

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065221

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 631/2020, de 23 de noviembre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 147/2019

**SUMARIO:****Atenuante de reparación del daño. Presunción de inocencia.**

Cuando se invoca el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el examen del Tribunal debe ceñirse a la supervisión de que ha existido actividad probatoria practicada con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Capacidad de una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, para desactivar la presunción de inocencia. Pero junto a ello la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego. Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Triple test -del que se hace eco la jurisprudencia para valorar la credibilidad del testigo/víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredulidad ajenos a la propia acción delictiva.

Quedan colmados los requisitos de la atenuante de reparación del daño en el proceso penal cuando antes del juicio oral se consigna la cantidad reclamada como indemnización con indicación expresa de que se entregue a la perjudicada sea cual sea el sentido de la sentencia. No es preciso que la reparación económica vaya acompañada de un reconocimiento de culpabilidad, ni de motivaciones más altruistas o moralmente más valiosas que el desnudo y egoísta propósito de lograr una atemperación de la pena en caso de condena. Es dato muy relevante enfatizado por la jurisprudencia el esfuerzo mostrado, la capacidad económica del infractor también es dato a valorar. A mayor capacidad económica, menor será el esfuerzo. Pero eso no puede llevar al punto de exigir indemnizaciones basadas no en el daño causado, sino en el poder adquisitivo del infractor. Es también trascendente el momento de la reparación. No es lo mismo una indemnización inmediata o casi inmediata, que la realizada en los tramos finales del proceso, máxime si la capacidad patrimonial evidencia que el retraso no obedece a dificultades económicas, sino al puro interés personal, que se pone por encima del *desideratum* de que la víctima se vea cuanto antes reparada. El legislador solo establece un condicionante cronológico: ha de hacerse antes de la celebración del juicio. Solo habrá posibilidad de atenuante si la consignación se efectúa efectivamente para pago incondicional a la víctima, sea cual sea el resultado del juicio, y no si es un mero sucedáneo de la fianza obligada.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5º, 66 y 110.

Constitución española, art. 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 849.1º.

**PONENTE:***Don Antonio del Moral Garcia.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don SUSANA POLO GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 631/2020

Fecha de sentencia: 23/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 147/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 147/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 631/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

En Madrid, a 23 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el núm. 147/2019 interpuesto por Anibal representado por el procurador Sr. D. José Andrés Peralta de la Torre, bajo la dirección letrada de D. Santiago Arteché Gutiérrez contra Sentencia de fecha 16 de octubre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra el recurrente como responsable de un delito de agresión sexual. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de DIRECCION003 (Madrid) instruyó Sumario con el nº 2309/2015, contra Anibal. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda) que con fecha 16 de octubre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Ha resultado probado y así se declara, que el día 23 de noviembre de 2015 en torno a las 13:50 horas, Jacinta, de 15 años de edad, en cuanto nacida el día NUM000 de 2000, caminaba con cierta premura dado que iba a recoger a su hermana pequeña al colegio, cruzándose en las inmediaciones de la CALLE000 de la localidad madrileña de DIRECCION000 con el acusado Anibal, nacido en DIRECCION001 (Madrid) el día NUM001 de 1941, hijo de Martin y de Raimunda, con DNI no NUM002, y sin antecedentes penales, a quien conocía desde años antes por mantener éste relaciones de amistad con sus abuelos, momento en el que el acusado la saludó dándole dos besos en la cara que fueron devueltos de la misma manera por la entonces menor de edad, para luego de forma inesperada el acusado coger con fuerza a Jacinta por las muñecas sujetándola y preguntándola cuando iban a quedar, contestando la menor de forma reticente que tendría que hablar con su padre, respondiendo el acusado que no, que quería quedar con ella, y con la intención de satisfacer sus instintos sexuales comienza a besar a la menor por el cuello y en la boca mientras la tenía abrazada reteniéndola, llegando también a palparla el culo, conducta que provocó tensión y desagrado a Jacinta que intentaba desasirse del acusado sin conseguirlo, y como quiera que en esos momentos pasó una mujer vecina de la zona, el acusado aflojó la sujeción que ejercía sobre la menor aprovechando ésta para soltarse y acudir a recoger a su hermana al colegio para inmediatamente después regresar llorosa y nerviosa a su domicilio para relatar a su padre lo ocurrido.

Como consecuencia de estos hechos Jacinta fue examinada en el Centro de Salud de DIRECCION000 DIRECCION002 ese mismo día apreciando que iba muy nerviosa y con crisis de ansiedad y que a la exploración física presentaba dolor a la palpación musculatura paravertebral cervical, especialmente en la parte izquierda, y no observando lesiones; también fue examinada por la Clínica Médico Forense en DIRECCION003 el día 24 de noviembre de 2015 apreciando pequeña contractura cervical izquierda, pautando tratamiento sintomático ansiolítico, precisando para su curación una asistencia facultativa y tardando en curar tres días sin impedimentos para sus ocupaciones habituales".

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Anibal, cuyos datos de filiación constan, como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual con violencia a menor de dieciséis años, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISION, con accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de las costas del juicio.

Se prohíbe a Anibal cualquier tipo de comunicación o el acercamiento a menos de quinientos metros de Jacinta, a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o lugar frecuentado por ella durante un plazo total de seis años, imponiendo además, la medida de libertad vigilada por tiempo de un año consistente en prohibición de cualquier tipo de comunicación o el acercamiento a menos de quinientos metros de Jacinta, a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o lugar frecuentado por ella y la obligación de participar en programas de educación sexual.

En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a Jacinta, en la cantidad de 150 euros por las lesiones y en la cantidad de 2000 euros en concepto de daños morales, cantidades que devengarán el interés legal establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago".

**Tercero.**

La Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de fecha 16 de octubre de 2018 por el que se aclara la Sentencia en el siguiente sentido:

"Se aclara, de oficio, la sentencia no 731/2018, de 16 de octubre de 2018, en el sentido de donde dice en el último párrafo del fundamento de derecho quinto "En atención al artículo 192 del Código Penal en relación con el artículo 106.1.e), f) y j) del citado Código, procede imponer la medida de libertad vigilada por tiempo de un año consistente en... " debe decir "En atención al artículo 192 del Código Penal en relación con el artículo 106.1.e), f) y j) del citado Código, procede imponer la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años consistente en...."; y en la parte dispositiva de dicha sentencia, donde dice: imponiendo además, la medida de libertad vigilada por tiempo de un año consistente en.. debe decir: .. imponiendo además, la medida de libertad vigilada por tiempo de cinco años consistente en.... "

Notifíquese la presente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas".

#### **Cuarto.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por Anibal, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Anibal.

Motivos primero y segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5. LOPJ por vulneración del art. 242 CE. Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 por vulneración del art. 24 CE. Motivo cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 y 855 LECrim por error en la apreciación de la prueba. Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de preceptos penales en relación con el art. 21.5 CP. Motivo sexto.- por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. Motivo séptimo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim. Motivo octavo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo. Motivo noveno.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim. (no se formaliza). Motivo décimo.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 LECrim por no resolver la sentencia los puntos objeto de la defensa ( art. 742 LECrim). Motivo undécimo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ en relación con el art. 24.2 CE (tutela judicial efectiva). Motivo duodécimo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 y 855 LECrim por error en la apreciación de la prueba. Motivo decimotercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim en relación con los arts. 183.2 y 4 d) CP.

#### **Quinto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso, impugnando todos sus motivos. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 17 de noviembre de 2020.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El largo listado de motivos anunciado en la preparación del recurso -trece- ha encogido en el momento de la formalización de manera tan drástica como razonable.

Los motivos primero, segundo y duodécimo que dan vueltas a la presunción de inocencia (¡y al in dubio!, de complicada cabida en casación), han quedado fusionados en un único y conjunto desarrollo.

Los motivos tercero a quinto también son reagrupados: abordan la misma temática desde perspectivas complementarias ( error facti y error iuris). El motivo sexto debiera haber quedado también absorbido por los anteriores en tanto solo busca extraer la congruente consecuencia penológica de la estimación de los que le preceden. No es una impugnación autónoma, sino vicaria y sin contenido propio.

Los motivos séptimo a undécimo y décimo tercero han sido desistidos.

La impugnación ha quedado reducida, así pues, a dos pretensiones:

- a) Disconformidad con la valoración probatoria: la prueba practicada sería insuficiente para sostener la convicción de culpabilidad proclamada en la sentencia.
- b) Reivindicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5º CP negada por el Tribunal a quo.

#### **Segundo.**

La presunción de inocencia ( art. 852 LECrim y 24.2 CE) constituye el punto común de anclaje de los argumentos contenidos en el desarrollo unificado de los motivos primero y segundo, aunque esa mención venga adornada y enriquecida con otras referencias normativas ( art. 849.º 1º LECrim o derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías).

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional -entre otras, STC 68/2010, de 18 de octubre - aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas de cargo i) válidas, ii) revestidas de las garantías esenciales, iii) referidas a todos los elementos del delito, y iv) de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación en ellos del acusado. Se vulnera tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a-), o 126/2011, 18 de julio - Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

Por su parte es doctrina conocida de este Tribunal en sintonía con la jurisprudencia constitucional, expresada entre otras, y por solo citar uno de entre incontables pronunciamientos, que "cuando se invoca el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el examen de este Tribunal debe ceñirse a la supervisión de que ha existido actividad probatoria practicada con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante" ( STS 276/2008, de 16 de mayo).

Solo desde esta perspectiva estamos autorizados para revisar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia. En particular, no es tarea cohonestable con la técnica casacional detenerse en una evaluación detallada de la prueba testifical que vaya más allá de constatar que la ponderación realizada por el Tribunal de instancia es racional y no presenta quiebras o saltos lógicos. Un debate pleno sobre la valoración de la prueba testifical solo cabe en la instancia (y con matizaciones importantes a la apelación implantada en 2015 aunque sin afectación a este procedimiento). Queda zanjado ese debate con el pronunciamiento de la Audiencia. A través de un motivo como la presunción de inocencia podemos fiscalizar la racionalidad de ese pronunciamiento, la lógica del razonamiento seguido, y comprobar que la sentencia no descansa en un puro y apodíctico acto de fe en la declaración del testigo, sino que ésta ha sido examinada con detalle y espíritu crítico y que se justifica racionalmente esa convicción. No podemos ir más lejos.

Esta premisa general, sin embargo, no veda totalmente un escrutinio para valorar y ponderar posibles fisuras, o desajustes que permitan criticar la verosimilitud o credibilidad de esos testimonios y no hayan sido zanjados o resueltos de forma racionalmente concluyente por la Audiencia; máxime cuando la base principal de la condena es la declaración testifical de la víctima.

La prueba sobre la que basa la Audiencia la condena es, en efecto, la declaración testifical de la víctima, una menor, aunque viene corroborada por otros elementos probatorios, algunos extrínsecos a la propia declaración (lesiones, testimonio de una vecina); otros intrínsecos (reproducción extraprocesal de esas manifestaciones a personas próximas en momentos inmediatamente consecutivos al episodio).

Tendremos en cuenta para manejar con especial holgura los condicionantes casacionales de una fiscalización de la valoración probatoria que se trata de una causa que, por días, no se puede beneficiar del sistema de previa apelación implantado en 2015: así venía haciendo esta Sala habitualmente para paliar el déficit de nuestro sistema procesal penal que no reconocía con plenitud la doble instancia en los delitos graves. Ahora bien, anunciamos ya que la inicial pretensión del recurrente no puede ser acogida ni siquiera si nos situásemos idealmente en el escenario de una apelación.

### **Tercero.**

Recordemos de la mano de las SSTS 584/2014, de 17 de junio y 217/2018, de 8 de mayo la capacidad de una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, para desactivar la presunción de inocencia.

El viejo axioma *testis unus testis nullus* -se dice en tales precedentes- fue erradicado del moderno proceso penal. Esa constatación, empero, no puede desembocar ni en la disminución del rigor con que debe examinarse la prueba, ni en una debilitación del *in dubio*. La palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Pero junto a ello la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego. Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

Con ese marco enlaza bien el triple test -del que se hace eco la elaborada, exhaustiva y metódica sentencia- que se viene estableciendo por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del testigo/víctima -persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad ajenos a la propia acción delictiva-. No se trata de perfilar presupuestos de validez o de utilizabilidad, sino de apuntar orientaciones para guiar la labor valorativa de ese tipo de prueba. Esas tres referencias, basadas en máximas de experiencia, ayudan a acertar en la decisión. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, en la otra

cara, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

Ni lo uno ni lo otro. Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que haya sido persistente, cuente con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se haya identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable que una condena levante su convicción basilarmente en la declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique por qué, pese a ellos, no tiene dudas de la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es totalmente insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

#### **Cuarto.**

La lectura de la motivación fáctica de la sentencia que comprende tanto una descripción del resultado probatorio arrojado por cada fuente de prueba, como un análisis crítico y reflexivo de ese material, debiera ser suficiente para desmontar la argumentación impugnativa. Las declaraciones de la víctima, en las que no cabe detectar ni imaginar una motivación diferente a la de exponer lo realmente acaecido (¿por qué habría de mentir?; ¿qué tortuoso proceso mental podría haberle llevado a imaginar, hasta el punto de contarlo como real, lo que relata?), no solo gozan de credibilidad intrínseca, sino que además se ven corroboradas por (i) las lesiones físicas objetivadas médicamente (que no tuviese marcas en las muñecas es compatible con haber sido sujeta por ellas como demuestra la experiencia); (ii) las declaraciones de la vecina que son totalmente coherentes con la narrativa de aquélla (que la testigo no advirtiese que su presencia permitió a la víctima desasirse y abortar la agresión iniciada, tampoco lleva a deducir que no fuese así: es plausible que no se percatase de esa incidencia que con toda lógica pudo producirse sin que ella reparase en ello, por haber pasado ya o por desarrollarse de una forma solo perceptible para quienes eran protagonistas directos de la situación); así como (iii) por el estado de ansiedad que se derivó de los hechos y la descripción por parte de su padre tanto de ese estado anímico como de lo que le contó.

No se detectan las contradicciones que el recurrente quiere descubrir.

Ese conjunto de elementos entrelazados y contemplados conjuntamente -no desagregados como hace el recurso en una estrategia tan legítima como imposible de compartir- conduce a una única hipótesis verosímil: la que acoge la sentencia. Efectivamente la situación de ansiedad pudo deberse a otras causas. La contractura en el cuello también pudo obedecer a otra génesis. La vecina no ha identificado al acusado como la persona que abrazaba a la víctima (aunque él no lo niega). La víctima ha podido inventarse -no se sabe por qué- la historia, ocultando la causa real de la contractura y de la ansiedad -o, incluso, ha podido simular ésta-. Lo presenciado por la vecina podría referirse a una persona distinta. Etc, etc... Son todas posibilidades que en abstracto pueden imaginarse. Pero, en concreto, son descartables ¿Es todo eso racional? En cualquier hipótesis distinta a la inculpatoria que pretenda dar explicación a ese cuadro es imposible descubrir una sola micra de verosimilitud. No hay espacio para la duda que, por otra parte, debiera surgir en el Tribunal de instancia y no en el de casación que no ha presenciado directamente la prueba.

Han de desestimarse los motivos primero, segundo y duodécimo.

#### **Quinto.**

Los motivos tercero a sexto giran en torno a la no apreciada atenuante de reparación del daño ( art. 21.5 CP). El sexto se limita a extraer las consecuencias penológicas que se derivarían de acoger esta pretensión. No tiene contenido propio; cuelga de los anteriores. De estimarse, concurrirían dos atenuantes lo que obligará a rebajar la pena uno o dos grados ( art. 66 CP). Si no se acogen los anteriores el motivo resultará inviable por faltar un presupuesto.

La atenuante se quiere fundar en la consignación en el Tribunal por parte del recurrente el 19 de septiembre de 2018 de la cantidad de 2.150 euros que era el monto de la indemnización reclamada por el Fiscal en su escrito de acusación fechado el 2 de abril anterior.

La Sala rechaza la atenuante por considerar que era " más simbólica que efectiva" lo que deduce de la cuantía que no sobrepasa en nada la petición del Fiscal; y teniendo en cuenta " la disponibilidad económica del acusado que es pensionista y tiene asignado procurador y abogado particulares".

Con ello se sugiere indebidamente que para la atenuante debiera exigirse una cuantía superior en cuanto habría que ponderar no solo al daño causado, sino también las posibilidades económicas del acusado.

No falta cierta razón al planteamiento cuando nos encontramos ante daños morales, como en este caso, en que cualquier traducción en euros será puramente aproximativa. Eso hace más fácil reconocer la atenuación cuando en la cuantificación el infractor muestra cierta generosidad, no quedándose en las cotas mínimas. Cuando son daños no puramente económicos sino personales la indemnización es solo un subrogado, una compensación que nunca

podrá reparar en su integridad. Por eso la jurisprudencia ha llegado a insinuar que difícilmente podrá apreciarse una cualificación ( ATS 162/2019, de 24 de enero).

En la medida en que es dato muy relevante enfatizado por la jurisprudencia el esfuerzo mostrado, la capacidad económica del infractor también es dato a valorar. A mayor capacidad económica, menor será el esfuerzo. Pero eso no puede llevar al punto de exigir indemnizaciones basadas no en el daño causado, sino en el poder adquisitivo del infractor.

Es también trascendente el momento de la reparación. No es lo mismo una indemnización inmediata o casi inmediata, que la realizada en los tramos finales del proceso, máxime si la capacidad patrimonial evidencia que el retraso no obedece a dificultades económicas, sino al puro interés personal, que se pone por encima del desideratum de que la víctima se vea cuanto antes reparada. No es excusa del todo asumible que se careciese de una referencia oficial hasta la calificación del Fiscal. Siempre se puede indemnizar en una cuantía razonable a expensas y con protesta de ajustarla finalmente cuando quede judicialmente concretada.

En cualquier caso en el escenario dibujado no puede decirse que la reparación sea simbólica. Es la indemnización que ha establecido el Tribunal. Por tanto hay que presumir que es efectiva. Decir que la cuantía es simbólica, es tanto como decir que la tutela dispensada por el Tribunal ha sido también meramente simbólica.

Quizás se quiere expresar más bien que esa consignación dineraria obedece a una estrategia procesal y no a un real afán de satisfacer a la víctima: solo se emprende esa iniciativa, con notable retraso, cuando se conoce la acusación del Fiscal y se comprueba que el procedimiento, después de tres años, sigue avanzando.

Pero las motivaciones de quien repara, aún pudiendo evaluarse para conferir a la atenuante mayor o menor intensidad, no le privan de eficacia. Desde el punto de vista moral hay móviles más valiosos (repulsa de la propia acción seguida del deseo de compensar a la víctima), que otros (interés egoísta de atemperar lo máximo posible la sanción). Pero desde que el legislador prescindió de cualquier referencia al tipo de móviles o al arrepentimiento, persiguiendo prioritariamente y sobre todo que la víctima sea reparada lo antes posible, es indiferente cuál sea la intención última del infractor al abonar anticipadamente la indemnización. La atenuante procede si hay reparación (aunque se deba al propósito exclusivo de beneficiarse de la rebaja de pena y cristalice, por ello, en el último momento -en las puertas de la Sala del Tribunal-, y cuando ya quizás se percibe la condena como inminente).

El legislador solo establece un condicionante cronológico: ha de hacerse antes de la celebración del juicio. Un doble sentido justifica ese límite temporal. Por una parte, porque, si no fuese así, no podría apreciarse en la sentencia ni ser objeto de prueba en el plenario. Por otra, porque solo de esa forma se logra beneficiar a la víctima realmente, como regla general. Después, bastará con ejecutar la sentencia (dejando ahora a un lado los supuestos de dificultades en la ejecución).

"El elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, -señala la jurisprudencia- radica en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal". "Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad ( SSTS 285/2003, de 28 de febrero; 774/2005, de 2 de junio; y 128/2010, de 17 de febrero)".

No obstante, aunque en su componente subjetivo, queda desprovista la atenuante de toda exigencia de arrepentimiento e incluso de reconocimiento de hecho, esta perspectiva subjetiva no desaparece en su enunciado normativo: "haber procedido el culpable" o como indica la jurisprudencia, contempla una conducta "personal del culpable" ( STS 1006/2006); y en su consecuencia en orden a determinar su relevancia para acceder a la atenuación y dentro de esta a la cualificación, si bien se atiende fundamentalmente a la objetividad del importe económico en relación con el perjuicio total ocasionado, también se ponderan las circunstancias (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima (cifr. STS 125/2018, de 15 de marzo); y por último, la acción nuclear es "reparar", es decir, remediar un daño o desagraviar una ofensa ( STS 693/2019, de 29 de abril).

El elemento nuclear se da aquí: se ha indemnizado a la víctima. O, por lo menos, el acusado ha realizado las actuaciones que le incumbían para que la víctima fuese indemnizada antes del juicio en cuantía que, pudiendo ser mayor, era la estimada como adecuada por la acusación pública.

No aparece eso en el hecho probado; pero está reconocido en la sentencia (fundamentación jurídica). Además, al tratarse de hechos intraprocesales, podemos valorar en casación, la objetividad de las actuaciones probatorias sin necesidad de acudir al art. 849.2º, como intenta el recurrente en uno de los motivos (por todas STS 262/2020, de 29 de mayo). Recordemos que en lo que es beneficioso para el acusado los hechos probados pueden ser integrados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación jurídica.

**Sexto.**

Discute el Ministerio Fiscal tanto el elemento cronológico, como, implícitamente, que se trate de una auténtica reparación. Ese debate, aunque no aflora en la sentencia, es anticipado por el recurrente que en su argumentario, insiste en que la consignación se efectuó con propósito exteriorizado de entrega inmediata a la víctima y no simplemente para atender a la previa fijación de una fianza.

La consulta de los autos (así como de los documentos extraídos de ellos que el recurrente incorpora a su recurso) permite constatar que junto al escrito de 19 de septiembre se presentó el justificante del ingreso en la cuenta del Juzgado y, *expresis verbis*, se solicita que esa cantidad "sea entregada" a la víctima. Ante ello en fecha 26 de septiembre la Sala, a instancia del Fiscal, requirió a la defensa para que indicase si esa consignación tenía por finalidad reparar el daño o garantizar eventuales futuras indemnizaciones. El 28 de septiembre se presentó escrito (aunque no aparezca unido a los autos, su examen detenido revela que fue presentado por *lexnet* en fecha anterior al juicio) en el que se expresa claramente el destino de la consignación: abono a la víctima: "se hacía el ingreso para entrega a la supuesta víctima como reparación del daño solicitado por el Ministerio Fiscal ... de forma inmediata, evidentemente, antes de la celebración del juicio".

Se impone aquí recordar algo que aparece en muchos precedentes de esta Sala (STS 455/2006, de 6 de abril) y que obliga a discriminar entre lo que es una reparación, y lo que es atender a un obligado requerimiento judicial para garantizar las posibles responsabilidades pecuniarias que pueden derivarse de un proceso mediante una fianza, que, de no prestarse, dará lugar a obligados embargos; fianza que además ha de cuantificarse en un tercio más de las posibles responsabilidades pecuniarias ( art. 589 LECrim). Como se hizo aquí en que se fijó una fianza de 4.000 euros.

Aunque a veces la situación pueda ser ambivalente o confusa, sería un sinsentido negar la atenuación a quien atiende ese requerimiento formal del Juzgado y presta su fianza puntualmente; y concedérsela a quien hace caso omiso del mandato judicial, elude prestar la fianza, y luego, más tarde, consigna una cantidad inferior a la fianza. La distinción a veces no es fácil. Por eso se entiende la aclaración que solicitó la Sala de instancia al acusado, promovida por el Fiscal. Solo habrá posibilidad de atenuante si la consignación se efectúa efectivamente para pago incondicional a la víctima, sea cual sea el resultado del juicio, y no si es un mero sucedáneo de la fianza obligada. Aquí quedó eso suficientemente claro.

Dice a este respecto la reciente STS 187/2020, de 20 de mayo:

"Solicita el recurrente que se aprecie la atenuante de reparación del daño aplicada sobre la fianza que el mismo depositó en la pieza de responsabilidad civil, suficiente para cubrir la indemnización que se le impuso para la reparación de los daños morales.

La actual configuración de la atenuante de reparación del daño se ha objetivado, sin exigir que se evidencie reconocimiento de culpa, aflicción o arrepentimiento. Se trata de una atenuante *ex post facto*, cuyo fundamento no deriva en una menor culpabilidad del autor, sino de razones de política criminal orientadas a dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Pero lo que resulta inequívoco es que el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal empleado por el legislador excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio.

La oferta para reparar de los bienes que el penado tenía embargados en la pieza de responsabilidad civil fue considerada como insuficiente en cualquier medida para atenuar la pena en las SSTS 529/ 2006 o 229/2017 ambas de 3 abril; y la reciente STS 126/2020 de 6 de abril rechazó expresamente la posibilidad de que se aplicara la atenuante sobre la fianza constituida para garantizar responsabilidades civiles. Señaló esta última sentencia, con reproducción de lo en su día afirmado por las SSTS 754/2018 y 757/2018 de 12 de marzo y 2 de abril de 2019, respectivamente, "...cuando la actuación económica consiste en consignar una cantidad dineraria antes del juicio, no con la pretensión de reparar incondicional e irrevocablemente los perjuicios causados, sino dando seguimiento a un previo auto de prestación de fianza, garantizándose así que pueda hacerse pago al perjudicado en la

eventualidad procesal de que, terminado el juicio, se declare una responsabilidad civil de la que el consignante discrepa y que no admite, no nos encontramos con la actuación configuradora de la circunstancia atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del Código Penal, sino con una consignación en garantía de las eventuales responsabilidades civiles que puedan llegar a dictarse. En tal coyuntura, la actuación procesal se limita a dar cumplimiento a la previsión de los artículos 589 y 591 de la LECRIM, que establecen que cualquier fianza monetaria podrá constituirse en dinero en efectivo, eludiéndose el embargo subsidiario contemplado en el artículo 597 de la LECRIM, así como la propia previsión subsidiaria del artículo 738.2 en relación con el artículo 585 de la LEC, que permite eludir y suspender el embargo consignando la cantidad por la que este se hubiera despachado".

En aplicación de tal doctrina la pretensión del recurrente, que ni siquiera por vía alternativa fue introducida en la instancia, no puede prosperar".

Nos encontramos aquí con su supuesto sustancialmente diferente al contemplado en el precedente que se acaba de invocar: se ha depositado antes del juicio oral la cantidad reclamada como indemnización. Y consta plasmada con anterioridad al plenario la voluntad de que ese dinero fuese destinado a la víctima con independencia de cualquier circunstancia y de forma inmediata ( SSTS 138/2010, de 2 de marzo, 1517/2003, de 18 de noviembre, 768/2004, de 18 de junio, ó 1469/2004, de 15 de diciembre: la consignación solutoria puede constituir la base de la atenuante). En todo caso, las eventuales dudas, salvo que fuesen fruto de una deliberada y estratégica ambigüedad buscada de propósito, habrían de resolverse en favor del reo.

Tampoco tendría sentido regatear la atenuante al acusado. Cuando la apreciación sin duda alguna, si en los momentos anteriores al juicio, a través del letrado, hubiese entregado un cheque a la víctima por ese mismo importe por mediación del Tribunal o directamente.

Por tanto ha de estimarse en este particular el recurso dictándose segunda sentencia.

Otra cosa es que no sea procedente la supresión que se pide en cuanto a la indemnización acordada en sentencia. Una cuestión es que el recurrente la haya consignado y otra distinta es la extinción final de la obligación que no se producirá hasta que sea entregada a la víctima la cantidad consignada. En cualquier caso la cuestión es baladí.

#### **Séptimo.**

La estimación parcial del recurso debe llevar a la declaración de oficio de las costas procesales ( art. 901 LECrim).

### **FALLO**

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

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por Anibal contra Sentencia de fecha 16 de octubre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra el recurrente como responsable de un delito de agresión sexual; por estimación de los motivos tercero, cuarto y quinto de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia

2.- Declarar de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet Susana Polo García

RECURSO CASACION NÚM.: 147/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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 Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

En Madrid, a 23 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION003 (Madrid), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Segunda), y que fue seguida por un delito de agresión sexual contra Anibal en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Único.**

Se dan por reproducidos los hechos probados y antecedentes de la sentencia de instancia, aunque añadiendo en el hecho probado la siguiente aseveración:

El acusado en fecha 19 de septiembre de 2018 consignó la cantidad de 2.150 euros, que era la indemnización solicitada por el Fiscal para la víctima, con intención de que se pusiese de inmediato a su disposición.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Único.**

En virtud de las razones expuestas en la sentencia de casación procede la apreciación de la atenuante de reparación del art. 21.5 CP. La concurrencia de dos atenuantes obliga a rebajar la pena al menos un grado. A la atenuante de reparación ha de concedérsele una eficacia mínima: el pago ha sido en la cuantía estrictamente establecida, y en los momentos últimos hábiles para que tuviese relevancia atenuatoria. Eso conduce a considerar improcedente un descenso que vaya más lejos de una única degradación, lo que nos sitúa en un arco penológico comprendido entre dos años y seis meses y cinco años menos un día.

El Tribunal de instancia impuso el mínimo posible según su calificación (5 años). Seguramente tuvo en cuenta no solo la otra atenuante -dilaciones indebidas- sino también la edad de la víctima lindante con la que carecería de trascendencia agravatoria por esa razón (15 años); así como el carácter menos invasivo de la agresión sexual (besos, abrazo, tocamientos por encima de la ropa) aunque sea por haber sido abortado en sus inicios; o la menor entidad de la violencia. Conjugando esas consideraciones con las circunstancias temporales (muy tardía) y materiales de la reparación (no acompañada de una aceptación de los hechos y petición de perdón), estimamos apropiada la duración de TRES AÑOS de prisión.

### **FALLO**

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

Sustituir la pena de CINCO AÑOS de prisión impuesta en la sentencia de instancia por la de TRES AÑOS de prisión; manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia en cuanto sean compatibles con ésta y en especial lo relativo a la accesoria establecida, y en la medida de libertad vigilada posterior.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet Susana Polo García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.