

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065529

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 454/2021, de 27 de mayo de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10238/2020

SUMARIO:**Delito de agresión sexual y abuso sexual. Diferencias y concepto de penetración.**

Condena por delito de agresión sexual del art. 179 CP. Determinación de la existencia de penetración en cuanto a la forma de acceso a la zona sexual femenina determinante de la existencia de violación. Tesis de la "horizontalidad".

El TSJ ha actuado apreciando de forma irracional la valoración de la prueba llevada a cabo por quien tiene la inmediación de la práctica de la prueba, que lo era el Tribunal de instancia, que fue quien en su sentencia recoge la conclusividad respecto a que se produce la introducción de los dedos en la vagina.

El quid de la cuestión sería ¿hasta dónde debe producirse la introducción para ser considerada penetración?. Pues ante el contacto de acceso a la zona interna vaginal por leve que este sea, ya que no se puede exigir un "acceso total", bastando el acceso a la zona interna sexual femenina. No se exige, por ello, en el tipo penal una penetración absoluta ni la jurisprudencia exige una penetración total, sino que en el caso de que sea parcial existe agresión sexual del art. 179 CP por violación, y no la vía del art. 178 CP.

Y, así, debe entenderse por "horizontalidad" la zona superficial referida al mero tocamiento externo, suponiendo la superación de la barrera de la horizontalidad, por leve que sea ese acceso o contacto, una penetración. No se puede exigir, por ello, ni más ni menos, sino el "acceso suficiente" para entender que ya se irrumpe en la zona sexual de la mujer por leve que sea el contacto o acceso. En estos casos ya habría introducción, porque en ningún supuesto se ha exigido un acceso total para que exista violación."

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 178 y 179.

PONENTE:*Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE
Don VICENTE MAGRO SERVET

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 454/2021

Fecha de sentencia: 27/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10238/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10238/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 454/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la Acusación Particular Dña. Africa y del acusado D. Abelardo, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 29 de abril de 2020, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación del citado acusado contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 27 de enero de 2020, condenándole como autor de un delito de agresión sexual previsto en el artículo 178 del C. Penal, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y estando dicha Acusación Particular Dña. Africa, representada por la Procuradora Dña. M^a Dolores Girón Arjonilla y bajo la dirección Letrada de D. Mabel Opazo Riveros y el acusado Abelardo representado por la Procuradora Dña. Susana Escudero Gómez y bajo la dirección Letrada de D. Félix Pancorbo Negueruela.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza instruyó sumario ordinario con el nº 846 de 2019 contra Abelardo, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que con fecha 27 de enero de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se considera probado que, el acusado Abelardo, mayor de edad, y sin antecedentes penales, sobre las 20,50 horas del día 9 de febrero de 2019, guiado con un evidente propósito libidinoso, abordó a su vecina Africa, en la localidad Zaragozana de la Puebla de Alfindén, cuando bajaba del autobús procedente de Zaragoza, insistiéndole en que se fumara con él un cigarrillo, preguntándole si había visitado a la "piltrafa" de su marido, que se encontraba

hospitalizado en Zaragoza, acompañándole hasta la puerta de su casa, sita en CALLE000 n° NUM000 de dicha localidad, diciéndole que la iba ayudar a abrir el portón de la cochera de la misma, y con esa excusa, le propinó un fuerte empujón, introduciéndola en el interior de la cochera, al mismo tiempo que el acusado también entraba, no pudiendo huir la víctima ya que aquél cerró el portón tras de sí, atrapando la mano de Africa. A continuación el acusado empujándola, la tiró sobre unas cajas almacenadas a la entrada del inmueble, tapándole la boca para que no se oyeran los gritos que ella daba, estando tirada en el suelo, durante una hora y media, mientras le efectuaba tocamientos de forma violenta, así, mientras le decía que estaba enamorado de ella, le propinó varias bofetadas, besos, pellizcándole y retorciéndole los pechos, masculando que "tenía las tetas duras", causándole dolor, intentando bajarle los pantalones, presionándole las ingles y la zona genital, introduciéndole un dedo en el interior de la vagina. El acusado no llegó a penetrarla con el pene, al no conseguir una erección, bajándose los pantalones, y los calzoncillos, obligando a la víctima a que le tocara su miembro viril, para ver si de esa forma conseguía la erección. Posteriormente aprovechando un descuido, Africa consiguió salir a la calle abriendo el portón, quedándose fuera, hasta que el acusado salió de la casa, mientras ella gritaba, pero no había nadie. Cuando se fue el acusado le dijo: "Vigila lo que dices, que en este pueblo vive mi mujer y mi hija, y sino te mato". Africa entró en su casa, cerró todas las puertas con llave y se quedó toda la noche sentada en el sofá, esperando a que fueran las 9 de la mañana, para ir al Hospital, y después a poner la denuncia, hablando previamente con uno de sus tres hijos que es guardia civil. Africa sufrió lesiones equimóticas múltiples consistentes en excoriación de 3 mm situada en la cara dorsal de la falange media del 2º dedo de la mano derecha, equimosis de tipo digitiforme situado en la cara externa del tercio distal del brazo izquierdo, zona equimótica de unos 6 cm de diámetro situada en la zona derecha, cara anterior de la mama izquierda, y otra de menor tamaño en la parte supero-externa de la misma, equimosis de unos 5 cm de diámetro situada en la parte anterior de la mama derecha, tres zonas equimóticas próximas entre sí, de unos 2 cm de diámetro, aproximadamente, prácticamente alineadas, situadas en la cara interna del tercio proximal y medio del muslo derecho, equimosis de unos 3x2 cm situada en la cara interna del muslo izquierdo, y excoriaciones de unos 2 cm de longitud de diámetro mayor situada en la región frontal izquierda, zona supraciliar externa. Asimismo respecto a la exploración del área genital, presenta escoriaciones en el introvaginal y en la parte interna de los labios menores. Dichas lesiones debieron tardar en curar 7 días no impositivos, y sin secuelas. Como conclusiones médico-legales efectuadas por los médicos forenses, consta la presencia de lesiones en la zona genital que pudieron haberse producido con las manos del agresor, y presencia de lesiones extragenitales que debieron curar en 7 días. Posteriormente, el día 21 de enero de 2020, víspera de la celebración de la vista oral, el acusado consignó, en la cuenta de depósitos y consignaciones del Banco de Santander la cantidad de 6.210 euros, por daños morales y lesiones, que pedía el Ministerio Fiscal como indemnización civil".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"CONDENAMOS al acusado Abelardo, en concepto de autor de un delito de violación tipificado en el artículo 179 del código con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación del daño del nº 5 artículo 21 del código penal, a las penas de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, más la medida de SIETE AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en la prohibición de aproximación a la víctima Africa, a una distancia inferior a 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, de conformidad con el artículo 192 del Código Penal, más costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar civilmente en concepto de daños morales y lesiones a Africa, en la cantidad de 6.210 euros, mas intereses legales del artículo 576 de la L.E.C. Que se le abone al acusado Abelardo, todo el tiempo de prisión provisional sufrida desde el día 11/2/2019. Notifíquese la presente sentencia a las partes y al perjudicado/víctima, aunque no se haya mostrado parte en la causa. Así por esta nuestra sentencia, contra la que puede interponerse recurso de apelación en esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dentro del plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

La anterior sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 27 de enero de 2020 fue recurrida ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que con fecha 29 de abril de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"1.- Que estimando como estimamos parcialmente el recurso interpuesto por el acusado y condenado Abelardo contra la sentencia dictada el día 27 de enero de 2020 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sumario Ordinario 846/2019, revocamos dicha sentencia, que dejamos sin efecto. 2.- En su lugar, condenamos al acusado Abelardo como autor del delito de agresión sexual previsto penado en el artículo 178 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de TRES AÑOS de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la

condena, así como a la medida de CINCO AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en la prohibición de acercarse a la víctima distancia inferior a 500 metros y de comunicación de cualquier índole y por cualquier medio con ella. 3.- Se declaran de oficio las costas causadas en la segunda instancia, imponiendo al acusado las causadas en primera instancia, con inclusión de las propias de la Acusación Particular. 4.- El condenado indemnizará a doña Africa en la suma de 6.210 euros más los intereses legales previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.- Se abonará al condenado el tiempo de prisión provisional por esta causa, acordada desde el 12 de febrero de 2019. 6.- Sin perjuicio de que pueda ser recurrida, remítase testimonio de la presente sentencia al órgano de procedencia para los efectos que puedan resultar respecto de la situación personal del condenado. Notifíquese la presente con indicación a las partes de que no es firme y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley, con especial advertencia de que el presente rollo de apelación no está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 13 de marzo de 2020, dictado en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y por ello los plazos procesales no se consideran suspendidos al tratarse de causa con preso preventivo".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de la Acusación Particular Dña. Africa y del acusado D. Abelardo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

I.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Dña. Africa, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de ley del art. 847.1.b y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consistente en inaplicación del art. 179 del Código Penal e incorrecta aplicación del art. 178 del mismo cuerpo legal.

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

Primero.

En base al artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de lo dispuesto en el artículo 66 CP en relación con el artículo 72 CP al haberse concedido una atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP y no haberse impuesto la pena mínima de 1 año de prisión prevista en el tipo al carecer de antecedentes penales el acusado.

Segundo.

En base al artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del Artículo 21.5 del C.P. por inaplicación de la atenuante de reparación del daño por no considerar la atenuante como muy cualificada.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su desestimación, dándose igualmente por instruidas las representaciones del acusado y de la Acusación Particular, solicitando, respectivamente, la inadmisión e impugnación de los recursos de contrario.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 26 de mayo de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso de casación los interpuestos por la representación de Africa y de Abelardo contra la sentencia dictada en apelación en 29 de abril de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que estimó parcialmente recurso contra la sentencia de 27 de enero de 2020, dictada por la Sección 3ª Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que se condenó al acusado por un delito de violación.

RECURSO DE Africa

Segundo.

MOTIVO ÚNICO.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim. por inaplicación del art. 179 CP y aplicación indebida del art. 178 CP.

Alega la recurrente que ha habido penetración de dedos en la vagina, pues ha habido introducción en el "introito" que forma parte interna, no externa de la vagina.

Resulta claro que la recurrente formula su motivo de impugnación por la vía del art. 849.1 LECRIM, pero la forma en la que está articulado su recurso nos permite reconstruir la "voluntad impugnativa" centrada en la vulneración de la tutela judicial efectiva que le supone a la misma la retirada por el TSJ en su sentencia de los hechos probados del párrafo que permitía la subsunción de los hechos probados en el tipo penal que fue objeto de condena, y que es el que ahora reclama la recurrente: el art. 179 CP, (delito de agresión sexual por introducción de miembros corporales por vía vaginal tipificado en el artículo 179 del código penal) en lugar del art. 178 CP por el que condena el TSJ en su sentencia.

Pues bien, los hechos probados de la sentencia de la Audiencia fijan lo siguiente:

Se considera probado que, el acusado Abelardo, mayor de edad, y sin antecedentes penales, sobre las 20,50 horas del día 9 de febrero de 2019, guiado con un evidente propósito libidinoso, abordó a su vecina Africa, en la localidad Zaragozana de la Puebla de Alfindén, cuando bajaba del autobús procedente de Zaragoza, insistiéndole en que se fumara con el un cigarrillo, preguntándole si había visitado a la "piltrafa" de su marido, que se encontraba hospitalizado en Zaragoza, acompañándole hasta la puerta de su casa, sita en CALLE000 nº NUM000 de dicha localidad, diciéndole que la iba ayudar a abrir el portón de la cochera de la misma, y con esa excusa, le propinó un fuerte empujón, introduciéndola en el interior de la cochera, al mismo tiempo que el acusado también entraba, no pudiendo huir la víctima ya que aquel cerró el portón tras de sí, atrapando la mano de Africa.

A continuación el acusado empujándola, la tiró sobre unas cajas almacenadas a la entrada del inmueble, tapándole la boca para que no se oyeran los gritos que ella daba, estando tirada en el suelo, durante una hora y media, mientras le efectuaba tocamientos de forma violenta, así, mientras le decía que estaba enamorado de ella, le propinó varias bofetadas, besos, pellizcándole y retorciéndole los pechos, mascullando que "tenía las tetas duras", causándole dolor, intentando bajarle los pantalones, presionándole las ingles y la zona genital, introduciéndole un dedo en el interior de la vagina.

El acusado no llegó a penetrarla con el pene, al no conseguir una erección, bajándose los pantalones, y los calzoncillos, obligando a la víctima a que le tocara su miembro viril, para ver si de esa forma conseguía la erección.

Posteriormente aprovechando un descuido, Africa consiguió salir a la calle abriendo el portón, quedándose fuera, hasta que el acusado salió de la casa, mientras ella gritaba, pero no había nadie.

Cuando se fue el acusado le dijo: "Vigila lo que dices, que en este pueblo vive mi mujer y mi hija, y sino te mato".

Africa entró en su casa, cerró todas las puertas con llave y se quedó toda la noche sentada en el sofá, esperando a que fueran las 9 de la mañana, para ir al Hospital, y después a poner la denuncia, hablando previamente con uno de sus tres hijos que es guardia civil.

Africa sufrió lesiones equimóticas múltiples consistentes en excoriación de 3 mm situada en la cara dorsal de la falange media del 2º dedo de la mano derecha, equimosis de tipo digitiforme situado en la cara externa del tercio distal del brazo izquierdo, zona equimótica de unos 6 cm de diámetro situada en la zona derecha, cara anterior de la mama izquierda, y otra de menor tamaño en la parte supero-externa de la misma, equimosis de unos 5 cm de diámetro situada en la parte anterior de la mama derecha, tres zonas equimóticas próximas entre si, de unos 2 cm de diámetro, aproximadamente, prácticamente alineadas, situadas en la cara interna del tercio proximal y medio del muslo derecho, equimosis de unos 3x2 cm situada en la cara interna del muslo izquierdo, y excoriaciones de unos 2 cm de longitud de diámetro mayor situada en la región frontal izquierda, zona supraciliar externa.

Asimismo respecto a la exploración del área genital, presenta escoriaciones en el introvaginal y en la parte interna de los labios menores.

Dichas lesiones debieron tardar en curar 7 días no impeditivos, y sin secuelas.

Como conclusiones médico-legales efectuadas por lbs médicos forenses, consta la presencia de lesiones en la zona genital que pudieron haberse producido con las manos del agresor, y presencia de lesiones extragenitales que debieron curar en 7 días.

Posteriormente, el día 21 de enero de 2020, víspera de la celebración de la vista oral, el acusado consignó, en la cuenta de depósitos y consignaciones del Banco de Santander la cantidad de 6.210 euros, por daños morales y lesiones, que pedía el Ministerio Fiscal como indemnización civil.

El TSJ redacta el hecho probado señalando que Se aceptan los hechos probados recogidos en la sentencia recurrida, salvo la mención efectuada al final de su segundo párrafo "introduciéndole un dedo en el interior de la vagina", que se tiene por no puesta.

Sin embargo, se debe entender que el TSJ ha actuado apreciando de forma irracional la valoración de la prueba llevada a cabo por quien tiene la intermediación de la práctica de la prueba, que lo era el Tribunal de instancia, que fue quien en su sentencia recoge la conclusividad respecto a que se produce la introducción de los dedos en la vagina. Y ello lo obtiene de la propia declaración de la víctima y del informe pericial que concluye que respecto a la exploración del área genital, presenta excoriaciones en el introvaginal y en la parte interna de los labios menores.

Se añade en la sentencia de instancia que Como conclusiones medico-legales efectuadas por los médicos forenses, consta la presencia de lesiones en la zona genital que pudieron haberse producido con las manos del agresor, y presencia de lesiones extragenitales que debieron curar en 7 días, añadiendo que las escoriaciones genitales pudieron haberse causado con las uñas de los dedos, que había equimosis en los muslos, y lesiones en el dedo y en las dos mamas muy visibles.

Distingue, con ello, lo que se refiere a lo que son "lesiones extragenitales" y "lesiones genitales" que son las que le llevan a concluir que hubo "introducción de dedos en la vagina" determinante de la violación ex art. 179 CP al producirse en el introito vaginal.

Hay que decir que el TSJ ha suprimido de los hechos probados la frase antes expuesta, pero se mantiene en los hechos probados la relativa a que respecto a la exploración del área genital, presenta escoriaciones en el introvaginal y en la parte interna de los labios menores.

Y aquí está la clave de la posibilidad de la Sala de apelar a la voluntad impugnativa admitida jurisprudencialmente (entre otras Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017), por cuanto la recurrente lo que cuestiona en esencia es el proceso de valoración de la prueba seguido por el TSJ al realizar en exceso una revisión de la efectuada por el Tribunal de instancia ante el que se practicó la prueba, y la conclusividad de esta Sala sobre la irracionalidad en la actuación del TSJ en la sentencia al reducir la violación del art. 179 CP a la vía del art. 178 CP.

Razón tiene la recurrente cuanto cita que la referencia al introito vulvar debe referirse al introito vaginal, ya que el hecho probado que, incluso, se mantiene tras la modificación por el TSJ refleja que presenta escoriaciones en el introvaginal, lo que debe llevar a entender que es ya en la parte interna, no la externa, lo que debe concluir que hubo la penetración determinante de la violación del art. 179 CP.

Por ello, es preciso indicar que, incluso, por la vía del art. 849.1 LECRIM y por el art. 852 LECRIM, en cuanto a la irracionalidad en la valoración de la prueba por el TSJ, tiene cabida la estimación del recurso de la recurrente para regresar a la sentencia de la Audiencia Provincial y fijar que la condena lo es por el art. 179 CP, y no por el art. 178 CP por el que condenó el TSJ.

El TSJ sostiene, también, que "el acusado no llegó a acceder a la vagina, y que su agresión no consiguió llegar más allá de la zona vulvar y del introito", pero no es eso lo que se refleja en los hechos probados no modificados ya expuesto antes. Y es ello lo que lleva al error del TSJ a entender que la zona de agresión sexual es externa, cuando es interna.

Esta cuestión debe entenderse, en consecuencia, en un plano de "horizontalidad" de la zona sexual femenina, entendiéndose que la mecánica descrita en los hechos probados obtenida por la declaración de la víctima y la prueba pericial es determinante de que el elemento constitutivo de la agresión sexual ex art. 179 CP lo es por constar la introducción de dedos en la vagina, entendiéndose por tal el introvaginal y en la parte interna de los labios menores.

Y la pregunta en estos casos la pone de manifiesto la propia recurrente, a saber: "Aquí es donde está el quid de la cuestión. ¿Hasta dónde debe producirse la introducción para ser considerada penetración?."

Pues ante el contacto de acceso a la zona interna vaginal por leve que este sea, ya que no se puede exigir un "acceso total", bastando el acceso a la zona interna sexual femenina.

No se exige, por ello, en el tipo penal una penetración absoluta ni la jurisprudencia exige una penetración total, sino que en el caso de que sea parcial existe agresión sexual del art. 179 CP por violación, y no la vía del art. 178 CP.

Así, todo lo que sea un exceso, por leve o breve que sea, de superación de la "horizontalidad" en la zona sexual femenina supone la existencia de agresión sexual por violación del art. 179 CP y no del art. 178 CP por considerar que hubo penetración, sin poder exigirse que sea un acceso total y absoluto, ya que la violación concurre aunque el acceso sea leve o breve. Y en este caso consta en los hechos probados mantenidos que el acceso existió por la zona declarada probada.

Y, así, debe entenderse por "horizontalidad" la zona superficial referida al mero tocamiento externo, suponiendo la superación de la barrera de la horizontalidad, por leve que sea ese acceso o contacto, una penetración. No se puede exigir, por ello, ni más ni menos, sino el "acceso suficiente" para entender que ya se

irrumpe en la zona sexual de la mujer por leve que sea el contacto o acceso. En estos casos ya habría introducción, porque en ningún supuesto se ha exigido un acceso total para que exista violación.

Por otro lado, el TSJ excluye con conclusión irracional el párrafo antes citado de que no hubo introducción del dedo en la vagina, cuando las lesiones eran internas y la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia sí que era racional en cuanto a la zona descrita de las lesiones en el resultando de los hechos probados extraídos de la prueba pericial.

Por ello, el añadido del TSJ al suprimir de los hechos probados es más valorativo que fáctico y ello atrae la voluntad impugnativa de la recurrente. Y, así, como señala en su recurso, "no se trata más que de un error de apreciación por parte del Tribunal, ya que los propios médicos forenses, denominando el lugar de las excoriaciones como introito vaginal, hicieron referencia a la propia vagina como parte genital interna de la mujer, y no externa. Existiendo, por tanto, penetración de dicho aparato genital interno, por lo que debió respetarse la calificación penal realizada por la Audiencia Provincial de Zaragoza".

En este recurso se cuestiona la conclusividad valorativa del TSJ, y ello arrastra su voluntad de impugnar el proceso de valoración que de forma irracional construye la sentencia, entendiéndose que la penetración no existió cuando por la descripción forense de la anatomía femenina en donde se ubican las lesiones permanece y pertenece a la esfera ad intra de la zona sexual femenina.

Con ello, esta Sala está en desacuerdo con el proceso de subsunción de los hechos probados llevado a cabo por el TSJ por las razones indicadas y ello determina una discordancia con el juicio histórico llevado a cabo por el TSJ por un añadido de exclusión irracional, sustentado en un error que habilita a esta Sala a la estimación de la casación por el respeto de los hechos declarados probados, como se ha expuesto, y el apreciado error del TSJ en el añadido de exclusión de esa cita de los hechos probados que es contradictorio con el propio resultado de hechos probados subsistente en cualquier caso.

En efecto, es cierto que en la doctrina de esta Sala sobre el concepto de "introducción de los dedos en la vagina" se exige la existencia de esa introducción física, no apreciándose que ello concorra cuando se trate de la parte externa en la fricción o tocamiento, lo que excluye el concepto de "introducción" y que nos lleva a la figura de la penetración asimilada cuando se introducen los dedos en la vagina. Pero si este tocamiento no lo es de "introducción" en la vagina, sino que queda en la superficialidad del contacto, sin traspasar la "horizontalidad", se debe excluir. Pero no es este el caso, sino que hubo acto de acceso en exceso de la "horizontalidad" que se predica, y ese acceso se produce por la introducción de los dedos en la zona perteneciente a la parte interna del aparato sexual femenino por muy leve que sea esa introducción.

En consecuencia, ello determina el regreso a la sentencia de la Audiencia Provincial que le condenó como autor de un delito de violación tipificado en el artículo 179 del código penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación del daño del nº 5 artículo 21 del código penal, a las penas de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, más la medida de SIETE AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en la prohibición de aproximación a la víctima Africa, a una distancia inferior a 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, de conformidad con el artículo 192 del Código Penal, más costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar civilmente en concepto de daños morales y lesiones a Africa, en la cantidad de 6.210 euros, mas intereses legales del artículo 576 de la L.E.C

El motivo se estima.

RECURSO DE Abelardo

Tercero.

1.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim. por infracción del art. 66 en relación con el art. 72 del CP en relación con el art. 21.5CP.

Alega el recurrente que debió imponerse la pena mínima de un año.

Pero tras la estimación del recurso de la acusación particular el escenario penológico vuelve a la pena de siete años de prisión y a la motivación de la individualización judicial de la pena, a tenor del cual la AP señala en el FD nº 3º que:

"Oscilando la penalidad establecida para el delito de violación tipificado en el artículo 179 del Código Penal, entre 6 años y 12 años de prisión, aplicaremos la mitad inferior, y dentro de ellas una pena de 7 años de prisión, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el delincuente, y en la gravedad de los hechos.

Ha quedado acreditado que hubo fuerza física, violencia, no pudiendo impedir la perjudicada los hechos acaecidos; que duraron una hora y media, la mayor parte del tiempo estaba tirada en el suelo, ya que le impedía levantarse, y también intimidación aunque fuera sobrevenida, ya que cuando pudo ella huir y salir de la casa, cuando el acusado se fue le dijo: "Vigila lo que dices que en este pueblo vive mi mujer y mi hija, y sino te mato".

Asimismo se impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, de conformidad con el artículo 56 del Código Penal.

Procederá imponer asimismo la medida de siete años de libertad vigilada consistente en la prohibición de aproximación a la víctima en una distancia inferior a 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, de conformidad con el artículo 192 del Código Penal."

Debe entenderse que existe motivación suficiente dada la gravedad de los hechos y se estima por la Sala adecuada la penalidad en el arco inferior, pero en la fijación de siete años dada la gravedad de los hechos probados y el sufrimiento que tuvo que causarle a la víctima el desgarrador escenario que se vio obligada a vivir y la "maldad intrínseca" de la conducta del agresor sexual que se describe en los hechos probados y que le llevó a una victimización sexual como la declarada probada merecedora del reproche penal y la repercusión punitiva fijada.

Recordemos que los hechos probados de la AP fueron los siguientes:

"Se considera probado que, el acusado Abelardo, mayor de edad, y sin antecedentes penales, sobre las 20,50 horas del día 9 de febrero de 2019, guiado con un evidente propósito libidinoso, abordó a su vecina Africa, en la localidad Zaragozana de la Puebla de Alfindén, cuando bajaba del autobús procedente de Zaragoza, insistiéndole en que se fumara con el un cigarrillo, preguntándole si había visitado a la "piltrafa" de su marido, que se encontraba hospitalizado en Zaragoza, acompañándole hasta la puerta de su casa, sita en CALLE000 n° NUM000 de dicha localidad, diciéndole que la iba ayudar a abrir el portón de la cochera de la misma, y con esa excusa, le propinó un fuerte empujón, introduciéndola en el interior de la cochera, al mismo tiempo que el acusado también entraba, no pudiendo huir la víctima ya que aquel cerró el portón tras de sí, atrapando la mano de Africa.

A continuación el acusado empujándola, la tiró sobre unas cajas almacenadas a la entrada del inmueble, tapándole la boca para que no se oyeran los gritos que ella daba, estando tirada en el suelo, durante una hora y media, mientras le efectuaba tocamientos de forma violenta, así, mientras le decía que estaba enamorado de ella, le propinó varias bofetadas, besos, pellizcándole y retorciéndole los pechos, mascullando que "tenía las tetas duras", causándole dolor, intentando bajarle los pantalones, presionándole las ingles y la zona genital, introduciéndole un dedo en el interior de la vagina.

El acusado no llegó a penetrarla con el pene, al no conseguir una erección, bajándose los pantalones, y los calzoncillos, obligando a la víctima a que le tocara su miembro viril, para ver si de esa forma conseguía la erección.

Posteriormente aprovechando un descuido, Africa consiguió salir a la calle abriendo el portón, quedándose fuera, hasta que el acusado salió de la casa, mientras ella gritaba, pero no había nadie.

Cuando se fue el acusado le dijo: "Vigila lo que dices, que en este pueblo vive mi mujer y mi hija, y si no te mato".

Africa entró en su casa, cerró todas las puertas con llave y se quedó toda la noche sentada en el sofá, esperando a que fueran las 9 de la mañana, para ir al Hospital, y después a poner la denuncia, hablando previamente con uno de sus tres hijos que es guardia civil.

Africa sufrió lesiones equimóticas múltiples consistentes en excoriación de 3 mm situada en la cara dorsal de la falange media del 2º dedo de la mano derecha, equimosis de tipo digitiforme situado en la cara externa del tercio distal del brazo izquierdo, zona equimótica de unos 6 cm de diámetro situada en la zona derecha, cara anterior de la mama izquierda, y otra de menor tamaño en la parte supero-externa de la misma, equimosis de unos 5 cm de diámetro situada en la parte anterior de la mama derecha, tres zonas equimóticas próximas entre sí, de unos 2 cm de diámetro, aproximadamente, prácticamente alineadas, situadas en la cara interna del tercio proximal y medio del muslo derecho, equimosis de unos 3x2 cm situada en la cara interna del muslo izquierdo, y excoriaciones de unos 2 cm de longitud de diámetro mayor situada en la región frontal izquierda, zona supraciliar externa.

Asimismo respecto a la exploración del área genital, presenta escoriaciones en el introvaginal y en la parte interna de los labios menores.

Dichas lesiones debieron tardar en curar 7 días no impeditivos, y sin secuelas.

Como conclusiones medico-legales efectuadas por los médicos forenses, consta la presencia de lesiones en la zona genital que pudieron haberse producido con las manos del agresor, y presencia de lesiones extragenitales que debieron curar en 7 días.

Posteriormente, el día 21 de enero de 2020, víspera de la celebración de la vista oral, el acusado consignó, en la cuenta de depósitos y consignaciones del Banco de Santander la cantidad de 6.210 euros, por daños morales y lesiones, que pedía el Ministerio Fiscal como indemnización civil."

En este sentido, debemos recordar que la motivación de la individualización de la pena requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley para el delito.

El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular, de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las circunstancias que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad y, en su caso, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. Este control

no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

También hemos señalado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 919/2016 de 7 Dic. 2016, Rec. 428/2016 dos aspectos en relación a:

"1.- El grado de discrecionalidad

Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de la individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por la Ley. En el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal sentenciador "haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria" (STS 677/2013 de 24 de septiembre).

2.- La motivación en el mínimo legal.

No se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto - necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de Ley (SSTS 1169/2006 de 30 de noviembre; 809/2008 de 26 de noviembre; 854/2013 de 30 de octubre; 800/2015 de 17 de diciembre o 215/2016 de 23 de febrero)".

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 hacemos mención a:

En cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

En cuanto a las circunstancias personales del delincuente son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito.

Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer.

Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a una mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuridicidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuridicidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Como señala la doctrina más autorizada, el punto de partida de la individualización penal es la determinación de los fines de la pena, pues sólo arrancando de unos fines claramente definidos cabe pronunciarse sobre qué hechos sean de importancia para esa individualización en el caso concreto. Puede concluirse, así, que la pena es

un concepto complejo y que hay que considerar diversos fines penales. Las consideraciones precedentes permiten sostener en la actualidad que la individualización de la pena depende fundamentalmente y en primer término de la compensación de la culpabilidad, la pena se destina a retribuir la culpabilidad, entendida como justa retribución del injusto y la culpabilidad.

Recuerda, de igual modo, la doctrina que la jurisprudencia alemana formula de esta manera la teoría del margen de libertad: "No se puede determinar con precisión qué pena se corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad (Spielraum) limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede traspasar el límite máximo".

Ahora bien, dentro del arco de la pena puede fijar la que entienda ajustada al grado de culpabilidad, sin que tenga que imponerse a los partícipes la misma pena, sino que ésta puede ser graduada en atención a la mayor o menor relevancia de la acción de cada partícipe en los hechos.

Bajo esta tesis del margen de libertad, aunque con exigente motivación de la pena, incide la doctrina en que no se admite la tesis de quienes sostienen que a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exactamente determinada (Punktstrafe), por cuanto ello dependerá de las circunstancias de cada caso y de la motivación del grado de intervención en los hechos de cada uno de los intervinientes.

Insiste por ello la doctrina en que la culpabilidad es una magnitud básicamente mensurable, y, por ello, puede hablarse de más o menos culpabilidad, en cuanto un hecho puede ser susceptible de una mayor o menor reprochabilidad, aunque, como hemos expuesto antes, no es posible una cuantificación exacta de la culpabilidad, y los Tribunales deben plantearse la función de determinación de la gravedad de la culpabilidad en términos de conseguir un máximo de acercamiento, teniendo en cuenta los criterios que permitan valorar la gravedad del hecho, que en este caso se exponen de forma detallada en la sentencia.

Además, se añade que la gravedad de la culpabilidad dependerá en primer término de la gravedad del injusto, comprensiva tanto de la gravedad de la acción, como de la gravedad del resultado, teniendo en cuenta que el concepto de culpabilidad que se maneja no se limita, pues, a la culpabilidad en sentido estricto, sino que comprende la gravedad del injusto en cuanto el hecho puede ser más o menos reprochable según sea mayor o menor el desvalor de acción y del resultado. Y todo ello influirá en la individualización judicial de la pena que en este caso el Tribunal ha motivado en el grado de suficiencia ya explicado, pese al distinto parecer del recurrente.

Si la motivación del Tribunal es adecuada y pondera todas las circunstancias concurrentes, como aquí ocurre, no hay vía para efectuar una modificación del ámbito punitivo ya fijado dentro del marco legal por el Tribunal de instancia.

En este caso, la pena está correctamente justificado en torno a la gravedad de un hecho probado que, a no ser por las circunstancias que consta, hubiera sido peor, lo que evidencia la finalidad del autor, y su absoluto desprecio por la libertad sexual de la víctima, llevando a cabo uno de los actos más graves que pueden perpetrarse con relación a la víctima/mujer, como lo son los actos contra su libertad sexual, empleando, además, violencia o intimidación, como en este caso consta.

La "cantidad de pena" que supone en estos casos es una apreciación que lleva a cabo el Tribunal y en este caso la apreciación de la gravedad del hecho es evidente, aplicando ya la pena en la rebaja a la mitad inferior, sin que exista un "merecimiento" de una pena inferior visto el resultado de hechos probados.

El motivo se desestima.

Cuarto.

2.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim. por inaplicación de la atenuante del art. 21.5 del CP como muy cualificada.

Alega el recurrente que se depositó el total de la indemnización solicitada por el Fiscal y que es preciso el reconocimiento del hecho y postula que se le aplique como muy cualificada la atenuante del art. 21.5 CP.

La sentencia de la AP señaló al rechazar la atenuante como muy cualificada que "En nuestro caso consigna la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal como responsabilidad civil, si bien la acusación particular solicitaba más indemnización, concretamente 9000 euros, pero lo que resulta extraño, es que al mismo tiempo, el acusado no reconoce en absoluto los hechos, dice que los tocamientos fueron mutuos, y que no le introdujo las uñas en la vagina, es decir niega rotundamente los hechos, por tanto en forma alguna podemos considerar dicha atenuante como muy cualificada".

Y, del mismo modo, el TSJ rechazó la consideración de la atenuante del art. 21.5 como muy cualificada señalando que:

"En orden al efecto penológico a que debe dar lugar debe valorarse, en primer lugar, que la cantidad no fue entregada a la víctima ni consignada para su entrega a la víctima, sino que fue ingresada un día antes de la celebración de la vista en la cuenta judicial y a resultas, en definitiva, de lo que finalmente se acordara. Por otro lado, fue ajustada a la menor de las indemnizaciones que se solicitaban por parte de las acusaciones.

De modo que ni el momento en que se aporta la cantidad, ni el modo y fin en que se hace, ni el importe que se consigna suponen ningún motivo para considerar que deba darse lugar a considerar la atenuante muy cualificada, pues es ingresada inmediatamente antes de celebrarse el juicio; no por o para entrega a la víctima, sino por el pago que ya venía ordenado que se hiciera preventivamente por parte del acusado; y se hace por la cantidad más baja de las solicitadas."

Pues bien, hay que destacar que la "ampliación" del grado de apreciación de la atenuante del art. 21.5 CP para que adquiera el rango de muy cualificada exige una serie de presupuestos que no concurren en este caso y que abogan por el rechazo de la queja impugnativa que ahora se sustenta, a saber:

1.- Se realiza una consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales; es decir, sin disponibilidad de la víctima. Es una especie de "ingreso a cuenta del resultado final". La no disponibilidad de la víctima hace inaplicable la ampliación del reconocimiento de la atenuante como simple.

2.- Se ingresa, además, la menor de las cantidades que es objeto de reclamación, ya que la acusación particular interesaba más. La consignación es "del mínimo reclamable". No se atiende, pues, a la propia reclamación indemnizatoria de la víctima, aunque luego exigiera una devolución del sobrante fijado en sentencia, pero el "esfuerzo simbólico" de un intento de reparación del daño hubiera sido mayor, y, sin embargo, se opta por el "mínimo exigible" en el haz de posibilidades.

3.- Aunque técnicamente es admisible que se produzca la entrega de la responsabilidad civil hasta el día del juicio, ese retraso en reparar el daño causado debe tener influencia en la determinación del rango de la atenuante, como aquí ocurre al descartar que lo sea como muy cualificada, cuando ha podido hacerlo antes.

Es cierto que en este tipo de casos la indemnización no reduce el daño moral sufrido por la víctima del delito contra la libertad sexual, ya que la gravedad de un ataque de naturaleza sexual no se compensa con dinero en modo alguno. Pero mucho menos cuando esa entrega no se hace a la víctima, sino que se consigna el día del juicio, o en fechas cercanas, y, además, en fecha tan lejana a la incoación del procedimiento judicial, cuando ha tenido mucho tiempo para reparar el daño. Ello hace inaplicable la postulada atenuante como muy cualificada.

Desestima la apreciación como muy cualificada por esperar hasta el día del juicio el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 655/2011 de 26 de mayo de 2011, Rec. 10516/2011, que señala que:

"El "factum" de la sentencia señala en su último inciso que "el 20 de diciembre de 2010, los acusados depositaron a disposición judicial dos mil euros para pagar la responsabilidad civil y daños morales" ocasionados a la víctima, apreciando el Tribunal, en consonancia, la atenuante simple de reparación del daño en todos ellos".

Es esta valoración en grado simple la que se discute en esta instancia, si bien los argumentos que aporta la Audiencia en el FJ 4.º no pueden ser más ajustados a la lógica y a la doctrina de esta Sala sobre la materia, pues ciertamente el martirio y terror psicológico -en palabras de la propia Audiencia- al que sometieron a la víctima durante su detención, propinándole una paliza y manteniéndolo encerrado durante esos dos días en el maletero del coche del que sólo salió cuando fue finalmente liberado por la Policía, aumentando así innecesariamente el daño psicológico, no se reparan ni con los 2000 euros consignados ni, aun si así fuere probado, con los otros dos mil que, según documento manuscrito aportado por la Defensa en el acto de la vista, no firmado por la víctima, los acusados habrían entregado directamente a éste, pero cuya recepción negó rotundamente el perjudicado.

Valora también la Audiencia otras dos circunstancias, altamente relevantes ante una petición de esta naturaleza, cuales son la ausencia de excusas ante la víctima y la proximidad de la consignación al acto del juicio "tan sólo dos días antes (...) cuando ha transcurrido más de un año del daño cuya reparación se intenta".

4.- Hay que valorar que en este caso se trata de un ataque a la libertad sexual de una mujer. Y aquí surge la interrogante acerca de si ¿Se aplicará siempre y en todo caso la atenuante como muy cualificada si se consigna la totalidad del daño causado?

En absoluto. Considera esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 291/2018 de 28 de diciembre de 2017, Rec. 1641/2017 que:

"El Tribunal de instancia aplicó conforme a Derecho la circunstancia atenuante de reparación del daño de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.5 del Código Penal y la jurisprudencia antes expuesta. Los acusados consignaron con anterioridad a la celebración del juicio oral el importe que les era reclamado por el Ministerio Fiscal en concepto de responsabilidad civil, pero este hecho no es suficiente para la aplicación de la atenuante como muy cualificada, que exigirá la concurrencia de circunstancias que reflejan una especial intensidad en la citada reparación, que no se aprecia en el caso de autos".

En efecto, hemos dicho, entre otras en STS 428/2011, de 12 de mayo que:

"Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 2/2008, de 16 de enero, que el simple pago no es suficiente para que se aprecie la atenuante de reparación como muy cualificada, aunque se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles. Esta conducta post delictiva encaja perfectamente en la figura de la atenuante ordinaria y, desde luego, no presenta carácter de excepcionalidad que refleje una superior intensidad que

avale su apreciación como atenuante muy cualificada, máxime cuando no consta que el acusado haya tenido que realizar un gran esfuerzo o sacrificio para efectuar la reparación y sin que pueda olvidarse que los delitos cometidos por el ahora recurrente atentan y agreden valores esenciales de la persona como su libertad e integridad física".

5.- En cualquier caso, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 1484/2016 de 22 de septiembre de 2016, Rec. 1208/2016 señala que:

"En todo caso, tiene dicho esta Sala que si la reparación total se considerara sistemáticamente como atenuante muy cualificada, se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general definida por el legislador que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende, exigiéndose por ello que concurra un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (STS 654/2016, de 15 de julio, con mención de otras)".

6.- También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 347/2015 de 11 de junio de 2015, Rec. 214/2015 señala que:

"Respecto a la consideración de la cualificación de la atenuante de reparación del daño esta Sala ha dicho que para que ello tenga lugar serían imprescindibles las siguientes circunstancias:

a) La intensidad atenuatoria se ha de revelar con especial consistencia fáctica, derivada de hechos, circunstancias o comportamientos que resalten un esfuerzo del acusado merecedor de una disminución de la pena.

b) La degradación de la culpabilidad o antijuridicidad tiene que resultar del mismo modo especialmente intensa, es decir, que el esfuerzo realizado por el culpable ha de ser particularmente relevante. El esfuerzo reparador es más cómodo para aquél que goza de una desahogada situación económica, que para quien se halla al borde de la indigencia.

No es posible entender de modo sistemático que la reparación total del daño, provoque la cualificación, pues de proceder así se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo de la pena, finalidad que resultaría burlada con una rebaja notoria de la punición legal.

Junto a tales consideraciones resulta oportuno hacer una matización, en los términos en que esta Sala se sigue pronunciando, al considerar de fundamental importancia atender a la naturaleza del delito y del bien jurídico protegido.

Cuando nos hallamos ante delitos de naturaleza predominantemente personal el pago del "pretium doloris" no es suficiente en general para apreciar la atenuación como cualificada, por afectar a bienes y valores íntimos y de carácter moral no evaluables en dinero, lo que no ocurre cuando se trata de delitos estrictamente patrimoniales, en los que una rápida y eficaz reparación puede enjugar y eliminar en su plenitud el daño ocasionado por el delito.

En nuestro caso el daño ocasionado (de carácter personalísimo) es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos, aunque fuera íntegro, sólo en parte podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege (STS 27 de diciembre de 2007).

No puede existir, por todo ello, una ampliación al concepto de "muy cualificada" de la consideración de la consignación llevada a cabo.

El motivo se desestima.

Quinto.

Desestimándose el recurso respecto del recurrente Abelardo, las costas se imponen al recurrente y se declaran de oficio respecto del recurso de Africa por su estimación.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la Acusación Particular Dña. Africa, con estimación de su motivo único; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 29 de abril de 2020, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación del acusado Abelardo contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 27 de enero de 2020, que le condenó como autor de un delito de agresión sexual previsto en el artículo 178 del C. Penal. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado Abelardo, contra indicada sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION (P) NÚM.: 10238/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el rollo de Sala nº 846/2019, dimanante del sumario nº 301/2019, del Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, en fecha 27 de enero de 2020, y que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en causa seguida por delito contra la libertad sexual contra el acusado Abelardo, nacido en Zaragoza el día NUM001 de 1953, con NIF NUM002, hijo de Florentino y de Mariola, con instrucción, de ignorada solvencia, sin antecedentes penales, y en situación de prisión provisional por esta causa, dictándose sentencia por la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 29 de abril de 2020, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 27 de enero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar a Abelardo, como autor criminalmente responsable de un delito de violación tipificado en el artículo 179 del código penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación del daño del nº 5 artículo 21 del código penal, a las penas de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el

derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, más la medida de SIETE AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en la prohibición de aproximación a la víctima Africa, a una distancia inferior a 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, de conformidad con el artículo 192 del Código Penal, más costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar civilmente en concepto de daños morales y lesiones a Africa, en la cantidad de 6.210 euros, más intereses legales del artículo 576 de la L.E.C e imposición de costas.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Abelardo como autor criminalmente responsable de un delito de violación tipificado en el artículo 179 del código penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante de reparación del daño del nº 5 artículo 21 del código penal, a las penas de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, más la medida de SIETE AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, consistente en la prohibición de aproximación a la víctima Africa, a una distancia inferior a 500 metros y de comunicación con ella por cualquier medio, de conformidad con el artículo 192 del Código Penal, más costas procesales, incluidas las de la acusación particular, debiendo indemnizar civilmente en concepto de daños morales y lesiones a Africa, en la cantidad de 6.210 euros, más intereses legales del artículo 576 de la L.E.C con pérdida del depósito al condenado y devolución a la parte a quien se estima el recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

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.