiencia de instancia dictó Auto aclaratorio de sentencia con la siguiente **parte dispositiva**:



"Haber lugar a aclarar la sentencia de fecha de 18 de diciembre de 2018, en el sentido de que en el FALLAMOS debe:

*omitirse el siguiente párrafo: "Contra al presente 'resolución cabe. RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo, en el plazo. de CINCO DÍAS siguientes contados a partir de la última notificación, en cualquiera de las modalidades, establecidas en la Ley, mediante escrito con firma de Abogado y Procurador."

*añadir el siguiente párrafo: "Contra la presente resolución cabe RECURSO DE APELACIÓN ante el Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma de Valencia conforme a lo establecido en el artículo 846 ter de la Lecrim."

Y en fecha 11 de enero de 2019, la Audiencia Provincial de Valencia, dictó otro Auto de Aclaración de sentencia, con la siguiente **parte dispositiva**:

"Haber lugar a aclarar la sentencia de fecha de 18 diciembre de 2018, en el sentido de que en el FALLAMOS

*Donde dice: "Se impone a Fernando , la pena de prohibición de aproximarse, a una distancia inferior a 500 metros, a Enma , así como comunicarse con ésta por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, telefónico telemático por el plazo de 10 años".

Debe decir: "Se impone a Fernando , la pena de prohibición de aproximarse, a una distancia inferior a 500 metros, a Enma , así como comunicarse con ésta por cualquier medio; ya, sea verbal, escrito, telefónico telemático por el plazo de 10 años, a su domicilio, lugar de trabajo ó cualquier otro frecuentado por ella.

En el ENCABEZAMIENTO:

*Donde dice: don José Vicente Guillamón Senent,

Debe decir: don Jorge Boguña Pacheco."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia y autos de aclaración, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Fernando , y por el Ministerio Fiscal, dictándose sentencia n.º 60/2019 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 26 de abril de 2019, y auto de aclaración de sentencia de fecha 22 de mayo de 2019, en el Rollo de Apelación número 41/2019, cuyo **Fallo** es el siguiente:

<< I. No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Fernando contra la Sentencia núm. 719/2018, de fecha 18 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección tercera, en el Procedimiento Ordinario núm. 141/2017 dimanante del Sumario núm. 1843/2016, instruido por el Juzgado de Instrucción número Diecisiete de los de Valencia. Con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente, incluidas las de la acusación particular.

II. Ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio fiscal contra la Sentencia núm. 719/2018, de fecha 18 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección tercera, en el Procedimiento Ordinario núm. 141/2017 dimanante del Sumario núm. 1843/2016, instruido por el Juzgado de Instrucción número Diecisiete de los de Valencia. Con declaración de oficio de las costas causadas en este recurso.

III. Procede condenar a D. Fernando -como autor de un delito de agresión sexual a persona especialmente vulnerable-, a la pena de DOCE años de prisión, inhabilitación especial y prohibición de acercamiento a Dª. Enma en un radio inferior a quinientos metros de donde se encuentre, así como de comunicación por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, telefónico o telemático, con ella y en ambos casos durante dieciséis años.

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que sean compatibles con el presente y en particular lo relativo a la responsabilidad civil y la indemnización fijada."

La Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó Auto de aclaración de fecha 22 de mayo de 2019, con la siguiente **parte dispositiva**:

LA SALA DECIDE:

"Subsanar la omisión a que se refiere el razonamiento único de esta resolución, de manera que:

El apartado III del Fallo de la Sentencia dictada en el presente procedimiento queda de la siguiente manera:

III. Procede condenar a D. Fernando -como autor de un delito de agresión sexual a persona especialmente vulnerable-, a la pena de DOCE años de prisión, inhabilitación absoluta y prohibición de acercamiento a Dª. Enma en un radio inferior a quinientos metros de donde se encuentre, así como de comunicación por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, telefónico o telemático, con ella y en ambos casos durante catorce años".



De conformidad con lo dispuesto en los artículos 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta resolución es firme, y contra ella no cabe recurso, sin perjuicio del que en este caso procede contra la sentencia a la que se refiere esta actuación."

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

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra Constitución en su artículo 24, apartado segundo, en relación con el artículo 53, apartado primero, de la propia Constitución.

Segundo. Se formula al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución Española) en la vertiente del *non bis in idem material* e interpretación extensiva del precepto en contra del reo como los principios de proporcionalidad y culpabilidad implícitamente reconocidos en los artículos 1.1 de la Constitución Española (justicia y libertad), 10.1 de la Constitución Española (dignidad de las personas) y 9.3 de la Constitución Española (prohibición de la interdicción de los poderes públicos).

Tercero. Se formula al amparo de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 180.1.3º del Código penal en relación con el artículo 179 del mismo cuerpo legal en cuanto a la circunstancia agravante específica de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de situación dados los hechos probados declarados en la sentencia de la instancia.

Cuarto.- De conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 109, 110 y 116 del Código penal en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios cifrada en 18.000 € dados los hechos probados de la sentencia de la instancia.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 23 de marzo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurrente, D. Fernando , ha sido condenado en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, como autor de un delito de agresión sexual a persona especialmente vulnerable, a la pena de doce años de prisión, inhabilitación absoluta y prohibición de acercamiento durante catorce años a D^a. Enma en un radio inferior a quinientos metros de donde se encuentre, así como de comunicación con ella durante el mismo tiempo por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, telefónico o telemático.

En concepto de responsabilidad civil ha sido condenado a indemnizar a D.^a Enma en la cantidad de dieciocho mil euros, más el interés legal previsto en el artículo 576.1 y 3 LEC. Por último, ha sido condenado a abonar las costas procesales, incluidas las devengadas por la Acusación Particular, así como las costas de su recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, incluidas las de las Acusación Particular.

En la misma sentencia ha sido absuelto del delito de detención ilegal del que también era acusado.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 60/2019, de 26 de abril, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en el Rollo de Apelación núm. 41/2019, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Fernando y estima el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia núm. 719/2018, de 18 de diciembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Ordinario núm. 141/2017, dimanante del Sumario núm. 1843/2016, instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Valencia.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.



Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formula la representación de D. Fernando



TERCERO.- El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 en relación con el artículo 53.1 CE.

En desarrollo de este motivo discrepa de la valoración de la declaración de la víctima que han llevado tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia. Considera que su declaración es insuficiente para enervar su derecho a la presunción de inocencia en lo concerniente a la existencia o no de consentimiento en la relación sexual que mantuvo con ella. Estima que la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial y respaldada por el Tribunal Superior de Justicia es ilógica, arbitraria y contraria a las reglas de la experiencia y al criterio humano en lo que respecta a la inferencia sobre la credibilidad del testigo y al desprecio de conindicios a favor del acusado. Asevera que se ha infringido el principio in dubio pro reo.

Pone de manifiesto que las declaraciones de acusado y víctima fueron discrepantes en relación al consentimiento de la relación sexual mantenida, pero existen testimonios de referencia de los momentos anteriores y posteriores a los hechos que confirman que las relaciones sexuales se desarrollaron en un contexto de alcohol y desenfreno propiciado por la propia víctima. El comportamiento posterior de la víctima y del acusado no justifica su incriminación puesto que ambos fueron a la discoteca y accedieron juntos al recinto, sin que Enma presentara síntoma alguno de haber sufrido la agresión sexual.

Reprocha el recurrente al Tribunal que atribuya a su declaración falta de consistencia interna de las respuestas o inconsistencia de su relato sobre el origen de las heridas que presentaba, sin aportar las razones de tal afirmación. En la valoración de la declaración de la víctima, sostiene que el Tribunal emplea unos criterios de motivación insuficientes para enervar la presunción de inocencia puesto que no realiza concreción material o aporta dato que avale lo que afirma, de modo que confirma formalmente lo previamente decidido por la Audiencia, sin aportar razones de fuste.

Afirma que la sentencia no resuelve las dudas que se suscitaron y que la declaración de la víctima en juicio fue opuesta en algunos aspectos a lo que antes declaró en fase de instrucción. Frente a lo que refiere la sentencia, considera que ello no puede explicarse por la merma de facultades intelectivas y volitivas por la elevada ingesta de bebidas alcohólicas y consumo de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes. No considera creíble que alguien que sufre una violación no recuerde cómo se produjo y cuestiona que la víctima no tuviera motivos espurios para presentar la denuncia, pues bien pudo hacerlo para ocultar una infidelidad. Tampoco comparte la celeridad con la que la víctima formuló la denuncia, a la que el Tribunal alude, teniendo en cuenta que acudió al centro hospitalario a las 16:46 horas del día siguiente a los hechos. De ser cierto su relato, lo coherente hubiera sido que acudiese cuando volvió a la discoteca donde se tomó una pastilla porque quería aguantar y salir más tarde. Resalta también su anómalo comportamiento tras la agresión sexual, continuando de "fiesta" en el interior del recinto con otros chicos a los que besó, y sin contar el episodio a nadie. Tampoco comparte la consideración del Tribunal sobre que las lesiones que le fueron observadas a la víctima al día siguiente en el hospital fueran consecuencia directa de la agresión sexual denunciada. No se corresponde con el número de horas transcurridas y su actuación posterior a los hechos denunciados.

En relación a los testigos, sostiene que éstos pusieron de manifiesto lo sucedido en los momentos inmediatamente anteriores y posteriores a los hechos, lo que viene a confirmar que los actos sexuales fueron consentidos e incluso espoleados por la propia víctima. Se refiere al grado de desinhibición de la víctima. Todos los testigos la vieron la noche de autos antes de que se fuera con el acusado cogida de la mano y delante de todos le cogió el dedo y se lo chupó. A su juicio todo ello evidencia no solo que las relaciones fueron consentidas por las partes sino buscadas por la propia denunciante. La víctima actuó con una desinhibición impropia de quien ha sufrido una agresión sexual. Destaca el testimonio de la Sra. Adelaida que manifestó que vio entrar al recurrente con una chiquilla que se le abalanzó y le dio dos besos. muestras de afecto con extraños y con su amigo Justiniano . Subraya que la denunciante pasó la noche en el domicilio de este último durmiendo en la misma cama. Relata que este amigo incluso le ayudó a desnudarse y darse una ducha. Considera alarmante que la víctima, según manifestó el Sr. Justiniano , albergara serias dudas de lo sucedido desde la noche de los hechos hasta que fue a declarar en instrucción el 21 de noviembre, lo que contrasta con que en su primera declaración en el Juzgado de Instrucción, el día el 23 de octubre de 2016, señalara al acusado como autor de una agresión sexual. Cuestiona que se pueda dar credibilidad a la víctima de un delito de agresión sexual que hasta casi un mes más tarde no tiene claro lo que ocurrió. Concluye afirmando que "la víctima percibió como una agresión sexual una experiencia sexual insatisfactoria y sórdida, trufada de drogas, alcohol y desenfreno con un desconocido que no conocía de nada y con el que decidió comenzar la noche".

Por último, menciona los informes médicos y pruebas psicológicas, indicando que estas llamadas corroboraciones periféricas u objetivas no pueden respaldar materialmente una declaración que adolece de una mínima persistencia, credibilidad y razonabilidad externa e interna. Para el recurrente es necesario que vayan precedidas de una declaración previa de la víctima que sea concreta, persistente, sin modificaciones sustanciales, en suma, creíble. Sostiene que el Informe sobre química y drogas carece de carácter



incriminatorio y el informe de urgencias pone de manifiesto las dudas de la denunciante sobre lo que hizo aquella noche. El informe del Servicio de Criminalística del Departamento de Biología tampoco aporta nada al haber reconocido el acusado la existencia del acto sexual. El informe del Instituto de Medicina Legal sobre química y drogas, viene a ratificar en sus resultados obtenidos en sangre y orina la presencia de las drogas tóxicas asumidas voluntariamente por la denunciante con anterioridad y posterioridad a los hechos, que coincide con lo que la denunciante manifestó haber consumido. Por último, el informe de credibilidad del testimonio ha sido emitido por una psicóloga del Centro Mujer 24 horas al que la víctima estuvo acudiendo para recibir terapia psicológica y ha sido realizado sin efectuar ningún tipo de contraste con la versión del recurrente. Señala que la perito no posee los conocimientos que se requieren, carece también de imparcialidad al tratarse de una psicóloga que está tratando a la víctima y no analiza determinadas consecuencias que la ingesta de alcohol y drogas pudo tener en la denunciante en cuanto a su determinación sexual, percepción de la realidad en el momento de los hechos, su comportamiento posterior o incidencia de sus problemas emocionales previos.

Con ello, lo que el recurrente hace en casación es atacar de nuevo la valoración de la prueba practicada en la primera instancia, sin efectuar alegación alguna que desvirtúe los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación, lo cual debería llevar ya a la desestimación del recurso.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Expone el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo. 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas



en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, como veíamos, están sometidos al doble examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

Como indican, entre otras, las STSS 476/2017, de 26 de junio y 238/2018 de 22 mayo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, estableciendo un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

2. Así las cosas, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones que suscita. Ofrece explicación coherente y clara de lo ocurrido, que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

En efecto, el Tribunal de Apelación explica con detalle las razones que determinan la suficiencia de la prueba practicada ante el Tribunal de instancia así como la racionalidad de su valoración, particularmente en lo que se refiere a la declaración de la víctima, declaración con respecto a la que la Audiencia, como refleja el Tribunal Superior de Justicia, no halló elemento alguno que permitiera el cuestionamiento de su credibilidad.

Comienza para ello comprobando y explicando la prueba valorada por la Audiencia.

Parte de la declaración efectuada por el propio denunciante, quien admite la relación sexual, pero afirmando que fue consentida.

A continuación destaca el Tribunal la manifestación de la denunciante, la que considera reunió elementos de credibilidad subjetiva y objetiva y de persistencia en la incriminación que la dotan de suficiencia para destruir la presunción de inocencia. Ello se realiza de forma coherente, valorando la ausencia de motivos espurios, teniendo en cuenta que acusado y víctima se acababan de conocer esa noche, siendo integrante de un grupo de amigos de su amiga o conocida, D.^a Claudia . Sostiene el recurrente frente a ello como motivo espurio la posibilidad de que tratara de justificar ante su novio una infidelidad, lo que carece de base probatoria y poco coherente teniendo en cuenta que tal "coartada" podía ofrecerse sin necesidad de apuntar como agresora a una persona en concreto. El Tribunal ha valorado además la persistencia de la víctima en sus declaraciones respecto a las que comprueba que coinciden en lo esencial, a excepción de datos menores. Concorre, además, cierta limitación de facultades intelectivas y volitivas de la víctima derivada de una acreditada ingesta de alcohol y drogas, con las consecuentes lagunas mentales que ello pudo provocar. Las dudas sobre lo ocurrido mostradas inicialmente por la víctima corrobora también su testimonio, teniendo en cuenta que nada sobre ello era lógico que expresara si no estaba segura de lo que había ocurrido.

Se relacionan también la diversidad de informes periciales practicados, principales corroboradores de la versión de los hechos que ofrece la víctima. A través de ellos se pone de manifiesto no solo la existencia de una relación sexual o el estado en que se encontraba la víctima en el momento de los hechos, sino algo más, como el alcance y diversidad de lesiones padecidas por aquella y las consecuencias psicológicas que la acción le produjo, siendo de extrema importancia el estado en que se encontraba la víctima en el momento de los hechos. Así el informe de urgencias describe lesiones tales como "hematoma en zona de hemimandíbula izquierda. En mama izquierda en zona periareolar, escoriaciones. En ambos muslos se visualizan varias lesiones compatibles con hematomas. A nivel de introito se visualiza equimosis a las 3horarias dolorosas al tacto". Sostiene el recurrente que bien pudo causárselas después por otros motivos, máxime cuando no acudió inmediatamente al servicio de urgencias. Sin embargo baraja varias hipótesis sin base probatoria alguna. Por el contrario, como el Tribunal ha comprobado, tales lesiones son acordes con la versión de los hechos ofrecida por la víctima. Lo expresa muy claramente el informe Médico Forense del que se hace eco la sentencia y en el que, entre otros extremos, se expresa que las lesiones observadas resultan compatibles con las declaraciones de la víctima. Desde luego, las características de tales lesiones difícilmente compaginan con una relación sexual consentida que sostiene el recurrente.



El informe psicológico pone de manifiesto el alto nivel de trastorno post estrés traumático que sufre la víctima como consecuencia de los hechos. El recurrente descalifica sin motivo ni justificación la preparación de la psicóloga firmante del informe y censura que el informe se haya elaborado sin efectuar ningún tipo de contraste con la versión del recurrente. Cuestiona también su imparcialidad al ser su autora la profesional que viene tratando a la víctima. Todo ello nuevamente sin base alguna en las actuaciones. La autora del informe compareció en el acto del Juicio Oral donde la defensa pudo solicitar cualquier tipo de aclaración y ampliación sometiendo a su consideración cuantas cuestiones estimara de interés. El solo hecho de estar tratando a la denunciante no convierte en parciales sus conclusiones, encontrándose en óptimas condiciones para determinar los efectos que el hecho enjuiciado haya podido tener en aquélla.

El informe del Servicio de Criminalística, Departamento de Biología, expresa la existencia de sangre y semen del acusado en la camiseta de la víctima, lo que concuerda con la felación que ésta afirma se vio obligada a practicar por la fuerza al acusado, guardando relación con la lesión apreciada en la zona de hemimandíbula izquierda.

Por último, el informe del Servicio de Químicas y Drogas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses pone de manifiesto la ingesta de MDMA, anfetaminas, benzoilecgonina y cannabinoides, sustancias bajo cuya influencia, junto con el alcohol, se encontraba la víctima en el momento de los hechos.

Junto a tales informes, contestes en todo punto con lo declarado por la víctima, el Tribunal ha analizado el testimonio ofrecido por el Sr. Justiniano, ante quien la víctima manifestó al levantarse el día siguiente de los hechos que creía que la habían violado. También el Sr. Justiniano corroboró el estado de la víctima en la discoteca al comentarle ésta que se encontraba mal, que estaba agobiada y no quería acercarse a nadie.

El Tribunal no ha ignorado las pruebas de descargo. Analizó los testimonios ofrecidos por la defensa cuya credibilidad puso en duda debido a sus contradicciones, inexactitudes o cambios de declaración que expresamente explicó de forma racional y detallada. En este aspecto, se dice en la sentencia de instancia: "Tratan los testigos de descargo, y amigos del procesado, ofrecer una imagen de la víctima, de mujer "libertina", desenfadada, poco pudorosa y con comportamientos sexualizados que incitan a la provocación, de hecho, y por ello, la mayoría de los testigos, han querido que este Tribunal conozca, para que nos hiciéramos una imagen del perfil de doña Enma, un episodio que tuvo lugar hace bastante tiempo, y que ocurrió con ocasión de que ésta acudió al barrio (o lugar) en el que ellos se encontraban jugando al fútbol, y para jugar con los chicos, Enma no dudó en quitarse la camiseta y quedarse en sujetador, al igual que hizo el día de autos, que tampoco dudó en chuparle un dedo al hoy procesado, de forma lasciva supuestamente incitándole a mantener relaciones sexuales con él -según interpretaron todos- y esto fue lo que entendieron que iban a hacer, cuando al poco tiempo, se marcharon ambos al descampado... y ésta es la justificación de la relación sexual mantenida, si bien, todos ellos quedaron muy sorprendidos cuando vieron a su amigo Fernando, volver, con el labio hinchado, hematomas en el pómulo derecho, y en el tórax, hasta el punto, de que todos creyeron que se había peleado con alguien. En la declaración en sede policial y judicial, la mayoría de los testigos, no dudaron en calificar las marcas del torso, como mordeduras, pero posteriormente, los han descrito de "chupones".

En relación con la versión mantenida en el Plenario, de que Fernando, entró a la discoteca con Enma, agarrados, para que ella, pudiera pasar, porque no tenía DNI, es totalmente contradictorio, con la versión que ofrece la denunciante, (y Justiniano) que afirmaba, llevar su DNI, y pagar la entrada al entrar en la discoteca, al igual que niega haber saludado a la tal "Ambar" madre de Chillón. Curioso resulta el testimonio de la testigo, "Ambar", que pese a que el resto de amigos de Fernando, que han depuesto en este Plenario, y que todos de forma unánime han manifestado la sorpresa que les produjo ver a Fernando con el labio hinchado, y el hematoma en el pómulo derecho, ella no se fijó en ello, y afirma que lo vio "normal".

Al igual que su hijo "Chillón", cuya versión de los hechos ofrecida en sede policial y judicial dista mucho, de la hoy referida, pues refiere haber visto a Fernando, volver solo al parking, después de ir al descampado con Enma, y sorprenderse cuando lo vio llegar con la herida del labio y los hematomas, y entrar todos los amigos, en grupos diferentes, pero juntos a la discoteca, para posteriormente cambiar la versión, y afirmar que lo vio directamente en la discoteca".

Todo este material probatorio y valoración efectuada por la Audiencia son revisados por el Tribunal Superior de Justicia tras el visionado del Juicio Oral y la lectura de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Así, comprueba la persistencia y falta de contradicción en las declaraciones de la víctima, su corroboración a través de las manifestaciones que efectuó a los médico-forenses y de las propias lesiones que se apreciaron tanto a la víctima como al acusado. Excluye que las lagunas que presenta la víctima como consecuencia de la ingesta de alcohol y drogas permitan acoger las consecuencias expresadas por el recurrente sobre su credibilidad o consentimiento en la relación sexual. Descarta también razonadamente que el tiempo transcurrido entre los hechos y la denuncia deba interpretarse en la forma que pretende el recurrente en el sentido de que la



víctima se hubiera ido tranquilamente a casa de su amigo y que, las lesiones sufridas tuvieran su origen en causa distinta a la agresión sexual. El testimonio del Sr. Justiniano y de las personas que declararon a instancia de la defensa junto al resultado de las periciales permite al Tribunal negar la irracionalidad del discurso argumentativo realizado Audiencia Provincial y excluir las consecuencias que sin base probatoria alguna trata de extraer el recurrente. Finalmente confirma en la declaración del acusado las contradicciones e inconsistencia observadas por el Tribunal de instancia.

Ello le lleva a confirmar en todos sus extremos las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, ofreciendo puntual contestación al recurrente sobre todas y cada una de las quejas que en idénticos términos reproduce nuevamente en casación.

De esta forma se evidencia que el órgano de apelación ha confirmado la sentencia de instancia, reafirmando la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditado que el acusado mantuvo relaciones sexuales in consentidas con la denunciante en los términos que se reflejan en el apartado de hechos probados. Tales pruebas, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

Más allá de lo ya expresado a lo largo de la exposición realizada, no procede realizar en este momento un nuevo análisis de la prueba que ha sido practicada, y que esta Sala no ha presenciado, con la finalidad de efectuar una nueva valoración de la misma que, como hemos dicho más arriba, no es procedente.

3. Por último, conforme exponíamos en la sentencia núm. 302/2019, de 7 de junio, "El principio "in dubio pro reo" a que hace referencia el recurrente no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado. Es obvio que ello no concurre en el presente caso, en el que la convicción judicial de la forma de ocurrir los hechos ha sido formulada sin dudas.

Este principio no tiene acceso a la casación. Expone la sentencia de esta Sala 817/2017, de 13 de diciembre, que "La STS 666/2010, de 14-7, insiste en que "el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECrim, pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (STS 1186/95, de 1-12; 1037/95, de 27-12)."

En el caso de autos, la lectura de la sentencia permite concluir que ninguna duda alberga el Tribunal de instancia sobre el modo en que, a su juicio, tuvieron lugar los hechos.

Conforme a lo expresado, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se deduce al amparo del art. 5.4 LOPJ, al entender que la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) en la vertiente del non bis in idem material e interpretación extensiva del precepto en contra del reo como los principios de proporcionalidad y culpabilidad implícitamente reconocidos en los arts. 1.1 CE (justicia y libertad), 10.1 CE (dignidad de las personas) y 9.3 CE. El tercer motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art. 180.1.3º CP en relación con el art. 179 del mismo cuerpo legal, por aplicación indebida de la circunstancia agravante específica de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de situación dados los hechos probados declarados en la sentencia de la instancia.

En desarrollo conjunto de ambos motivos, después de exponer determinada doctrina de esta Sala sobre la citada agravación, considera el recurrente que el tenor literal de los hechos probados impide la apreciación de esta agravación ya que en los mismos se refiere que la víctima mostró una capacidad de defensa y rechazo de las pretensiones del acusado. La víctima nunca llegó a perder el conocimiento, rechazó las pretensiones



del acusado, opuso resistencia y recordó de manera esencial el desarrollo de las relaciones sexuales con el acusado. Por ello, la situación de la víctima no restringía de manera relevante su capacidad de oposición. Invoca igualmente el principio "ne bis in ídem" al entender que la condición de vulnerabilidad de la víctima apreciable podría tener su origen en su situación de embriaguez, y si ésta no era plena y sólo limitable pero no anulaba su facultades intelectivas y volitivas, es obvio que ya se tuvo en cuenta para fundamentar y configurar la intimidación y la violencia del tipo básico. Por último, se refiere al principio de proporcionalidad, señalando que el dolo del agente ha de abarcar la circunstancia de vulnerabilidad de la víctima teniendo en cuenta la gravedad de las penas contempladas para el subtipo agravado. Y en el caso, el propio acusado reconoció la ingesta de alcohol, permite cuestionarse también bajo este prisma este aprovechamiento por su parte de aquella situación de la víctima, igualmente embriagada.

1. La agravación contemplada en el artículo 180.1.3ª del Código Penal tiene lugar "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183."

Conforme reiterada doctrina de esta Sala, el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual.

Así, señalábamos en la sentencia núm. 1113/2009, de 10 de noviembre, que "la ratio de este precepto legal consiste, pues, en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad o situación, (...), y también radica en la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias".

En el mismo sentido, decíamos en la sentencia núm. 709/2005, de 7 de junio, que "la especial vulnerabilidad se debe apreciar cuando la situación en la que se produce la agresión hace prácticamente imposible la defensa de la víctima" y en las sentencias núm. 131/2007, de 16 de febrero y 203/2013, de 7 de marzo, que "el concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor.

En esta misma sentencia, núm. 131/2007, explicábamos que "El concepto de "situación" debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad)." Con referencia expresa a la sentencia núm. 695/2005, de 1 de junio, indicaba que "(...) es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad (...) o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la "situación", patencie una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima, en definitiva esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual.

En todo caso, es preciso un estudio individualizado caso a caso para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in ídem" al valorarse una misma circunstancia o modus operandi dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del art. 178, y otra para cualificarlo como subtipo agravado del acuerdo 180.1.3ª."

3. Teniendo en cuenta la doctrina expresada en el anterior apartado primero del presente fundamento, debemos atenernos al relato fáctico de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que ha sido aceptado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En el mismo, se indica, a los efectos que ahora nos interesan, que el acusado observó que Enma "(...) se encontraba muy afectada por el alcohol y las drogas ingeridos y que la misma no era consciente de la realidad por lo que decidió aprovecharse de su estado y la agarró por la cintura, llevándola a la zona exterior del parking donde le introdujo su mano en la vulva de ella, llegando a introducirle los dedos en la vagina, le bajó el pantalón y la ropa interior. Enma, trató de resistirse instintivamente, mordiendo al acusado, arañándole e incluso llegando a golpearle en la boca, al tiempo que le decía "basta, basta". El acusado, al no poder penetrarla vaginalmente, cogió a Enma por la cabeza violentamente, la golpeó, y le introdujo su pene en la boca diciéndole: "succiona, succiona", obligando a Enma a chuparle su pene hasta que eyaculó en la boca de Enma .

(...)

Enma había bebido alcohol y consumido esa noche MDMA, anfetaminas, cocaína y cannabis perturbando sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de no ser capaz de determinar su conducta sexual con libertad y conocimiento de la significación de los actos."



No obstante tal redacción de hechos, en el fundamento de derecho tercero de su sentencia expone la Audiencia, para excluir la apreciación de la agravación contenida en el artículo 180.1.3ª del Código Penal, que "(...) pese a estimar acreditada la resistencia de la víctima a ser agredida sexualmente, mediante el probable acto de impedir que le abriera las piernas, (...) e intentar con mordiscos y golpes, que no lo consiguiera, lo cierto es que los hematomas o lesiones en el cuerpo de la víctima indican que el acusado tuvo que usar una fuerza suficiente para vencer su resistencia, lo cual, derivado de haber ingerido alcohol y drogas, le resultó más fácilmente vencible, pero ello no es indicativo, que éstas tuvieran tal gravedad para que se pueda apreciar este subtipo agravado."

Igualmente señala que las lesiones del acusado reflejan una palpable resistencia de la víctima, "no sólo porque tales lesiones son compatibles con la presencia de violencia (definidora del delito de violación), sino, sobre todo, porque la capacidad de resistencia de la víctima está en íntima relación con su capacidad de respuesta y, en el caso de autos, tal capacidad, pese a estar mermada de manera notable por la ingesta de drogas y sustancias estupefacientes, y el consumo de bebidas alcohólicas, y que el procesado conocía (...), éste lo aprovechó para realizar sus propósitos lúbricos."

En base a los hechos que se declaran probados y a los razonamientos expuestos por la Audiencia al fundamentar su calificación como un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, considera el TSJ que "nada indica, pues, que la fuerza desplegada sobre Enma, no obstante ponerse en relación con el estado en el que se encontraba, no hubiera sido bastante para consumir la agresión si su situación hubiera sido otra.". Y concluye estimando que los hechos declarados probados definen perfectamente la violencia en la acción que integra el elemento del tipo de agresión sexual contemplado en el art. 179 CP, con independencia de las circunstancias en la que se encontraba la Sra. Enma, por lo que la apreciación del subtipo agravado con base en la vulnerabilidad de la víctima por la situación en la que se encontraba no supone vulneración del principio "ne bis in ídem".

La cuestión, pues, se concreta en determinar si las circunstancias fácticas en que tuvieron lugar los hechos son suficientes para apreciar tanto la violencia o intimidación como la especial vulnerabilidad. Para ello debemos tener en cuenta que la expresión utilizada por el precepto legal resulta genérica y vaga en exceso, por lo que debe ser interpretada en un contexto agravatorio. Ello nos conduce lógicamente a efectuar una interpretación de carácter restrictivo, debiéndose resolver cualquier duda en el sentido de excluir la estimación de la circunstancia exasperativa.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, del relato de hechos probados que efectúa la sentencia, no se desprende que la víctima se encontrara en situación que le hiciera especialmente vulnerable.

Destaca el Tribunal como notas que determinan la especial vulnerabilidad que aprecia, el que la víctima se encontraba muy afectada por el alcohol y las drogas ingeridos y que la misma no era consciente de la realidad, teniendo perturbadas sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de no ser capaz de determinar su conducta sexual con libertad y conocimiento de la significación de los actos. Pero en ningún momento describe que ello debilitara su capacidad para oponerse eficazmente a la agresión. De hecho, lo que se describe es lo contrario, esto es, que la víctima desde un primer momento, en que el acusado la agarró por la cintura, fue consciente de lo que pretendía y mostró su oposición a sus pretensiones, tanto de forma oral, diciendo "basta, basta", como mediante los actos que realizó, tratando de resistirse, mordiéndole, arañándole y golpeándole en la boca.

Tales circunstancias reflejan que la víctima tenía dificultades derivadas de las condiciones en las que se encontraba como consecuencia de la ingesta de alcohol y drogas, pero ello no supuso reducción o eliminación de su posibilidad de autodefensa frente al ataque sexual. Antes bien mostró desde el principio una normal capacidad de defensa y rechazo de las pretensiones del acusado.

El hecho probado indica que el acusado, conociendo el estado en que se encontraba la víctima, decidió aprovecharse de su estado. Pero también expresa que, pese a su estado, la víctima se resistió desde un primer momento "mordiéndole al acusado, arañándole e incluso llegando a golpearle en la boca, al tiempo que le decía "basta, basta"". De esta forma, contempla una situación de violencia suficiente para vencer la voluntad contraria de la víctima, pero no se describe que la violencia empleada por el acusado no fuera suficiente para doblegar la voluntad contraria de la mujer si la resistencia de ésta no se hubiera visto debilitada por el estado en que se encontraba como consecuencia del consumo de alcohol y drogas. Por el contrario, la violencia empleada por el acusado, puesta de manifiesto en el resultado lesivo padecido por la Sra. Enma, probablemente le hubiera permitido perpetrar la agresión en análogas circunstancias aun en el supuesto de que aquella no hubiera tenido afectadas sus capacidades volitivas e intelectivas.

El motivo se estima.



QUINTO.- El cuarto motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por aplicación indebida de los arts. 109, 110 y 116 CP.

Muestra su discrepancia con la cuantía de la indemnización a favor de la víctima, fijada en 18.000 euros. Considera que la Sra. Enma no ha sufrido secuela alguna como consecuencia de los hechos. Estima por ello que sólo podría apreciarse un daño moral moderado valorable en unos 3.000 euros.

1. La vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, elegida por el recurrente, es adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

2. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 107/2017, de 21 de febrero, "Respecto de la cuantía de la indemnización tiene señalado esta Sala que, con carácter general corresponde su fijación al Tribunal de instancia (STS n.º 418/2013, de 16 de mayo , entre otras), de manera que no es, por lo general, revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva (STS nº 262/2016, de 4 de abril). En esta misma sentencia se enumeran los supuestos en los que sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia, entre los que cabe señalar: " 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala Quinta , en relación con este último supuesto)".

En el mismo sentido, expresábamos en la sentencia núm. STS 168/2017, de 15 de marzo que "(...) la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en casación cuando: a) existe error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del "quantum" indemnizatorio, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte; y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro Derecho Procesal Penal, y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penales correspondientes.

Ahora bien, la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE , puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil ex delicto (SSTC. 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS. 22.7.92 , 19.12.93 , 28.4.95 , 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación).

El Tribunal Supremo ha fijado la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización en sentencia 9.3.10 Sala Primera, apunta esta posibilidad es excepcional y se puede llevar a cabo únicamente respecto de las bases en las que se asienta y en supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada, especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes apreciables a tenor de una racionalidad media."

3. Nada de ello sucede en el supuesto de autos.

El hecho probado recoge expresamente que "como consecuencia de estos hechos, Enma sufrió equimosis en pómulo izquierdo, equimosis en la rodilla derecha, y dos equimosis en muslo izquierdo, lesión en la mucosa del introito de carácter hemorrágico, contusión en primer pulgar mano izquierda, escoriaciones en zona periaureolar mama izquierda, hematomas en ambos muslos, como consecuencia de estos hechos Enma , ha sufrido trastorno post-estrés traumático y una depresión grave".

Por tanto, no describe solo un daño moral, también unas lesiones físicas y unas secuelas psicológicas.

Al margen de su informe, el Médico Forense expuso en el Juicio Oral que un síndrome post-estrés traumático es de lo más común en personas que han sido agredidas sexualmente, como ha sido el caso de Enma , al igual que fue observado por la psicóloga del Centro 24 horas de la Mujer, Sra. Sacramento . Lo destaca la Audiencia Provincial y confirma el Tribunal Superior de Justicia.



La cuantía indemnizatoria que fija la sentencia es inferior a la que fue reclamada por la Acusación Particular. Con ello se ha respetado también el principio dispositivo.

Tampoco se aprecia arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada.

No debe olvidarse la seria dificultad que existe en la concreción precisa del alcance del daño moral y secuelas de carácter psicológico, dificultad que se proyecta en el terreno de su valoración que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, no se haya sujeta a previsión normativa alguna puesto que corresponde efectuarla al órgano jurisdiccional discrecionalmente. La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, ya que no pueden ser utilizados como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados para los daños físicos y materiales.

En el presente caso, el Tribunal de instancia ha considerado, y el Tribunal Superior de Justicia ha confirmado, que la cuantía indemnizatoria que corresponde a la víctima debe ser fijada en 18.000 euros. Sustentan tal consideración en la apreciación que la propia Audiencia Provincial pudo realizar en el acto del Juicio Oral y en el resultado de la prueba pericial psicológica sobre la víctima. La cuantía fijada es adecuada en atención a los efectos de la situación de riesgo que la víctima vivió y la agresión de que fue objeto. Igualmente debe tenerse en consideración el grave delito cometido, que ha afectado a la parte más básica de la intimidad de la víctima y a su integridad física y seguridad, así como el alcance de las lesiones y secuelas en los términos que han sido relacionados.

El motivo por ello debe ser también desestimado.

SEXTO.- La estimación del recurso formulado por D. Fernando conlleva a declarar de oficio las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Fernando**, contra la sentencia n.º 60/2019 de 26 abril, y auto de aclaración de 22 de mayo de 2019, dictados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Recurso de Apelación n.º 41/2019, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) Declarar de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por D. Fernando.

3º) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando 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.

RECURSO CASACION núm.: 2567/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Vicente Magro Servet

D.ª. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 2567/2019 interpuesto contra la sentencia dictada en el Recurso de Apelación 41/2019 de fecha 26 de abril y auto de aclaración de 22 de mayo, dictados por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Valencia Sección Tercera, en el Rollo de Sala 141/2017, dimanante del Sumario 1843/2016 del Juzgado de instrucción 17 de Valencia, seguido por delito de agresión sexual contra el hoy recurrente en casación D. Fernando , con DNI NUM001 , nacido en Valencia el día NUM002 de 1997, sentencia que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados en el fundamento jurídico quinto de los de la resolución que precede, procede absolver al recurrente del delito de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal, en su modalidad agravada del artículo 180.1.3ª del mismo texto legal, dejando vigente el fallo dictado por la Audiencia Provincial.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

Absolver a don **Fernando** del delito de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal, en su modalidad agravada del artículo 180.1.3ª del mismo texto legal del que venía siendo acusado, dejando vigente el fallo de la sentencia núm. 719/2018, de 18 de diciembre dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Sala n.º 141/2017.

Confirmar, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

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.