

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066338

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Sentencia 275/2022, de 9 de noviembre de 2022

Sala de lo Civil y Penal

Rec. n.º 221/2022

SUMARIO:

Agresión sexual. Reducción de pena de oficio. Ley del «solo sí es sí». Retroactividad de ley penal.
Desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que condenó a un hombre a trece años y medio de prisión por un delito de agresión sexual cometido contra su ex mujer utilizando un cuchillo. Modifica la pena a once años y un día de prisión en «aplicación de la normativa vigente», aplicando así el principio de retroactividad de la ley penal más favorable consagrado en el artículo 2.2 del Código Penal.

Ante el «grave clima de hostigamiento» al que la estaba sometiendo su ex pareja ésta, completamente aterrorizada y con el fin de evitar, sobre todo, que pudiera quedar lesionada de gravedad por el uso del cuchillo que esgrimía el acusado y que trataba de usar contra ella, finalmente se vio forzada sexualmente. La Audiencia condenó al hombre como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual con instrumento peligroso, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco a la pena de trece años, seis meses y un día de prisión; recordando que se extendió la circunstancia de parentesco incluso a relaciones conyugales o de pareja ya concluidas -«ser o haber sido» dice ahora el tipo penal.

Los magistrados de la Sala Civil y Penal del TSJA confirman plenamente la sentencia pero se ven obligados a pronunciarse de oficio sobre el efecto que en el caso de autos puede tener la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ya que tras esa reforma (su vigencia son posteriores a la interposición del recurso y a las alegaciones impugnatorias de las partes, de ahí su aplicación de oficio), los hechos enjuiciados constituirían un delito de violación con la concurrencia de dos circunstancias agravantes: ser o haber sido la víctima esposa o pareja del autor y el uso de armas o medios peligrosos potencialmente mortales o gravemente lesivos. La pena asignada es de siete a quince años de prisión, pero al concurrir dos de sus subtipos agravados obliga a imponer esa pena en su mitad superior, esto es, de once años y un día a quince años. La pena imponible a los hechos enjuiciados con la nueva normativa es la misma en su límite máximo que la asignada en la anterior, pero es dos años y medio inferior en el mínimo. Al haber impuesto la pena mínima -en su mitad superior- en la sentencia de la Audiencia (trece años y seis meses de prisión), la Sala se ve obligada a rebajar a once años la pena de prisión, que también sería la pena mínima en su mitad superior con la nueva ley.

Ante la ausencia de disposiciones transitorias en la Ley Orgánica 10/2022, han de venir en aplicación supletoria las de la Ley Orgánica 10/1995, que en su disposición transitoria 9.^a señala que en las sentencias [...] que no sean firmes por estar pendientes de recurso [...], si se trata de un recurso de apelación las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo. No otra cosa es lo que resulta del principio de retroactividad de la ley penal más favorable consagrado en el artículo 2.2 del Código Penal.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 2.2, 23, 66, 178, 179, 180.5 y disposición transitoria 9.^a.
Ley Orgánica 10/2022 (de Garantía Integral de la Libertad Sexual).

PONENTE:

Don José Manuel de Paul Velasco.

Magistrados:

Don RAFAEL GARCIA LARAÑA
Don JOSE MANUEL DE PAUL VELASCO
Don JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON

SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA

CEF.- Civil Mercantil

Sección de Apelación Penal

REAL CHANCILLERIA, PLAZA NUEVA S/N, GRANADA Tf.: 662977340. Fax: 958002718

NIG: 1817543220200002543

RECURSO: Apelación resoluciones (arts. 790 - 792 Lecrim) 221/2022

Negociado: SE Asunto: 362/2022

Proc. Origen: Procedimiento Sumario Ordinario 16/2021

Juzgado Origen : SECCION Nº 2 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

Apelante: Evelio.

Procurador : JUAN ANTONIO MONTENEGRO RUBIO Abogado : LUIS MIGUEL FERNANDEZ FERNANDEZ Apelado: MINISTERIO FISCAL y ANTONIA G. M. Procurador : MERCEDES DE FELIPE JIMENEZ-CASQUET Abogado : SANDRA GONZALEZ CALVO

Acusación particular: Regina.

Procurador : MERCEDES DE FELIPE JIMENEZ-CASQUET Abogado : SANDRA GONZALEZ CALVO

Apelación penal n.º 221/2022

Ponente: Sr. de Paúl Velasco

S E N T E N C I A NUM. 275/2022

Ilmos. Sres:

Presidente:

D. RAFAEL G. LARAÑA

Magistrados:

D. JOSÉ MANUEL DE PAÚL VELASCO

D. JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN

En la ciudad de Granada, a nueve de noviembre de dos mil veintidós

Vistos en grado de apelación por la Sección de Apelación Penal de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente Rollo de apelación n.º 221/2022 y autos originales de procedimiento ordinario n.º 1/2021, seguidos ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada -rollo n.º 16/2021- procedentes del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Santa Fe por delito de agresión sexual.

Es parte apelante el acusado Evelio., representado por el procurador D. Juan Antonio Montenegro Rubio y defendido por el abogado D. Luis Miguel Fernández Fernández. Son partes apeladas el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. D.ª M.ª Rosa Guerrero Rodríguez, y la acusadora particular D.ª Regina. , representada por la procuradora D.ª Mercedes de Felipe Jiménez Casquet y asistida por la abogada D.ª Sandra González Calvo.

Es ponente el Magistrado D. José Manuel de Paúl Velasco, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

Segundo.

En fecha 17 de mayo de 2022 se dictó sentencia por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en la referida causa, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente:

PRIMERO.- Queda probado y así se declara expresamente que Evelio., mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación conyugal con Regina. durante más de veinte años, si bien en año 2020 se encontraban en trámites de separación.

Como consecuencia de su separación matrimonial, Evelio. y Regina. continuaron compartiendo uso de la vivienda familiar, ubicada en la CALLE000 de la localidad de Alhendín (Granada), y acordaron que Evelio se quedara con el uso de la planta segunda de la casa mientras que Regina vivía con su hija mayor de edad en la planta primera, aunque la planta baja y la zona del garaje quedaba a disposición de los dos miembros del matrimonio. Ambas plantas del inmueble eran independientes entre sí y tenían puerta de acceso al exterior con llave.

SEGUNDO.- Sobre las 10 horas de la mañana del día 10 de agosto de 2020, mientras Regina. entraba en la vivienda desde una zona ajardinada aneja al inmueble en la que había estado con su gata, Evelio. la llamó para que se acercara a hablar con él.

En ese momento Evelio. , movido por el ánimo de alterar la tranquilidad de su esposa y de satisfacer con ella indebidamente sus deseos sexuales, se acercó a Regina mientras esgrimía ante la misma un gran cuchillo de sierra de 22 centímetros de largo y unos 11 centímetros de hoja que colocó debajo del pecho de ella marcándole con la punta debajo de uno de sus senos a través del pijama, momento en el que le dijo que no podía soportar verla con otro hombre y le solicitó su deseo de mantener por última vez relaciones sexuales antes de quitarse él la vida. Mientras así el puñal, el acusado insistió de nuevo a su esposa en su deseo de mantener relaciones sexuales con ella. Ante la negativa de Regina a acceder a ello, el acusado se revolvió agresivamente rompiendo el cuchillo que llevaba, y corrió a la cocina para tomar un segundo puñal de iguales características con el propósito de pinchar de nuevo a Regina, momento en el que se inició un forcejeo ellos.

En este preciso instante, y ante el grave clima de hostigamiento que Evelio. estaba sometiendo a Regina., ésta, completamente aterrorizada y con el fin de evitar sobre todo que pudiera quedar lesionada de gravedad por el uso del cuchillo que esgrimía el acusado y que trataba de usar contra ella, finalmente se vio forzada a cumplir la exigencia de su marido y subió con él para consumar sus deseos en una de las habitaciones.

TERCERO.- Encontrándose ya en la cama, Evelio. penetró vaginalmente a Regina en varias ocasiones eyaculando en su interior. Después de ello, el acusado bajó corriendo al garaje de la vivienda, y allí empuñó un cuchillo de caza que había colgado en la pared y se autolesionó con él. A renglón seguido trató de ahorcarse, pero fue descolgado minutos después por agentes de la Guardia Civil que habían sido comisionados en la vivienda alertados por la llamada desesperada de Regina.

A consecuencia de estos hechos, Regina. sufrió labilidad emocional en el plano psíquico así como una herida puntiforme no sangrante en tercio medio de región mamaria izquierda por la cual precisó solo de asistencia facultativa con meros efectos sintomáticos como menoscabo físico.

Tercero.

Dicha sentencia contiene el siguiente Fallo:

Que debemos condenar y condenamos a Evelio. como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual con instrumento peligroso previsto y penado en los arts. 179 y 180.1.5º del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 del Código Penal , a la pena de trece años, seis meses y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la medida de libertad vigilada por tiempo de ocho años (que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad) consistente en participar con éxito en programas de educación sexual.

Asimismo, imponemos al acusado la prohibición de aproximación en un radio no inferior a 200 metros respecto Regina., en cualquier lugar donde ésta se encuentre, domicilio, residencia, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma, así como comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito o verbal por un período de catorce años, seis meses y un día.

Por último, condenamos a Evelio. al pago de las costas causadas y que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a Regina. en la cantidad de 3.000 euros por los perjuicios causados.

Se acuerda que en tanto adquiere firmeza la presente sentencia se mantenga la vigencia de las medidas de protección adoptadas en auto de fecha 12 de agosto de 2020.

Cuarto.

Frente a la referida sentencia, la defensa del acusado interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación mediante escrito en el que se articulaba como motivos de impugnación vulneración de la presunción de inocencia, error en la apreciación de la prueba y, subsidiariamente, aplicación indebida de la circunstancia de parentesco como agravante.

Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, que presentaron sendos escritos de impugnación.

Quinto.

Seguidamente fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal, donde se incoó el correspondiente rollo y se designó ponente al magistrado Sr. de Paúl Velasco; señalándose para la deliberación y fallo del recurso el día 3 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Aunque desarrollada en dos motivos, uno por vulneración de la presunción de inocencia y otro por error en la apreciación de la prueba, la línea impugnativa principal del recurso de la defensa se ciñe en realidad a esto último, pues lo que se alega es un error del tribunal a quo en la valoración de la prueba, principalmente del testimonio de la Sra. Regina., que conduce a la conclusión de que el acusado impuso a punta de cuchillo a quien todavía era su esposa un acto sexual con penetración no consentido por ella. A entender del recurrente, ese error habría repercutido en una vulneración de la presunción constitucional de inocencia, por insuficiencia de la prueba de cargo y, por consiguiente, en la aplicación indebida de los preceptos que sancionan la conducta objeto de acusación.

Como siempre que examinamos un motivo por error probatorio, conviene comenzar recordando cuál es el ámbito de actuación de este tribunal de apelación cuando ha resolver una impugnación de este carácter fáctico contra sentencia condenatoria. Como ha recordado la sentencia del Tribunal Supremo 555/2019, de 13 de noviembre (FJ. 1.º-2), con cita de 162/2019 de 26 de marzo y la 216/2019, de 24 de abril, la apelación constituye "una segunda instancia no plena, alejada de un nuevo enjuiciamiento"; de suerte que el órgano de apelación "[solo] puede rectificar el relato histórico [de la sentencia impugnada] cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación", con el único límite "determinado por la inmediación en la percepción de la actividad probatoria".

En otras palabras, siguen las sentencias citadas, el tribunal de apelación puede valorar " si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación", pero su función " no consiste en reevaluar la prueba, sino en revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia", sin que pueda sustituir esta

por la propia salvo si aprecia en la primera un error basado en "parámetros objetivos", y "no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas".

Pese a que alguna frase aislada pudiera llevar a entender lo contrario, no se apartan sustancialmente de esta línea las recientes sentencias 57/2022, de 24 de enero, 85/2022, de 27 de enero, 136/2022, de 17 de febrero, y 455/2022, de 10 de mayo, que subrayan la amplitud de esas facultades revisorias del órgano de apelación cuando se trata de recursos contra sentencias condenatorias. En realidad, lo que hacen estas tres sentencias -frente a recursos de las acusaciones particulares en causas en que el órgano de apelación estimó el recurso de la defensa- es combatir la peligrosa tendencia a " extender indebidamente el efecto limitador [del efecto devolutivo de la apelación] que frente a sentencias absolutorias estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 ", de modo que solo la falta de racionalidad o el error grosero pudieran justificar la revocación de la condena, y salir al paso de una sacratización de la inmediación que la convierta en " una suerte de facultad genuina, intransferible, e incontrolable" del órgano de primera instancia que blinde "a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior"; afirmando las tres enfáticamente que " la apelación plenamente devolutiva es garantía, no solo del derecho al recurso, sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada", y que, por tanto, el órgano de apelación debe " revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, [...] sino también todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia".

Ahora bien: la doctrina arriba resumida sobre el ámbito funcional de la apelación por motivos fácticos contra sentencias condenatorias no autoriza a suponer que se esté pretendiendo en ninguna de las cuatro citadas que el

tribunal de la segunda instancia, al ejercer esa "función apelativa", se encuentre en la misma posición cognitiva que el de la primera, ni que se enfrente al cuadro probatorio tamquam tabula rasa. Sin duda alguna, el tribunal de

apelación ha de comprobar si la prueba practicada permitía la conclusión de condena sin margen de duda razonable, como exige el estándar probatorio de la presunción de inocencia, y para ello ha de tener en cuenta todas las informaciones probatorias obrantes en la causa; pero ha de hacerlo, no en una valoración ex novo, sino para constatar -y ello partiendo de los argumentos críticos del recurso- que la sentencia impugnada satisface esas exigencias, no incurre en ningún error al valorar las pruebas practicadas ni prescinde de algún dato relevante. Se trata, en suma, como se ha dicho con afortunada expresión, de un "juicio sobre el juicio"; de una función revisora, con plena amplitud funcional, pero no de una nueva valoración autónoma y libérrima de la prueba.

Esta misma función es la que atribuye al órgano de apelación el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/2013, de 4 de noviembre, citada en las cuatro reseñadas del Tribunal Supremo, cuando señala, en su fundamento 7, que el derecho del acusado a la segunda instancia supone que un tribunal superior "controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad [énfasis añadidos]". Esa y no otra es la función que este tribunal ha de desempeñar a continuación.

Segundo.

Ciertamente, el supuesto de autos presenta la dificultad adicional de que la declaración de la sedicente víctima, personada como acusación particular en la causa, constituye la principal prueba de cargo y la única directa; situación probatoria que da lugar a lo que la jurisprudencia reconoce como "la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia" (por todas, sentencias 1346/2002, de 18 de julio, FJ. 1.º-2, o 305/2017, de 25 de abril, FJ. 17.º).

Ahora bien: tan cierto es lo que acabamos de decir como que la forzosa limitación de medios probatorios no conduce necesariamente a una conclusión absolutoria. Como recuerda, con enfática reiteración, la sentencia del Tribunal Supremo 69/2020, de 24 de febrero, "una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede ser apta para desactivar la presunción de

inocencia [...] La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva [...] La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar". Y ello incluso aunque ese testimonio único no satisfaga uno o más de los criterios orientativos de valoración que ha establecido una archiconocida tópica jurisprudencial, estableciendo como tales los de persistencia en la incriminación, ausencia de posible motivación espuria y corroboración externa. Dice así, con palabras luminosas, la sentencia que venimos citando:

Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima [...], pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima ayuna 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 detectarse 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 pueden albergarse dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría.

Claro está que, con la misma insistencia con que afirma la posible suficiencia del testimonio único y desnudo de la víctima, la sentencia 69/2020 reitera que en esos supuestos "ha de redoblararse el esfuerzo de motivación fáctica", por cuanto "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 ciego de fe"; de modo que estos casos "es exigible una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad de testimonio".

A juicio de este tribunal de apelación, el de instancia cumple suficientemente esta exigencia de motivación en su análisis del testimonio de la denunciante y del conjunto de la prueba practicada; llevando a cabo a lo largo de las ocho páginas que ocupa el fundamento primero de su sentencia una minuciosa valoración de la credibilidad de las declaraciones de la Sra. Regina., aplicando los criterios jurisprudenciales antes aludidos, frente a la versión exculpatoria del acusado, que afirma que las relaciones sexuales fueron consentidas, pero que no recuerda nada más de un episodio del que resultó gravemente herido y en el que poco faltó para que muriera ahorcado; valoración de la que el tribunal a quo concluye que solo el testimonio de la denunciante merecen crédito, y ello sin margen de duda razonable.

De este modo, a partir de pruebas personales contradictorias, el tribunal a quo ha efectuado un juicio comparativo de credibilidad, cuyo resultado es otorgar crédito suficiente, más allá de toda duda razonable, al núcleo de la versión inculpatoria, llegando a la conclusión de la realidad de los hechos imputados al recurrente mediante una apreciación probatoria perfectamente razonable, concreta y suficientemente motivada y no carente de pautas objetivas de valoración, en especial la corroboración objetiva por el informe médico-forense del mínimo estigma

lesivo causado por la punta del cuchillo en el pecho de la Sra. Regina. y el testimonio periférico de los agentes de la Guardia Civil sobre el estado en que encontraron a ambos cónyuges cuando acudieron al domicilio a requerimiento de la Sra. Regina. ; una apreciación, en suma, en la que no cabe apreciar ninguna infracción de las reglas de la lógica, de la experiencia o de la crítica probatoria.

Así las cosas, este órgano de apelación, privado de la inmediación imprescindible para una adecuada apreciación de las pruebas personales (que la grabación audiovisual del juicio solo suple de forma muy imperfecta), carece de fundamento válido para apartarse del juicio de credibilidad, razonable y razonado, que han merecido a los magistrados a quibus unas declaraciones que solo ellos, y no el tribunal que ahora resuelve, han podido "ver con sus ojos y oír con sus oídos", en gráfica expresión de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 2 de febrero de 1989. A falta de argumentos críticos de suficiente consistencia sucesoria, la valoración probatoria basada en la inmediación ha de prevalecer, conforme a una constante doctrina jurisprudencial, de la que pueden citarse por vía de ejemplo sentencias como las 1443/2000, de 20 de septiembre, 1960/2002, de 22 de noviembre, 1080/2003, de 16 de julio, 936/2006, de 10 de octubre, o, como más reciente, 1231/2009, de 25 de noviembre (FJ. 4.º-3), con las que en ésta se citan. Como recuerda el auto del Tribunal Supremo 316/2022, de 10 de marzo, (FJ. 1.º-C), citando la sentencia 978/2002, de 23 de mayo (FJ. 1.º)

El grado de credibilidad de esta clase de pruebas [personales] está directamente relacionado con la inmediación con la que el Tribunal asiste a su práctica, evaluando la multitud de matices propios de esta clase de elementos probatorios cuyo análisis conjunto conforman el juicio de fiabilidad y crédito que se otorga al declarante, ventaja de la que no gozaron los órganos encargados de controlar la resolución de instancia.

Debemos insistir en que nuestro papel no es el de valorar de modo autónomo las declaraciones grabadas de la denunciante y del acusado para juzgar por nosotros mismos su credibilidad, subrogándonos en la posición del tribunal de primera instancia; sino tan solo determinar si la valoración de este, plasmada en la motivación probatoria de su sentencia, resulta razonable y convincente para fundamentar la conclusión de culpabilidad del acusado bajo el estándar de la duda razonable a la luz de la totalidad de la prueba practicada. Y ya hemos dicho que la sentencia impugnada cumple sobradamente esa exigencia.

Tercero.

Por su parte, la defensa del acusado no suministra en su recurso elementos de juicio que pudieran poner seriamente en cuestión la valoración probatoria de la sentencia impugnada, aduciendo una serie de argumentos que, pese a su elevado número y su redacción enfática no alcanzan a suscitar un margen de duda razonable sobre la culpabilidad del recurrente y frente a los cuales cabe replicar lo siguiente:

1.- La conflictiva situación de crisis que atravesaba el matrimonio de los sujetos, que concluyó más tarde con sentencia de divorcio, y la controversia en ese contexto entre los cónyuges acerca del uso de la vivienda familiar no autorizan a atribuir la denuncia de la Sra. Regina. a la finalidad espuria de obtener una posición de ventaja para permanecer en dicha vivienda tras la separación o disolución del matrimonio. Las dramáticas e insólitas circunstancias en que se produjo la llamada de la denunciante a la Guardia Civil y el estado de conmoción psíquica que los agentes declaran que aquella presentaba a su llegada son incompatibles con la frialdad de ánimo necesaria para urdir sobre la marcha una falsa denuncia de violación, aprovechando además un previo coito consensual, que en ese contexto de deterioro de la relación personal entre los cónyuges resulta, como señala la sentencia de instancia, muy poco verosímil.

Por otra parte, basta leer la sentencia de divorcio, aportada por la defensa, para comprobar que la atribución (solo temporal) del uso de la vivienda a la esposa se fundamenta exclusivamente en el interés de la hija, mayor de edad pero aún dependiente, y que la situación del esposo denunciado solo se menciona para argumentar que esa atribución no le causa perjuicio, dada su imposibilidad de utilizar la vivienda.

2.- En la misma línea, que unos meses antes hubiera otra denuncia similar que resultó sobreseída no es un indicio de falta de credibilidad subjetiva de la denunciante. Un sobreseimiento provisional por falta de justificación suficiente de los hechos denunciados no implica la inexistencia o falsedad de estos, sino solo la ausencia de indicios suficientes para proseguir la causa, que en aquel caso resultaba, según las resoluciones que así lo acordaron (folios 129 y 264), de la ausencia de corroboraciones externas, de la atenuación de la situación de conflicto entre los cónyuges y de algunas contradicciones en la versión de la denunciante, circunstancias que no se dan en el caso ahora enjuiciado.

3.- Algunos errores que encuentra el recurso en el relato fáctico de la sentencia, sea sobre la situación legal en que se encontraba el matrimonio en la fecha de los hechos o sobre la configuración de la vivienda, parecen más bien simples imprecisiones o ambigüedades de lenguaje y en todo caso son por completo irrelevantes, en cuanto ajenas al núcleo de los hechos. Obsérvese, a este respecto, que es la propia denunciante quien en su denuncia (folio 6) se refiere a la planta baja de la vivienda como la primera y a esta como la segunda, incurriendo en la misma inexactitud que el recurso reprocha a la sentencia y que, por extendida en el lenguaje corriente, solo llamaría la atención en un arquitecto.

4.- En la misma línea, el recurso juega con las palabras cuando niega la existencia de un "forcejeo" o de un previo "pinchazo", por el procedimiento de atribuir a ambos términos utilizados en la sentencia una intensidad que no se desprende necesariamente de su significado. Contra lo que afirma la parte recurrente, en la denuncia inicial sí se recoge (folio 6, renglones finales) que hubo un forcejeo, en torno al segundo cuchillo que tomó el acusado después

de romper en un rapto de rabia o despecho el primero. Ese forcejeo no tuvo por qué ser tan violento o desesperado como para que alguno de los dos sujetos resultara herido; pudo muy bien desarrollarse sin que la hoja o la punta del cuchillo llegaran a entrar en contacto con el cuerpo o la mano de ninguno de ellos, y ello resulta más verosímil porque del propio relato de la Sra. Regina. resulta claro que la intención primordial de su marido no era herirla, sino obligarla mediante la amenaza a acceder al acto sexual. En cuanto al primer "pinchazo", que el recurso parece interpretar como una puñalada, no es, en el contexto de la versión de la denunciante y del relato fáctico de la sentencia, sino la leve puntura que el acusado produjo a su esposa al apoyar contra su pecho la punta del cuchillo.

5.- Es cierto que, en abstracto, no cabe descartar que esa "herida puntiforme no sangrante", en términos del informe de sanidad (folio 75), a la que acabamos de referirnos fuera autocausada; pero en las circunstancias del caso esa hipótesis queda por debajo del umbral de la duda razonable. Ni la Sra. Regina. necesitaba adobar con una pequeña herida su relato de una violación que ella misma describe como intimidatoria, ni es verosímil que concibiera tan retorcida maniobra mientras su marido se desangraba y pendía de una cuerda, ni de haberlo hecho habría escogido para herirse una zona tan sensible para una mujer como una mama. Por lo demás, esa mínima herida es por completo congruente con el mecanismo lesivo que relata la denunciante.

6.- Es normal que los agentes de la Guardia Civil no percibieran ninguna herida en la Sra. Regina. , pues la puntura que esta había sufrido no sangraba y estaba oculta por la ropa, que, dada la forma en que se había producido, simplemente apoyando la punta del cuchillo, tampoco tenía por qué presentar un desgarro perceptible. Lo que sí apreciaron los agentes, además de la dantesca situación en que se encontraba el acusado, fue el estado anímico de la denunciante "llorando y gritando que ha sido agredida", ya desde un principio, y comenzando a "gritar desesperadamente y a pedir auxilio" cuando, al acceder a la cochera vio a su marido colgado y sangrando (folio 19). Nada compatible con la simulación a la que apunta el recurso, salvo que supongamos a la Sra. Regina. unas cualidades dramáticas dignas de una Sagrario, Serafina o Sofía.

7.- El recurso sugiere poco veladamente que pudo ser la propia denunciante quien apuñaló y ahorcó al acusado, pero esta hipótesis es por completo descartable. Por un lado, es imposible que el Sr. Evelio. recibiera de otra persona varias puñaladas en el abdomen y no presentara, en cambio, ninguna herida defensiva en las manos o los brazos; por otro, es impensable que la Sra. Regina. , por simples razones de fuerza física, pudiera elevar el cuerpo de su marido y manejarlo hasta colgarlo de la cuerda, incluso si estaba inconsciente y no podía resistirse. En cambio, sí es posible que, tras auto infligirse las puñaladas, el acusado conservara la fuerza suficiente para intentar ahorcarse, pues esta acción no habría requerido de una especial energía y es sabido que en situaciones de máximo estrés el torrente de adrenalina vertido en la sangre permite realizar acciones a personas cuyas lesiones no lo harían posible en otras circunstancias.

8.- Es perfectamente lógico que se detectara el ADN de la denunciante, mezclado con el del acusado, en el mango del cuchillo con el que se autolesionó el acusado (folio 417): puesto que ese cuchillo estaba colgado en su casa, era de esperar que ella lo hubiera tocado alguna vez, y los restos biológicos con la huella genética permanecen inalterados si no se somete el objeto en que asientan a una limpieza profunda. Solo habría sido significativo para apoyar la hipótesis de la defensa que no apareciera también el ADN del acusado en el mango del cuchillo.

9.- No alcanzamos a entender cómo interpreta la defensa la rotura del primer cuchillo para que le parezca "imposible físicamente". Nos parece claro que lo que quiere decir la Sra. Regina. es que el acusado, en un rapto de furor, impactó el cuchillo con fuerza contra una superficie dura, haciendo saltar la hoja en pedazos. Ni esta acción es inexplicable en la situación mental del Sr. Evelio. , ni habría requerido ninguna herramienta, ni habría tenido por qué producirle lesiones.

10.- El hecho de que la violación fuera intimidatoria y cometida por el

todavía esposo de la víctima en el que aún era domicilio común, aunque dentro de él hubiera una separación por plantas de lecho, mesa y habitación, basta para explicar que la víctima no tratara de huir o pedir un dudoso auxilio de los vecinos y que acabara por ceder pasivamente a la imposición de su marido. El recurso incide en el frecuente error de exigir de la víctima la reacción que la parte estima que hubiera sido la más adecuada. Por lo demás, la Sra. Regina. declara que en el momento de los hechos solo vestía un pijama, del que le despojó el acusado y del que ella se cambió posteriormente por ropa de calle - como es normal- para acudir al hospital, por lo que carece de relevancia que colgara el pijama en un perchero, como aparece en el reportaje fotográfico (folio 230). Este hecho puede ser indicio de orden y pulcritud, no de incredibilidad.

11.- Por último, la Sra. Regina. declara en todo momento que el acusado empezó a autolesionarse antes de encerrarse en la cochera, por lo que ella pudo ver los primeros intentos de clavarse el puñal, que entonces le parecieron todavía infructuosos o poco penetrantes, como es frecuente en estos intentos autolíticos. A la vista del estado que presentaba su marido cuando ella accedió finalmente al garaje, la deducción de que había seguido

apuñalándose en su interior, ahora con más energía, era obvia. No hay en este punto la contradicción que advierte el recurso.

En definitiva, después de este exhaustivo repaso de las objeciones críticas del recurso no cabe sino concluir que no hay fundamento objetivo para que este tribunal se aparte de la valoración probatoria que efectuó el de primera instancia y de su conclusión de culpabilidad del acusado, lo que conlleva la desestimación de los dos primeros motivos del recurso.

Cuarto.

Aceptando implícitamente la calificación de los hechos como un delito de violación de los artículos 178 y 179 del Código Penal, así como la aplicación del subtipo agravado por el uso (más allá de la mera exhibición) de armas o instrumentos peligrosos del artículo 180-5.^º del mismo Código, todos ellos en su redacción anterior a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre,

la defensa impugna con carácter subsidiario la aplicación como agravante genérica de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, que, de ser aplicable la reforma citada, daría lugar a un subtipo agravado adicional, por la relación conyugal entre el sujeto activo y pasivo. También este motivo subsidiario debe ser desestimado.

Toda la línea impugnativa del motivo se reduce a argumentar que la relación conyugal entre el acusado y la víctima había concluido antes del suceso enjuiciado por la separación de hecho, pues "la convivencia estaba rota y a la espera de homologación judicial"; de modo que no subsistía entre los sujetos activo y pasivo, al menos con carácter bilateral, la relación de afectividad y confianza sin la cual, se dice, no cabe apreciar el efecto agravatorio de esa relación. Esta argumentación, que habría sido correcta hace unos veinte años, es hoy por completo equivocada.

En efecto, el recurso olvida que ya Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, extendió la circunstancia de parentesco incluso a relaciones conyugales o de pareja ya concluidas -"ser o haber sido" dice ahora el tipo-, privando así de base a la doctrina jurisprudencial, establecida a partir del acuerdo plenario no jurisdiccional de 18 de febrero de 1994, que excluía el efecto agravatorio de la relación conyugal o paraconyugal en los casos en que entre los sujetos activo y pasivo mediaba una ruptura de hecho o una desaparición manifiesta de la affectio maritalis; doctrina con la que, con solo tres palabras, el legislador hizo buena, una vez más, la conocida máxima de von Kirchmann sobre el destino de las bibliotecas de jurisprudencia.

Así ha venido a reconocerlo, como no podía ser de otro modo, el propio Tribunal Supremo, a partir de la sentencia 1197/2005, de 14 de octubre, que señala en su fundamento segundo que la jurisprudencia sobre la agravante de parentesco "ha de cambiar necesariamente, merced a la modificación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador, [...] siempre,

claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga que ver con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos". Las mismas o parecidas palabras se reproducirán a partir de entonces en toda una cadena de sentencias, de las que da cuenta minuciosamente la 371/2018, de 19 de julio, FJ. 5.^º

A la tesis del recurso pueden aplicarse las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo 147/2022, de 17 de febrero (FJ. 1.^º), cuando, al estimar un recurso de la acusación particular que tenía como único objeto la apreciación de esta agravante, reprocha al tribunal de instancia que "evoca una vieja jurisprudencia, ya superada, que excluía la agravación cuando no persistía un vínculo afectivo o estaba muy deteriorado. Desde el momento en que en 2003 se asimiló a la relación matrimonial vigente la condición de ex cónyuge, es inviable esa exégesis restrictiva. Por lo demás, su apreciación no queda confiada al arbitrio del juzgador. Si concurren sus elementos es de obligada aplicación."

Así pues, la agravante de parentesco estuvo bien aplicada en la sentencia de instancia, por lo que debe ser mantenida, con la consiguiente desestimación también de este motivo subsidiario y con él de la totalidad del recurso.

Quinto.

Pese a la desestimación del recurso, es menester que este tribunal de apelación se pronuncie de oficio sobre el efecto que en el caso de autos puede tener la ya mencionada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, cuyo contenido penal entró en vigor, conforme a su disposición final 25.^a, el pasado 7 de octubre, de modo que tanto su publicación como su vigencia son posteriores a la interposición del recurso y a las alegaciones impugnatorias de las partes.

Ello es así porque, ante la ausencia de disposiciones transitorias en la Ley Orgánica 10/2022, han de venir en aplicación supletoria las de la Ley Orgánica 10/1995, que aprobó el Código Penal vigente, luego reproducidas en la Ley

Orgánica 1/2015, que introdujo en él la última reforma de amplio alcance. Pues bien, tanto la disposición transitoria 9.^a de la L.O. 10/1995 como la 3.^a de la 1/2015 establecen que "en las sentencias [...] que no sean firmes por estar pendientes de recurso [...], si se trata de un recurso de apelación las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo". No otra cosa es lo que resulta del principio de retroactividad de la ley penal más favorable consagrado en el artículo 2.2 del Código Penal.

Pues bien, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, los hechos enjuiciados constituirían un delito de violación de los artículos 178.1 y 2 y 179 del Código Penal, con la concurrencia de dos de las circunstancias del artículo 180.1, la 4.^a, (ser o haber sido la víctima esposa o pareja del autor) y la 6.^a (uso de armas o medios peligrosos potencialmente mortales o gravemente lesivos). La pena asignada por el artículo 180.1 es de siete a quince años de prisión, pero al concurrir dos de sus subtipos agravados el número 2 del mismo artículo obliga a imponer esa pena en su mitad superior, esto es, de once años y un día a quince años.

Como se ve, la pena imponible a los hechos enjuiciados con la nueva normativa es la misma en su límite máximo que la asignada en la anterior, pero es dos años y medio inferior en el mínimo. De esta suerte, la pena de trece años y seis meses de prisión impuesta en la sentencia de instancia era la mínima conforme a la norma vigente (pena de doce a quince años, a imponer en su mitad superior por la concurrencia de una agravante genérica), pero con la actual se encuentra en su mitad superior. La pena sería igualmente imponible en abstracto, pero no hay razón que justifique la diferente individualización concreta dentro del tramo legal.

Esa individualización discrecional está regida por los criterios que establece la regla sexta del artículo 66.1 del Código Penal, establecida para los casos de no concurrencia de circunstancias modificativas, pero de alcance general, esto es "las circunstancias personales del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho". El tribunal de instancia no estimó que ninguno de esos

factores justificara la imposición de una pena por encima del límite mínimo legal, cuando el Ministerio Fiscal interesaba la máxima de quince años, por lo que no existía óbice derivado del principio acusatorio, y este tribunal de apelación tampoco encuentra razones para apartarse de ese criterio minimalista; razones que, en todo caso, no podría apreciar per saltum sin que la defensa hubiera tenido ocasión de discutirlas.

Por las razones expuestas, aplicando de oficio la normativa vigente como más favorable al reo, impondremos alapelante la pena de once años y un día de prisión, sin que esta reducción se extienda a la pena accesoria impropiamente prohibición de acercamiento y comunicación y a la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, que permanecen dentro de los límites legales.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dicta el siguiente

F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Montenegro Rubio, en nombre del acusado Evelio., contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2022 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo de procedimiento ordinario n.^º 16 de 2021, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia impugnada; si bien, por aplicación retroactiva de la normativa vigente, reducimos la pena de prisión impuesta alapelante a once años y un día de prisión, manteniendo los pronunciamientos de la sentencia de instancia en materia de penas accesorias, libertad vigilada, responsabilidad civil y costas y declarando de oficio las de esta instancia.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma

cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal. Únase certificación al rollo.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN .-

En Granada, a nueve de noviembre de dos mil veintidós. La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia Penal de fecha de hoy, es entregada en este órgano judicial, uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente, estando registrada con el número 275/22. La presente Sentencia es pública. Doy fe.-

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa dissociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con

pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."

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.