



Roj: **STS 4371/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4371**

Id Cendoj: **28079120012020100717**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **10334/2020**

Nº de Resolución: **711/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 711/2020**

Fecha de sentencia: 18/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10334/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 29

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10334/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 711/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de diciembre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y Doctrina Legal número 10334/2020, interpuesto por **D. Eutimio** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Yolanda Pulgar Jimeno bajo la dirección letrada de D. José María Gómez Rodríguez contra la sentencia núm. 150/20 de fecha 29 de mayo de 2020 dictada por la Sección num. 29 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 36 de Madrid instruyó Procedimiento sumario ordinario número 3212/2013 por delito de **agresión sexual**, contra Eutimio ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección num. 29 (Rollo Procedimiento sumario ordinario núm. 1465/2019) dictó Sentencia número 150/20 en fecha 29 de mayo de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"I.- De la apreciación en conciencia de la prueba practicada resulta probado y así lo declaramos que entre las 19:30 horas y las 20:00 horas del día 10 de junio de 2013 el acusado D. Eutimio , mayor de edad, nacido el día NUM000 /1991, originario de República Dominicana, con nacionalidad española, DNI NUM001 y antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en compañía de otros dos varones no identificados, cuando se encontraban en las inmediaciones del núm. 38 de la C/ Barco de Madrid, puestos de acuerdo y guiados por un ánimo lascivo, al pasar delante de ellos D<sup>a</sup> Elena (nacida el NUM002 /1989), la agarraron y la introdujeron dentro del portal por la fuerza. Una vez dentro, mientras dos de ellos le sujetaban por las muñecas y por las piernas y hablaban entre ellos y se reían, el acusado se acercó y la comenzó a besar, moviendo D<sup>a</sup> Elena la cabeza para evitar los besos, al tiempo que le bajaba su pantalón y sus bragas y la penetró varias veces vaginalmente. Tras esto, soltaron a D<sup>a</sup> Elena que salió corriendo.

II.- A las 0:45 horas del día 11 de agosto de 2013, D<sup>a</sup> Gema (nacida el NUM003 /1993) denunció que en la madrugada de ese día había conocido a tres varones dominicanos y tras tomar unas copas, sobre las 08:00 horas se fue con ellos al domicilio que uno de ellos le dijo que estaba en C/ DIRECCION000 n° NUM004 de Madrid; que una vez allí, los tres hombres comenzaron a desnudarla y la intentaron meter en la ducha, negándose D<sup>a</sup> Gema que gritaba pidiendo auxilio y que seguidamente, la tiraron sobre la cama y mientras dos de ellos la sujetaban por brazos y piernas, el otro la penetraba vaginalmente y al terminar éste, la penetraba otro de los agresores sujetándola sus compañeros; que la penetraron los tres vaginalmente y la obligaron a hacer dos felaciones, mientras que ella pedía auxilio y lloraba y que finalmente llegó otro hombre quien a petición de uno de sus agresores le llevó hasta donde se encontraba su amigo D. Rosendo . D<sup>a</sup> Gema denunció también que mientras era agredida pudo llamar a su amigo Silvio pidiéndole ayuda.

En el análisis de muestras vaginales biológicas tomadas a D<sup>a</sup> Gema se ha encontrado un perfil genético procedente del acusado D. Eutimio .

No han quedado probados los hechos denunciados por D<sup>a</sup> Gema .

III.- El acusado D. Eutimio fue detenido por estos hechos el 25 de abril de 2019, decretándose su prisión provisional el 27 de abril de 2019, situación en la que permanece".

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado D. Eutimio como autor de un delito de **agresión sexual** del artículo 178, 179 y 180.1. 2<sup>a</sup> Código Penal, antes definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de trece años y seis meses de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de diez años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, con el contenido que se determine en ejecución de sentencia conforme al artículo 106 cp; a que indemnice a D<sup>a</sup> Elena en veinte mil euros (20.000 €) más intereses del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia; y al pago de la mitad de las costas procesales.

ABSOLVEMOS al acusado D. Eutimio del otro delito de **agresión sexual** a D<sup>a</sup> Gema por el que venía acusado. Se declaran el resto de las costas de oficio.

Se mantiene la prisión provisional del acusado.

Abónese el tiempo sufrido de privación de libertad para el cumplimiento de la pena de prisión.

Procédase a la destrucción de la prenda interior de la víctima y del material genético obtenido en esta causa.



Firme la presente procedase a la anotación en el Registro Central de Delincuentes **Sexuales** en los términos del Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes **Sexuales**.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro del QUINTO DÍAS al de su notificación, que se amplía por otro plazo igual de conformidad con el artículo 2 del RDL 16/20, de 18 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Notifíquese a las víctimas en cumplimiento con el artículo 7.1.c) del Estatuto de la Víctima del Delito".

**TERCERO.**- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Eutimio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.**- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la parte recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.**- Al amparo de lo prevenido en el art. 5.4 de la L.O.P.J en relación con los arts. 24.1 y 24.2 de la C.E. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la defensa.

**Motivo Segundo.**- Por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 178, 179, y 180.1. 2ª C.P. puestos en relación con la vulneración del principio acusatorio, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la defensa.

**Motivo Tercero.**- Por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 109 y 116 CP.

**Motivo Cuarto.**- Por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 66.1 y 72 CP.

**QUINTO.**- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en escrito de 22 de septiembre de 2020 manifiesta que impugna el presente recurso de casación e interesa la inadmisión del mismo ( art. 884 y art. 885 LECrim) y subsidiariamente, su desestimación; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de diciembre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Recurre en casación la representación procesal de D. Eutimio la sentencia núm. 150/20 de fecha 29 de mayo de 2020 dictada por la Sección núm. 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se le condena como autor de un delito de **agresión sexual** de los artículos 178,179 y 180.1. 2ª, a la pena entre otras, de trece años y seis meses de prisión.

En esencia, los hechos que sustentan la condena fueron, que en compañía de otros dos varones no identificados, al pasar delante de ellos Dª Elena , la agarraron y la introdujeron dentro del portal por la fuerza y una vez dentro, mientras los otros dos la sujetaban por las muñecas y por las piernas y hablaban entre ellos y se reían, el acusado se acercó y la comenzó a besar, moviendo Dª Elena la cabeza para evitar los besos, al tiempo que le bajaba su pantalón y sus bragas y la penetró varias veces vaginalmente.

1. El primer motivo que formula es al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con los arts. 24.1 y 24.2 C.E. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la defensa.

Alega: i) que a lo largo de la causa, y siempre por causas imputables a la víctima, no se ha llevado a cabo un reconocimiento médico forense de la misma, ni físico ni psiquiátrico; ii) que en aras de valorar la verosimilitud en el testimonio de la víctima, destaca que la condena se pronuncia sin la más mínima corroboración objetiva periférica, basada única y exclusivamente en su declaración; y iii) que ante esta ausencia de corroboraciones objetivas, el largo listado de antecedentes toxicológicos y psiquiátricos que sufría Elena con anterioridad al momento de los hechos precisaba de manera ineludible de una valoración psiquiátrica que nos hubiera arrojado luz acerca de la posibilidad de que los trastornos que padece hubieran podido afectar a la ideación, la fabulación, o a la eliminación de recuerdos o su alteración, pues este reconocimiento, a diferencia del informe de la clínica López Ibor, hubiera enfatizado en los hechos que son hoy objeto de enjuiciamiento, ayudando a



establecer una posible relación entre su versión de los hechos y los trastornos que padece; lo contrario, sin embargo ha privado a esta defensa de la más mínima posibilidad de contradicción, otorgando la sentencia una fe ciega a lo por ella manifestado, lo cual supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, y a un proceso con todas las garantías pues el Sr. Eutimio ha sido condenado en base a la declaración de la víctima como única prueba de cargo, pero sin embargo, incumple todos los parámetros exigidos por la jurisprudencia para merecer una razonable credibilidad, lo cual debe conducir a la absolución de mi patrocinado por ausencia de prueba.

2. La jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra entre muchísimas otras, la STS núm. 625/2020, de 19 de noviembre, reitera que:

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso con todas las garantías, ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) ( STC 185/2014).

Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron. No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo.

Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

La declaración de la víctima, desde planteamientos de carácter general, puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión. Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, sugiriendo parámetros o fórmulas que, sin desconocer la importancia de la inmediatez, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal, mediante el análisis de la persistencia en la incriminación, la ausencia de razones de incredibilidad subjetiva y la existencia de elementos periféricos de corroboración que refuercen la versión del testigo.

Bien entendido que no se trata de trasladar al testimonio de la víctima las mismas exigencias que se aplican al de los coimputados, pues su situación no es equiparable, pero tampoco atribuir a la víctima de un plus de credibilidad inmune a cualquier consideración negativa derivada del resultado del examen de las circunstancias de los hechos, de los datos periféricos y del contenido de lo declarado.



3. Desde estos presupuestos jurisprudenciales y tras la lectura de la fundamentación de la sentencia recurrida, el motivo necesariamente debe ser desestimado.

Este es el contenido de esa fundamentación, donde el subrayado, es ahora adicionado:

En el presente caso *la declaración de D<sup>a</sup> Elena resulta totalmente creíble*. Es clara, minuciosa pese al tiempo transcurrido desde los hechos, *coherente, ausente de contradicciones y persistente*. Su exposición es sosegada empero al nerviosismo que presentaba y el esfuerzo personal y psicológico que le ha supuesto acudir al juicio y recordar la **agresión** de la que fue objeto ante su agresor, como queda evidenciado por la reacción que tuvo al recibir la citación de este Tribunal alegando la imposibilidad de comparecer por la ansiedad que le produce el juicio, lo que ha sido canalizado a través del recurso de la Oficina de Atención a la Víctima y la asistencia psicológica que le ha sido facilitada. Es innegable el dolor, malestar y sufrimiento que, tanto los hechos como después la denuncia y el procedimiento, han causado a esta víctima al sufrir la **agresión** y tenerla que relatar en varias ocasiones, acentuado por el hecho del mucho tiempo transcurrido desde los hechos hasta que fue localizado el acusado, tras producirse la coincidencia genética de la muestra obtenida a partir de los espermatozoides encontrados en la braga de la víctima y el perfil genético indubitado del acusado existente en una base de datos de Francia a raíz de su detención el 05/03/2018 por un delito de tenencia de arma prohibida y productos estupefacientes, y su posterior detención el 25 de abril de 2019. Buena prueba del dolor de la víctima es que después de tener que declarar en Instrucción de nuevo a raíz de la identificación del acusado como su agresor, tuvo un ingreso en la Clínica Psiquiátrica López Ibor (folio 600) y después, al acordarse una nueva declaración una vez detenido el procesado a petición de su defensa, ésta tuvo que ser suspendida por el ataque de ansiedad que sufrió la víctima y que hizo necesario su asistencia médica por el SUMMA 112 en el propio Juzgado de Instrucción (folio 615).

Es esencial destacar este *proceso de victimización secundaria y la angustia que el procedimiento ha producido en la víctima*, persona especialmente vulnerable por sus antecedentes psiquiátricos, porque el mismo explica lo que la defensa trata de presentar como una oposición (inexistente) de la testigo-víctima a la instrucción esgrimiéndolo como déficit de su credibilidad. D<sup>a</sup> Elena no se ha sustraído al procedimiento judicial ni ha entorpecido la instrucción, sino que ha prestado en todo momento la colaboración que se le ha pedido. La falta de reconocimiento inicial por el médico forense al tiempo de la denuncia; o después, cuando se le recibió declaración judicial al reaperturarse el procedimiento por ser identificado a través del ADN el acusado; o la falta de informe pericial psicológico no constituyen una instrumentalización del procedimiento por la víctima, quien siempre ha estado a disposición judicial y se ha mostrado colaboradora. La razón de no poder practicar todas esas diligencias con la víctima ha sido principalmente el sufrimiento que los hechos y el procedimiento ha causado en la víctima, provocando en D<sup>a</sup> Elena una lamentable revictimización o victimización secundaria, en cuando daño (no deliberado, pero efectivo) causado por la relación que se ha establecido entre ella y el resto de operadores sociales - especialmente los de la Administración de justicia- que han intervenido en su proceso de atención/recuperación de la **agresión sexual** sufrida.

D<sup>a</sup> Elena, a preguntas de la defensa, manifestó en juicio que nunca se había negado a ir al forense, que siempre había dado todos los informes y todo lo que han pedido y que si hay alguna vez que no haya acudido - de lo que insiste que no tiene conciencia- sería porque estaba fatal, insistiendo que realmente ella tiene en mente que ha colaborado siempre que la han citado. Y tras examinar el procedimiento, este Tribunal comprueba que ha sido así.

En efecto, tras la denuncia en la policía D<sup>a</sup> Elena presentaba una gran nerviosismo, que fue reflejado así por la fuerza instructora (folio 12) (no puede olvidarse que antes de denunciar se autolesionó para controlar su dolor y angustia emocional como han explicado en juicio la propia víctima y psiquiatra que la ha venido tratando en la Clínica López Ibor), manifestando a la policía tras la denuncia que en ese momento no quería ser atendida por el forense y que quería irse a su casa a descasar, circunstancia que la policía comunicó al Juzgado de Guardia, que dijo a la policía que así se lo dirían al forense y que harían saber a la Fuerza de Seguridad las instrucciones a seguir. No consta que D<sup>a</sup> Elena conociera la llamada a su domicilio del médico forense, que fue atendida por sus padres que indicaron al forense que estaba dormida y había sufrido un ataque de ansiedad (folio 16). No consta tampoco que el médico forense o el Juzgado la citaran con posterioridad, no realizando el forense informe sobre las gestiones que realizó con sus padres - que no con la víctima-.

En cuanto a la incomparecencia de D<sup>a</sup> Elena al médico forense a fin de ser explorada y reconocida por las lesiones que pudo haber sufrido en la **agresión sexual**, acordada el 13 de marzo de 2019 (es decir casi seis años después de los hechos), la propia víctima explicó en motivo de su inasistencia cuando acudió de nuevo al Juzgado para declarar otra vez, a petición de la defensa: en esa declaración de 16 de junio de 2019, que está grabada (folio 279), D<sup>a</sup> Elena, en un evidente estado de angustia y ansiedad, con temblores, explicó que a raíz de la declaración prestada el 5 de marzo de 2019 tras la identificación del acusado en la causa, se sintió tan mal que tuvo que ingresar en la Clínica psiquiátrica López Ibor -lo que está documentado- y que no se sentía





con fuerzas para declarar y que solo comparecía en esa nueva citación porque había sido llamada, solicitando no declarar. Esta petición no fue atendida, procediendo la víctima a contestar mientras se ve cómo se limpia las lágrimas y está temblando, moviendo nerviosamente las piernas sin parar, hasta llegar un momento en la declaración en la que rompe a llorar y dice no poder seguir más y querer ir, suspendiendo la Magistrada de Instrucción la declaración y teniendo que ser asistida por el SUMMA 112 por un ataque de ansiedad, en la propia sede judicial, de lo que sea dejado constancia (folios 617 y 618).

Por lo que se refiere a la valoración psiquiátrica por parte de la clínica médico forense, la citación de los forenses especialistas en psiquiatría fue recibida por su madre (folio 672), sin que conste que se la hubiese entregado a su hija D<sup>a</sup> Elena . Además la recogida de la citación por la madre en Correos fue el día 25 de junio de 2019, cuando probablemente había pasado el día para el que fue citada por la clínica médico forense, pues aunque no consta en las actuaciones el telegrama de citación, la otra víctima en la misma causa fue citada por los forenses para reconocimiento el día 24 de junio de 2019. En definitiva, no estando acreditado que D<sup>a</sup> Elena conociera a tiempo la citación para su reconocimiento forense psiquiátrico, no puede afirmarse que se negara a comparecer de modo voluntario a esa diligencia.

*La víctima no ha mostrado rebeldía ni oposición al procedimiento judicial ni a ninguna diligencia acordada respecto de ella.* Es equivocada la interesada valoración que la defensa trata de dar a la falta de práctica de algunas diligencias con la víctima, como si ello se debería a la exclusiva e injustificada voluntad de la misma (a) modo de un manejo por la víctima para evitar pruebas que no pudieran serle favorables, lo que ya hemos dicho que no es cierto.

Pero además esas diligencias -salvo el reconocimiento inicial por el forense para la obtención de restos biológicos- eran innecesarias y no han mermado el derecho de defensa del acusado. En cuanto al reconocimiento médico forense sobre las lesiones, si bien en el primer momento hubiera sido pertinente y adecuado (sin que conste que el médico forense o el Juzgado la citara de inmediato tras la crisis de ansiedad que padeció y que le fue comunicada por la madre al forense), la víctima siempre ha dicho que no le causaron lesiones, sin que el médico de urgencias del Hospital de Sanchinarro que la atendió, Dr. Donato , le apreciara, en examen externo, lesión alguna. En consonancia no se señala resultado de lesión física ni en la acusación ni en los hechos probados.

*De todo punto se presenta como innecesario el reconocimiento de la víctima, para valoración de lesiones por el médico forense,* cinco años y nueve meses después de los hechos, una vez que se reabre la causa tras la identificación del acusado como autor por muestras de ADN. Es obvio que tantos años después ninguna lesión podría tener ni serle apreciada, más cuando la víctima mantuvo en su declaración que no tuvo ninguna lesión.

Finalmente la valoración psiquiátrica de D<sup>a</sup> Elena podía realizarse -como así se ha hecho- con los informes psiquiátricos de la misma, quien desde un primer momento reconoció que presentaba un trastorno de personalidad y que estaba siendo tratada, ha aportado de forma voluntaria los informes que tenía y ha comparecido en juicio, a propuesta de la defensa, la psiquiatra que la trató, Dra. Enriqueta , la cual ha explicado de modo extenso y claro los trastornos que presenta la víctima, la razón de que D<sup>a</sup> Elena se autolesione, el significado de que ello sea en las piernas, el motivo por el cual no abordara en la terapia la **agresión sexual** que hoy nos ocupa, informando de modo contundente que D<sup>a</sup> Elena no presenta problemas de deterioro cognitivo, no existiendo dudas sobre los recuerdos de D<sup>a</sup> Elena ni dando importancia al hecho de que no mencionara la **agresión sexual** hoy juzgada hasta su último ingreso de urgencia, tras la declaración judicial. Por el contrario, destaca esta perito psiquiatra que D<sup>a</sup> Elena tiene un comportamiento coherente y cualquier paciente ha de ser libre para contar, no pudiendo decir de nadie que oculta, que ella (la perito) no hace demostración de lo que los pacientes le cuentan y en el caso de D<sup>a</sup> Elena , no ha percibido que ocultara la **agresión sexual**, que nunca lo abordó en las sesiones (como tampoco lo hizo respecto del abuso que la víctima sufrió en la adolescencia) porque no era objeto ni contenido de su tratamiento.

La defensa trata de atacar la fiabilidad del testimonio de la víctima y la credibilidad de ésta por el hecho de que la denuncia se produjera unas horas después, o que no se aportara la ropa interior de la víctima en el momento de la denuncia o que el reconocimiento de lugar donde ocurrió la **agresión sexual** se realizara pocos días después. Una vez más este Tribunal examina la causa y comprueba que D<sup>a</sup> Elena denunció los hechos a las pocas horas. Explica la perjudicada que tras la **agresión sexual** se fue a su casa, no recordando cómo llegó, se metió a la cama, que no se lo contó a sus padres porque le daba vergüenza y comienza a autolesionarse y ante la gran angustia que sentía, despierta a sus padres para que la ayuden, acudiendo con ellos a denunciarlo, dirigiéndose al hospital siendo la hora de ingreso las 02:21 horas (folio 28).

Es lógico que una víctima no acuda a la policía a denunciar llevando la ropa interior que vestía en el momento de la **agresión**. Pero además, en este caso D<sup>a</sup> Elena , acompañada de sus padres, acudieron en primera



instancia al hospital y es allí donde activan el protocolo de **agresión sexual** y acude la policía al centro sanitario, recogiendo a la perjudicada a quien trasladan a dependencias policiales para recogerle la denuncia.

La policía realizó una llamada a la madre de la víctima sobre las 17:00 h del día 11 de junio comunicándole la necesidad de que entregara la ropa interior y que compareciera D<sup>a</sup> Elena para realizar junto a la policía el recorrido anterior a la **agresión** y ubicar el lugar donde ésta tuvo lugar, haciéndose constar que la madre de D<sup>a</sup> Elena respondió que su hija no se encontraba en situación de hacer ninguna gestión (folio 16). Al día siguiente, la policía contactó personalmente con la víctima y tras manifestarles que se encontraba mejor, fue citada para que se personara en las dependencias policiales sobre las 18:00 horas del día 13 de junio de 2013 para la entrega de las prendas que vestía en el momento de la **agresión** y diligencia de identificación del lugar, lo que así hizo D<sup>a</sup> Elena. De nuevo ha existido una total colaboración por parte de la perjudicada a la investigación, siendo errónea la premisa de falta de colaboración apuntada por la defensa del procesado.

Pero además, sostener la incredibilidad del testimonio de una víctima de un delito contra la libertad **sexual** por el hecho de que después de sufrir el abuso no pidiera ayuda (omitiendo la defensa que sí que la pidió cuando estaba siendo agredida y que no acudió nadie en su auxilio, pese a que había gente en las inmediaciones, por lo que ningún sentido tiene pedir ayuda finalizada la violación), o que tarde unas pocas horas en denunciar y que no pueda realizar en el mismo momento de la denuncia diligencia de investigación ante el estado de nerviosismo que presenta, solo puede explicarse desde una errónea y censurable concepción de cómo ha de ser una víctima de estos delitos, influida por caducos y erróneos estereotipos de género conforme a los cuales la víctima de un ataque contra su libertad **sexual** denuncia siempre y de inmediato, sale tras la **agresión** pidiendo ayuda a cualquiera que se encuentre (pese a que no fueron atendidas sus peticiones de auxilio cuando estaba siendo agredida), se somete de inmediato a todas pruebas y diligencias de investigación sin importar su angustia o dolor y cuenta el abuso a cuantos le rodean. Lo que obviamente no es así.

En otro orden de cosas, es ejemplar la *persistencia de la víctima*, quien siempre ha realizado el mismo relato de hechos, pese al tiempo transcurrido, relatando la **agresión** de modo igual: tres varones la meten en un portal, es sujeta por las muñecas y hombros por dos, mientras que el tercero -que ha resultado ser el acusado por las pruebas de restos biológicos y ADN- la intentaba besar, moviendo ella la cabeza para zafarse y la baja los pantalones y la braga y la penetraba en varias ocasiones vaginalmente, contra la voluntad de la víctima, que gritaba y pedía ayuda a la gente que había en la calle.

No solo el relato de la **agresión** es persistente, sino que también lo es la narración de lo ocurrido antes y después de la **agresión**. Antes: había estado con su amiga (cuya identidad no se la ha requerido nunca) por la calle y sentadas en un banco bebiendo dos litronas e iba camino del metro para volver a su casa. Después: salió corriendo y se fue a su casa y allí se encerró en la habitación y se empezó a cortar en las piernas, que no dijo nada pero de madrugada no aguantaba más angustia y despertó a sus padres, se lo contó y se fueron al hospital.

La declaración de D<sup>a</sup> Elena está rodeada de *corroboraciones periféricas objetivas*, que refuerzan la verosimilitud de su testimonio.

Aunque incomprensiblemente la acusación no ha citado a los padres de la víctima, que ésta despertó a sus padres y les contó la **agresión** a altas horas de la noche, tras realizarse cortes en las piernas, resulta acreditado con el informe de urgencias, ratificado por su autor en juicio, donde consta que D<sup>a</sup> Elena acudió en compañía de sus padres sobre las 02:21 h, en mal estado general, muy ansiosa, comentando su madre al médico que en la desesperación se lesiona las piernas.

Además de ese episodio autolítico en las piernas, la víctima se volvió a producir cortes en esa zona tras su declaración judicial el 5 de marzo de 2019. La rememoración de la **agresión sexual** le produjo un estado que le llevó a un nuevo ingreso, tal como ha explicado la psiquiatra que la trató en la Clínica López Ibor hasta julio de 2019. Esta médica de modo clarificador aclaró que los pacientes que tienen una dificultad para regularse emocionalmente, como D<sup>a</sup> Elena, a veces utilizan el correlato conductual para el manejo de la ansiedad y el sufrimiento y ese correlato conductual es en ocasiones conductas autolíticas, vinculadas tanto al consumo de sustancias como a episodios traumáticos, descartando que se den los episodios autolíticos en el caso de exclusivo consumo de sustancias tóxicas, pues, dice, no todo el mundo que consume se hace daño. Que la única vez que en la clínica -a la que la víctima acude desde el año 2014- ha visto autolesiones en D<sup>a</sup> Elena fue en el último ingreso el de 27 de marzo de 2019 (dos semanas después de que prestara declaración en el Juzgado de Instrucción), consistiendo en cortes en las piernas. Informe la perito que los cortes en esa zona son sospechosos de haber sufrido un abuso **sexual**, refiriéndola D<sup>a</sup> Elena en este ingreso de urgencia de marzo de 2019 por alteración afectiva con correlato conductual, que había tenido que declarar al Juzgado por una **agresión sexual** sufrida. Y añade la psiquiatra propuesta como perito que es cuando la paciente tiene que conectar de nuevo emocionalmente con ese episodio cuando sufre esa alteración que le lleva a un consumo



de alcohol y cocaína (no comprobado) y a hacerse cortes en las piernas, que, insiste la perito, identifican un posible abuso **sexual**.

A la vista de estas explicaciones, el nuevo ingreso tras tener que recordar la **agresión sexual** de la que fue objeto por parte del hoy acusado, con correlato conductal en forma de cortes en las piernas, constituye pues una corroboración cualificada de la **agresión sexual** denunciada.

Por otra parte, en la braga de la víctima se halló presencia de espermatozoides de los que se pudo extraer con el ADN, que han resultado coincidente con el del procesado D. Eutimio (informe de ADN NUM006 Ampliación ratificado en juicio, folios 160 a 163), quien también utiliza el uso o identidad de " Olegario " con la que fue detenido en Francia por un delito de tenencia de arma prohibida y productos estupefacientes el 05/03/2018, tomándosele muestra de ADN y decretándose la expulsión de ese país (folio 160). Fue a raíz de esta reseña genética europea cuando se comprueba que " Olegario " es el hoy acusado Sr. Eutimio : primero por identificación lofoscópica por estudio dactilar de las huellas remitidas por las autoridades francesas a nombre de " Olegario " y las del acusado, en el que se concluye que se trata de la misma persona (informe obrante a los folios 587 a 591 ratificado en juicio). Después, tras obtener una muestra de ADN del acusado por el cotejo del perfil genético obtenido a partir de esa muestra indubitada con el encontrado en la braga de D<sup>a</sup> Elena , que además es coincidente con el procedente de la bases de datos de Francia perteneciente a " Imanol " (informe de ADN 19-L 1-04367, de 2 de agosto de 2019 ratificado en juicio, folios 90 a 902).

Es verdad que como ya ha dicho este Tribunal (SAP 23 de febrero de 2017, Pte. Ilmo. Sr. Rodríguez Castro) esta prueba biológica no acredita la **agresión sexual**, sino solo que ha existido una relación **sexual** entre la víctima y el acusado, manteniendo éste que tuvo relaciones **sexuales** consentidas con D<sup>a</sup> Elena en su domicilio, sito en C/ DIRECCION001 NUM005 y que dos días después ésta le llamó para pedirle dinero para la "pastilla del día después", a lo que él no accedió y que por eso es por lo que supone que le ha denunciado. Y tanto él como su defensa insisten que prueba de que eso fue así es que el acusado conocía que D<sup>a</sup> Elena era profesora de inglés de niños y que consumía cocaína, datos que solo puede saber porque ella se lo contó en ese encuentro "consentido" que culminó con la relación **sexual** asimismo "consentida". La víctima dice que ella no dijo nada al acusado ni a los otros agresores de su vida y no sabe cómo puede conocer el acusado esos datos, pudiendo saberlo por redes sociales y por un libro autobiográfico, donde cuenta que consume, que publicó hace dos años (es decir antes de que el acusado haya sido detenido y haya declarado en esta causa). Pues bien, aparte de estas posibles fuentes de conocimiento apuntadas por la víctima, el examen de las actuaciones evidencia que el acusado los pudo conocer precisamente a través del procedimiento, al que accedió tras la primera declaración ante el Juzgado de Alcobendas de Guardia en la que solo manifestó -y únicamente a preguntas de su abogado- que no tenía nada que ver con los hechos, que no conocía a " Olegario ", que nunca había sido expulsado por Francia y que tiene nacionalidad española desde hacía varios años. En ningún momento dice haber tenido relaciones consentidas con la víctima (folio 495), sino que declaró no tener nada que ver con esos hechos (por lo tanto tampoco con la víctima, ni siquiera de modo consentido). Es en su segunda declaración ante el Juzgado de Instrucción 36 de Madrid que conocía de la causa más de un mes después, estando ya personado (así se infiere del encabezamiento de las resoluciones, constando ya representación del acusado), cuando contestando solo a preguntas de su defensa, dice que conocía a la víctima, que buscaba "tema" (es decir cocaína), que él la invitó a subir a su casa para consumir juntos, contándole D<sup>a</sup> Elena que era profesora de niños y teniendo relaciones **sexuales** consentidas. Datos que aparecían en la causa: en el informe de urgencias del Hospital de Sanchinarro tras la **agresión sexual**, en los antecedentes personales se hace constar "maestra infantil en paro" (folio 28), informe que había sido enviado al Juzgado de Alcobendas al tiempo de la detención del acusado (folio 462), teniendo desde entonces conocimiento de él la parte investigada.

En cuanto al interés secundario alegado por el acusado (le denuncia porque no accedió a darle dinero para la pastilla del día después), cae ante el hecho de la denuncia de los hechos que le permitiría acceder a esa pastilla de forma gratuita, manifestando la perjudicada que ella no la tomó. Por lo demás ha quedado evidenciado que el acusado -que en todas sus declaraciones solo ha contestado a las preguntas de su abogado- faltó a la verdad en sus manifestaciones: dijo no conocer a " Olegario " cuando de los informes lofoscópicos y de AND resulta es él mismo, tratándose de un USA. Dijo que nunca ha vivido en Francia, cuando consta que ha sido expulsado por ese país tras una causa penal. Dijo que la relación con la víctima tuvo lugar en su casa sita en C/ DIRECCION001 NUM005 , cuando la víctima en el recorrido que hizo con la policía identificó el inmueble de C/ Barco 38, ocurriendo en el portal que describe con un detalle, precisión y persistencia propios de conocerlo. Y si miente en esos hechos que ninguna consecuencia penal tienen, es lógico pensar que miente en aquellos que sí pueden constituir delito.

Para terminar debe abordarse la cuestión de *credibilidad de la víctima por los trastornos de la inestabilidad emocional de la personalidad y trastorno por abuso de alcohol y cocaína que presenta...* En el caso que hoy enjuiciamos, si bien D<sup>a</sup> Elena tiene un trastorno de la inestabilidad emocional de la personalidad, a preguntas





del abogado defensor a la perito psiquiatra sobre en qué medida afecta ese trastorno a la capacidad de memoria la ideación, a la fabulación, a la eliminación de recuerdos o alteración, contesta la Dra. Enriqueta, de modo seguro y contundente, que en el trastorno de inestabilidad emocional no hay criterio de deterioro cognitivo y que ella no pasó pruebas de diagnóstico sobre un deterioro de este tipo porque no encontró criterios clínicos sugestivos para mandar esa prueba diagnóstica.

En cuanto a la afectación de la memoria por un trastorno de abuso de alcohol y cocaína, la perito refirió que cuando se sobrepasan los límites del consumo puede tenerse problemas en el recuerdo como cualquier persona.

Problemas que en este supuesto ni se apreciaron por la psiquiatra que la ha tratado tantos años, ni por este Tribunal, siendo el relato de la **agresión** de las distintas declaraciones prestadas igual, con los mismos detalles, tanto en el momento de los hechos (11 de junio de 2013) como casi seis años después, cuando vuelve a declarar tras ser identificado el acusado como autor de la **agresión** y más tarde en el juicio oral.

A modo de conclusión, en el caso enjuiciado, la declaración de la víctima, persistente, coherente, sin interés y corroborada objetivamente, resulta racionalmente bastante para tener por probado la **agresión sexual** de la que D<sup>a</sup> Elena fue objeto por parte del acusado, penetrándola reiteradamente por vía vaginal, contra su voluntad, mientras era sujeta por dos varones en un portal donde la introdujeron por la fuerza.

4. En definitiva, ninguna prueba ha sido denegada, aunque la práctica en algún extremo ha resultado fallida, pero como consecuencia precisamente de reviviscencia de la **agresión** inicial sufrida, en claro ejemplo de victimización secundaria, que con la ponderación precisa frente a la observancia del derecho de defensa, como en autos, en que existe ya un dictamen pericial psiquiátrico, debía ser evitada (art. 21 b) y d) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que traspone la Directiva 2012/29/UE); tanto menos el examen físico, ante la carencia de lesiones, transcurridos más de cinco años por lo que devenía absolutamente estéril; mientras que por contra resulta acreditada toda falta de animadversión contra la víctima, ante el patente hecho de que no lo identifica sino que resulta su identidad a partir de la inclusión del perfil genérico obtenido de su braga, que no aporta por iniciativa propia sino recabada por la Policía, y su ulterior coincidencia con el incorporado en Francia, en la correspondiente base de datos derivado de una nueva comisión delictiva, donde también le fueron tomadas sus huellas dactilares; sin deterioro cognitivo alguno pericial y tajantemente afirmado que pudiera derivar de su trastorno de la inestabilidad emocional de la personalidad, de modo que ninguna tacha de credibilidad empaña su relato; mantenido en las varias ocasiones que tuvo que hacerlo con absoluta persistencia; y contando con elementos objetivos de corroboración, como es el ADN correspondiente al inculpado en su braga, los episodios autolíticos con cortes en las piernas, tras la **agresión** y cuando tras su declaración judicial el 5 de marzo de 2019, que tiene que rememorar el episodio.

Al igual que se razona la falta de credibilidad de la tesis de descargo del acusado, consistente en que conocía a la víctima y que la relación **sexual** había sido consentida, cuando inicialmente se limitaba a negar de forma genérica y sólo una vez conocido el sumario, elabora la versión alternativa; por otra parte de escasa eficacia, ante quien sufre el episodio reactivo que le conduce al hospital y resulta que en su braga se encuentran restos biológicos del ADN del acusado, que sólo cinco años después se logran identificar.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO.**- El segundo motivo que formula es por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 178, 179, y 180.1. 2<sup>a</sup> C.P. puestos en relación con la vulneración del principio acusatorio, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la defensa.

1. Ante tal amalgama de motivos de extraña conciliación y difícil escisión, hemos de concluir a partir del contenido argumentativo que desarrolla, en aras de proporcionar una respuesta al planteamiento del recurrente, concorde a su vez, con la síntesis que en su escrito de impugnación propone el Ministerio Fiscal, que en esencia, el recurrente, presenta dos quejas:

La primera atinente a las deficiencias que presentaría el escrito de acusación del Ministerio Fiscal en cuyo relato de hechos se habría omitido precisar: i) que el autor actuó movido por el "ánimo de atentar contra el bien jurídico protegido de la víctima, la libertad e indemnidad **sexual**"; y ii) que la actuación conjunta del recurrente con otras dos personas fue "dolosa".

La segunda derivada de que la sentencia incorpora a los hechos probados unas circunstancias que no constaban en el escrito de acusación y que son utilizadas para la individualización de la pena, en concreto, las referencias a que los autores de la **agresión** "hablaban entre ellos y se reían" (estas son las concretas palabras que constan en los hechos probados).



2. El motivo, sólo se entiende desde el legítimo ejercicio del derecho de defensa, pero de su argumentario no resulta lesión alguna que deba ser tenida en mínima consideración.

El Ministerio Fiscal narra así la secuencia central de la acción delictiva: *"...fue abordada sorpresivamente por tres individuos, entre los que se encontraba el acusado, Eutimio ..., quienes la introdujeron por la fuerza en un portal; acto seguido, las dos personas no identificadas la agarraron por las piernas y las muñecas, mientras el acusado le bajaba violentamente el pantalón y las bragas, al tiempo que la besaba en la cara y el cuello, para después penetrarla vaginalmente varias veces sin preservativo"*.

No se comprende, concorde la tesis de la defensa, con ese preciso relato, como es posible entender del mismo en cualesquiera de las interpretaciones que se intenten, que "sin querer" pueden introducir a la fuerza a la víctima en un portal y agarrarla en conjunta actividad manos y piernas; ni como sin menospreciar y quebrar su libertad **sexual**, se emplean esos medios violentos para penetrar vaginalmente a la víctima.

De otra parte, la expresión "hablaban entre ellos y se reían", no afecta al contenido esencial de los hechos con trascendencia para delimitar la responsabilidad penal; por lo entran dentro del margen que el Tribunal dispone a partir de de la práctica de la prueba en el juicio oral, para complementar, detallar o matizar los que le proponen las acusaciones.

Así la doctrina constitucional contenida en la STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5º: *La adecuada correlación entre acusación y fallo, como garantía del principio acusatorio, implica que el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación; de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. Lógicamente, este condicionamiento fáctico no implica que el juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (por todas, SSTC 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3 , o 14/1999, de 22 de febrero , FJ 8).*

Doctrina que se reproduce en la STC 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2º; y que igualmente es reiterada por esta Sala, como muestra la STS 211/2020, de 21 de mayo y las numerosas que allí se citan.

Por otra parte, sin esa expresión igualmente se legaría a la individualización punitiva de instancia.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** El tercer motivo que formula es por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 109 Y 116 C.P.

1. Argumenta que para la fijación de la indemnización del daño moral la Ilma. Sala tiene en cuenta el *"especial daño para la víctima, con dos episodios autolíticos ante el desbordamiento del dolor que los hechos y su rememoración le han producido y un nuevo ingreso en una clínica psiquiátrica"*, pero lo cierto es que, debido a la falta de un reconocimiento médico forense psiquiátrico, por causa imputable a la propia víctima que no acudió a la cita médica, no ha sido objetivada ninguna lesión psíquica o secuela que Dña. Elena haya padecido o padezca en la actualidad como consecuencia del hecho delictivo. Por otro lado, a efectos de la cuantificación del daño moral derivado del delito resulta imprescindible valorar el historial psiquiátrico de la víctima, pues si esta padecía distintos trastornos con anterioridad a los hechos objeto de enjuiciamiento, ello supone una ruptura del nexo causal que impide atribuir a la presunta conducta de mi patrocinado todo el sufrimiento que padece la víctima en la actualidad. Y concluye que la cuantía fijada resulta infundada y desproporcionada, y se aparta de las indemnizaciones impuestas en supuestos similares por la propia sala sentenciadora, por lo que entiende debe producirse a una reducción de la indemnización, imponiéndose una cuantía no superior a los 10.000 euros.

2. La STS 445/2018, de 20 de octubre, en relación a los daños morales con cita de las SSTS 489/2014 de 10 de junio, 231/2015 de 22 de abril, 957/2016 de 19 de diciembre y 434/2017, de 15 de junio, reseña que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur*, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones ( SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada,



susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad ( SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero).

El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad **sexual** y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad ( STS 1490/2005, de 12 de diciembre)

De otra parte, son habituales las cantidades indemnizatorias de veinte mil ó treinta mil euros, con el solo sustento de este menoscabo derivado de una **agresión sexual** no resultan extrañas, (vid. STS 581/2020, de 5 de noviembre ó 344/2018, de 10 de julio); como tampoco cantidades superiores (vid. STS 502/2020, de 13 de octubre, donde la indemnización fijada en la instancia y no cuestionada en casación fue de 75.000 euros).

3. Es constante la doctrina jurisprudencial, como muestran las SSTS 536/2020, de 22 de octubre ó 423/2020, de 23 de julio, con abundante cita de resoluciones anteriores que en relación con las cuantías de las indemnizaciones fijadas en concepto de responsabilidad civil, que corresponde su fijación al Tribunal de instancia de manera que, por lo general, es cuestión no revisable en casación, ya que no cabe apreciar en su determinación infracción de ley al no establecer el Código Penal criterios legales para establecer su cuantía.

Solo sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia en los siguientes supuestos: " 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

Y como hemos visto, ninguno de esos supuestos acontece en autos.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** El cuarto motivo se formula por infracción de ley y de doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 66.1 y 72 C.P.

1. Se queja de que la sentencia condenatoria motiva en el fundamento de derecho séptimo, la imposición de la pena máxima dentro de la mitad inferior en base a distintas circunstancias y afirmaciones que no fueron objeto de acusación, que no han sido probadas o corroboradas en juicio, y fundamentalmente que forman parte del tipo básico por el que termina condenando, por lo que valorar doblemente su concurrencia para fundamentar la imposición de una pena superior resulta improcedente.

Argumenta que no se ajusta a derecho afirmar la concurrencia de los elementos que se incardinaron en el tipo básico imputado para justificar una mayor penalidad y antijuridicidad. De no concurrir dichos elementos la acción sería atípica, pero su concurrencia no puede conllevar su doble valoración contra reo en cuanto a la tipicidad de la conducta y en cuanto a la penalidad a imponer.

2. Por lo que respecta a la motivación de la pena impuesta, la STC 76/2007, de 16 de abril, recuerda que ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE, y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24 CE, resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, en cuanto que el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal ( SSTC 108/2001, de 23 de abril, FJ 3; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3; 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 170/2004, de 18 de octubre, FJ 2). Más en concreto, hemos declarado que también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión ( SSTC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3; y 170/2004, de 18 de octubre, FJ 2, entre otras) y que éstas sean razonablemente acordes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exige el precepto aplicable para la individualización de la pena ( STC 148/2005, de 6 de junio, FJ 4).



3. Pero esta motivación reforzada, se encuentra plenamente cumplimentada en la resolución recurrida:

En cuanto a la pena, de conformidad con los arts. 61 y 66 Código Penal, atendidas las circunstancias de los hechos, la fuerza empleada, la intervención de tres personas que lleva a la aplicación del tipo agravado, la reiteración de la penetración, la vejación añadida a la que la someten con las risas y celebraciones de la violación por parte de sus agresores y el enorme sufrimiento causado a ésta y que sigue en el día de hoy, después de casi siete años, que le ha llevado a la autolesión en dos ocasiones, a ingresos psiquiátricos y a la dificultad emocional al recordar la **agresión**, consideramos adecuada la pena de trece años y seis meses de prisión, que es la máxima de la mitad inferior, al no concurrir circunstancias agravantes, pero circunstancias que justifican una pena superior a la mínima legal, antes citadas, en particular la reiteración en la penetración, la concurrencia de tres personas y el desprecio que muestras hacia la víctima no solo al agredirla sino al reírse de ella mientras está siendo penetrada, pese a los gritos de auxilio que emite.

A pesar de las alegaciones del recurrente, todas las circunstancias ponderadas se encuentran plenamente probadas y acreditadas en autos; pero incluso a meros efectos hipotéticos, aún en el caso de prescindir del desprecio derivado por las risas y del dictamen de la Doctora psiquiatra, el resto de los elementos indicados justifican que dentro del tramo discrecional que en autos dispone el Tribunal, de doce a quince años, se imponga en su mitad, trece años y seis meses, por lo que difícilmente se entiende el motivo.

Efectivamente, bastaba para la agravación específica, la actuación conjunta de dos personas y en autos es de tres; y bastaba para la tipificación realizada una penetración vaginal, mientras que los hechos probados indican que fueron varias.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de desestimación, las costas se impondrán al recurrente.

## FALLO

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

**Desestimar** el recurso de casación formulado por D. Eutimio contra la sentencia núm. 150/20, de fecha 29 de mayo de 2020, dictada por la Sección núm. 29 de la Audiencia Provincial de Madrid, en procedimiento seguido contra el mismo por **agresión sexual**; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García