



Roj: **STS 4451/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4451**

Id Cendoj: **28079120012024100770**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2024**

Nº de Recurso: **11018/2023**

Nº de Resolución: **771/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 771/2024

Fecha de sentencia: 13/09/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 11018/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Cantabria

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 11018/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 771/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 13 de septiembre de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 11018/2023, interpuesto por **D^a. Socorro** (acusación particular), representada por el procurador D. Vicente Ruigómez Ortiz de Mendivil, bajo la dirección letrada de D. Luis Galán Sobero, y **D. Indalecio** (condenado) representado por la procuradora D^a. María del Carmen Olmos Gilsanz, bajo la dirección letrada de D. Enrique Arce Mainzhausen contra la sentencia n.º 12/2023 de fecha 26 de mayo de 2023 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 344/2022 de fecha 22 de diciembre de 2022 dictada por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera en el Procedimiento Sumario ordinario 69/2021, procedente del Juzgado de Instrucción num. 5 de Santander.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida **D^a. Adolfin** representada por el procurador D. Santiago Montejano Argaña, bajo la dirección letrada de D. Luis Virgilio de la Fuente García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Santander incoó sumario núm. 1549/2021 por delito de agresión sexual, contra Indalecio ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santander, cuya Sección primera, (Rollo de Sala 69/2021) dictó Sentencia en fecha 22 de diciembre de 2022 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Sobre las 21:00 horas del día 24 de noviembre del 2021 los acusados Indalecio y Adolfin fueron a la estación de autobuses de Santander a buscar a Socorro , quien se había desplazado hasta Santander para estar con su madre biológica Adolfin , que le presentó a su compañero sentimental Indalecio . Los tres se fueron a dar un paseo, luego estuvieron en varios establecimientos en los que consumieron bebidas alcohólicas, Indalecio compró alcohol y algo de comer en un Kebab y lo llevaron al hostel.

Sobre las 23:30 horas subieron a la habitación los tres, Indalecio , Adolfin y Socorro , donde estuvieron escuchando música, hablando, comiendo y bebiendo durante varias horas. En la madrugada del día 25 de noviembre del 2021 Socorro se empezó a encontrar mal, estaba mareada por las bebidas alcohólicas ingeridas previamente, y se tumbó en la cama donde se quedó amodorrada. Indalecio aprovechó dicha circunstancia para tumbarse en la cama donde desnudó a Socorro de cintura para abajo, le quitó las bragas y los zapatos y mientras Socorro oponía resistencia a ser penetrada, le empujaba y le decía que quería irse, consiguió penetrarla vaginalmente.

Mientras se desarrollaba la relación sexual inconsciente, entró en la habitación la procesada Adolfin sin que hiciera nada para impedir que la misma continuara. En un momento dado, hacia las 4 horas, Socorro consiguió zafarse de Indalecio y abandonó la habitación de la que salió corriendo, sin otra prenda encima que un vestido corto, sin ropa interior y descalza. En el exterior recabó el auxilio de los moradores de un bajo que estaba al lado del hotel, quienes dieron aviso a la Policía Nacional que se personó en el lugar, siendo trasladada en ambulancia Socorro al HUMV, dado el estado de shock, pánico y ansiedad que presentaba, sufriendo una crisis de ansiedad en urgencias.

A consecuencia de estos hechos Socorro sufrió eritema y edema en genitales externos, en genitales internos laceraciones en pared vaginal derecha, afectación emocional con ansiedad y tristeza, trastorno adaptativo mixto (ansioso depresivo) que persiste, sigue en tratamiento psiquiátrico.

La asistencia médica prestada a Socorro por estos hechos, generó unos gastos al Servicio Cántabro de Salud por importe de 165 euros.

En el hisopo vaginal tomado a Socorro se detectó perfil genético que coincide con el perfil genético de Indalecio ."

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

"Que debemos condenar y condenamos: A) al procesado Indalecio , como autor de un delito de agresión sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; a la prohibición de acercarse a la persona de doña Socorro , vivienda, lugar de estudio, trabajo o cualquier lugar que esta frecuente a una distancia inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, ambas prohibiciones por el plazo de DIEZ AÑOS; la accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por el plazo de TRECE AÑOS; y la medida de libertad vigilada por CINCO AÑOS, que se ejecutará tras la pena privativa de libertad. En concepto de responsabilidad civil el procesado Indalecio



indemnizará a doña Socorro en la suma de 12.000 euros, por las lesiones, daño moral causado y secuelas psicológicas, y al SCS, por la asistencia prestada a la perjudicada, en la cantidad de 165 euros, en ambos casos con aplicación de los intereses del artículo 576 de la LEC. Igualmente deberá abonar la mitad de las costas procesales causadas, con inclusión de las de la acusación particular y; B) absolvemos a la procesada Adolfinia del delito de agresión sexual por comisión por omisión del que se le acusaba y debemos condenarla como autora de un delito de omisión de los deberes de impedir delitos, a la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 6 euros, con aplicación en caso de impago de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C.P, así como al abono de la mitad de las costas causadas, con inclusión de las de la acusación particular.

Esta Sentencia no es firme pues, contra la misma, cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que podrá interponerse dentro de los diez días siguientes al de la última notificación de la sentencia."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Socorro , Adolfinia y Indalecio ; dictándose sentencia núm. 12/2023 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 26 de mayo de 2023, en el Rollo de Apelación 10/2023, cuyo Fallo es el siguiente:

"Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por doña Socorro , representada por el Procurador don David Morales Romero; y los interpuestos por doña Adolfinia , representada por el Procurador don Diego Francisco Diego Lavid; y don Indalecio , representado por el Procurador don José Miguel Araujo Sierra, contra la sentencia, de fecha 22 de diciembre de 2022, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Cantabria, en el Procedimiento Sumario 69/2021, que se confirma íntegramente. Se declaran de oficio las costas procesales del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, doña Socorro . Respecto de los recursos de apelación interpuestos por los condenados, doña Adolfinia , y don Indalecio , se les condena al pago de las costas procesales de sus recursos desestimados, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACION que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO días siguientes al de la última notificación, y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de Socorro y Indalecio que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes **motivos**:

Socorro

Motivo primero y único.- Al amparo del artículo 149,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Error de derecho.- Indebida aplicación del artículo 450 del Código Penal.

Indalecio

Motivo primero.- Artículo 5.4 de LOPJ, así como del artículo 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad penal (arts. 24.1, 25.1 y 9.1 CE).

Motivo segundo.- Al amparo del artículo 852 LECrim, y art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho consagrado en el artículo 24 apartados 1 y 2 del texto constitucional, en cuanto se entiende vulnerado el constitucional derecho la presunción de inocencia, vulnerando el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva, a la tutela judicial efectiva, por sí mismo, y también en relación con el artículo 9.3 del mismo texto, referente a la interdicción de la arbitrariedad, así como el artículo 120.3 de la CE, referente a la motivación de las sentencias,

Motivo tercero.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 178 y 179 del CP, en la versión vigente a la fecha de los hechos, no debiendo haberse considerado los hechos objeto de agresión sexual y en forma subsidiaria por no haber considerado los hechos como un abuso sexual, es decir, por vulneración por no aplicación de los arts. 181. 1 y 2 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos (abuso sexual) o LO 5/2010, de 22 agosto, así como en relación con la reforma efectuada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo.

Motivo cuarto.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 LECrim, por vulneración por aplicación indebida de los arts. 178 y 179 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos (agresión sexual), que se dicen de aplicación al actual.



Motivo quinto.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 LECrim, por vulneración por aplicación indebida de la normativa sustantiva del Código Penal derivada de la LO 10/2022, que suprime los artículos vigentes a la fecha de los hechos, siendo las agresiones sexuales tipificados en los art. 178, 179 y 180 del Código Penal, señalándose como infringidos los anteriores, con especial mención a la inaplicación del art. 178 en su apartado 3 "menor entidad del hecho y circunstancias personales del culpable", como

normativa sustantiva posterior en el tiempo, y más favorable para el acusado.

Motivo sexto.- Al amparo del núm. 1 del art. 849 LECrim, por vulneración por no aplicación de circunstancias eximentes o en cualquier caso atenuante de análoga significación conforme determina art 21. 7º CP.

Motivo séptimo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por vulneración por aplicación indebida de los arts. 109 y 110 C.Penal

Motivo octavo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim, por vulneración en indebida aplicación de la norma o precepto penal y jurisprudencia que lo interpreta, señalando como infringido el artículo 66 CP sobre motivación de la pena y del concepto jurisprudencial del análisis de la que determina "pena oportuna". (ausencia de motivación en la individualización de la pena procediendo en cualquier caso la pena mínima) y también jurisprudencia que los interpreta.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal apoya el único motivo del recurso interpuesto por Socorro , y solicita la desestimación del recurso de Indalecio . La parte recurrida se adhiere al recurso de Indalecio , e impugna el de la acusación particular. La Sala admitió los recursos quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 12 de septiembre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Indalecio

OBJETO

1. Ocho son los motivos que sustentan el recurso de casación formulado por el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Dos, al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de distintas garantías constitucionales y seis, bajo la cobertura del artículo 849.1 LECrim, por diversas infracciones de ley penal sustantiva. No obstante, analizados sus respectivos desarrollos argumentales, surge la triple necesidad de, primero, alterar el orden con el que se presentan; segundo, recalificar algunos, pues su contenido, incluso pretensional, se aleja del cauce invocado; y, tercero, refundir aquellos que son simple reiteración del previamente formulado. Y todo ello para procurar ofrecer una respuesta casacional coherente y completa. Tarea nada fácil cuando el recurso, como es el caso, se estructura de manera desordenada y, por tramos, muy confusa.

2. Así, con relación a los dos primeros motivos por vulneración de derechos constitucionales, se hace preciso iniciar el análisis por el segundo, el que denuncia lesión del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria. Motivo donde, creemos, debe integrarse el primero en el que, en términos difícilmente inteligibles, se denuncia vulneración de los derechos a la legalidad penal y a la tutela judicial efectiva por haberse aplicado la reforma del Código Penal operada por la L.O 10/2022 porque, se sostiene, no se ha acreditado *la ausencia de consentimiento de la afirmada víctima*. Pese a la aparente relevancia constitucional que se pretende dar al motivo lo que se cuestiona, si no lo hemos entendido mal, es que se haya acreditado el presupuesto fáctico del juicio de subsunción.

De igual modo, el tercer y el cuarto motivo -y sin perjuicio de sus desviaciones argumentales de la infracción de ley invocada- se analizarán como uno solo, pues el segundo, como reconoce el propio recurrente, carece de contenido autónomo respecto al previo.

Y con relación al motivo octavo, que denuncia infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 66 y 72, ambos, CP, se examinará con carácter previo al séptimo que cuestiona el alcance económico de la responsabilidad civil establecida en la sentencia.

PRIMER Y SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

3. Mediante un profuso desarrollo argumental, plagado de numerosas e innecesarias transcripciones de sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional, el recurrente denuncia, con un doble alcance, vulneración



de su derecho a la presunción de inocencia garantizado por la Constitución y el Derecho de la Unión Europea. Por un lado, considera que la prueba practicada en modo alguno permite considerar suficientemente acreditado que mantuviera algún tipo de relación sexual con la Sra. Socorro sin el consentimiento de esta. Por otro, combate, con alcance subsidiario, que no se haya declarado probado, pese a disponer el tribunal de datos de prueba suficientes, que al tiempo de los hechos el recurrente se encontraba bajo los efectos del alcohol.

Analicemos por separados ambos gravámenes.

§ Prueba insuficiente sobre la existencia de una relación sexual inconsciente concurriendo violencia

4. El recurrente centra su esfuerzo argumental en cuestionar la atendibilidad del relato de la Sra. Socorro al que califica de totalmente insuficiente para fundar sobre el mismo, de manera principal, la condena. Considera que la metodología empleada por los tribunales de instancia y apelación para la valoración de la prueba ha desconocido las implicaciones que comporta el derecho a la presunción de inocencia. En particular, la obligación de declarar no probada la hipótesis acusatoria si cabe identificar una duda que haga plausible una alternativa fáctica. En el caso, se ha otorgado un valor acrítico a la declaración de la afirmada víctima, la Sra. Socorro, neutralizando, de manera voluntarista, todos los datos de prueba que introducían dudas consistentes sobre la versión ofrecida por esta.

El juicio de inatendibilidad del relato ofrecido por la Sra. Socorro se nutre, sostiene el recurrente, de circunstancias fácticas relevantes y plenamente acreditadas que, sin embargo, no han sido tomadas en cuenta por la sentencia recurrida.

Primera, la testigo es una persona *con antecedentes de desamparo en su desarrollo evolutivo infantil, con problemas en estructuras familiares de convivencia, con antecedentes de ataques de ansiedad y con conocimiento y proximidad a actividades cercanas a la prostitución desarrolladas por terceros, entre estos su madre*. Lo que debe ponerse en relación con que el día de los hechos consumió alcohol en cantidades significativas, concertándose para, en el hostel donde pernoctó, compartir habitación, que disponía de una única cama, con su madre y el recurrente.

Segunda, en sus sucesivas declaraciones se contradijo en aspectos esenciales de los hechos justiciables, objeto de acusación. En particular, sobre la presencia de su madre en la habitación donde se afirma acaecieron los hechos presuntos. Ante la policía negó que su madre estuviera presente cuando fue agredida por el recurrente para, después, en sus sucesivas declaraciones judiciales, afirmar no solo su presencia, sino que también fue penetrada por el hoy recurrente cuando los tres se encontraban en la cama. La incoherencia narrativa es muy relevante y los argumentos que se ofrecen en la sentencia recurrida para atenuarla o relativizarla son irracionales.

Tercera, si bien la testigo Sra. Socorro cuando fue examinada en el Servicio de Ginecología del Hospital Marqués de Valdecilla de Santander en la madrugada del día 25 de noviembre de 2021 presentaba genitales externos eritematosos y edema y laceraciones sin sangrado en pared vaginal derecha, lo cierto es que ya presentaba signos de infección por herpes vaginal -que fue diagnosticado días después, en concreto el 3 de diciembre de 2021-. Los síntomas son, precisamente, la aparición de vesículas en los labios mayores y edemas en la zona vaginal del todo compatibles con los detectados por la forense y la ginecóloga que exploraron a la testigo. La sentencia de apelación, validando la de instancia, atribuye gratuitamente la infección al recurrente para así disociar los síntomas inflamatorios propios del herpes, observados en el Hospital de Logroño los días 26 y 30 de noviembre y 3 de diciembre de 2021, del edema y la laceración vaginal interna observada el 25 de noviembre en el Hospital de Santander. Se prescinde sin razón científica alguna del dato relativo a que el período de latencia del herpes puede ser de diez días, por lo que si finalmente la Sra. Socorro fue diagnosticada el 3 de diciembre es obvio que tuvo que contagiarse antes del 25 de noviembre de 2021. Ello explica las alteraciones vulvares y vaginales observadas ese día y los posteriores. Fuera de dichas alteraciones no hay, afirma el recurrente, ninguna otra lesión que pueda relacionarse con una acción violenta de penetración.

Cuarta, los resultados toxicológicos del análisis sanguíneo que se practicó a la afirmada víctima, Socorro, el día 25 de noviembre de 2021 arrojaron la presencia de 0.79 miligramos de alcohol por litro de sangre y 0,01 miligramos por litro de sangre de quetiapina. Pues bien, la presencia de dicha sustancia química que pertenece al grupo de los antipsicóticos, utilizada para el tratamiento de enfermedades tales como la esquizofrenia o la depresión bipolar (sic), solo puede consumirse previa prescripción médica, siendo incompatible con la ingesta alcohólica por los síntomas adversos que puede producir. Síntomas descritos en cualquier *VADEMECUM* y conocidos para el global de la ciudadanía (sic) sin que la magistrada o la sala actuante precisare de una prueba pericial especializada sobre extremos que conoce o, desde luego, debe conocer por comunes y sabidos por la globalidad de la población (sic). Si a la ingesta de quetiapina con alcohol le sumamos las manifestaciones de los testigos Sr. Tomás y Sra. Paulina, los primeros que atendieron a la Sra. Socorro cuando salió de la habitación del hostel, y de los policías que acudieron a la llamada de estos que coincidieron al describir



el estado de agitación en el que se encontraba, gritando *que querían matarla*, debe concluirse sobre la muy probable presencia de una reacción adversa o, incluso, de un brote psicótico que privaría de todo sostén a las manifestaciones inculpatorias de la testigo.

Quinta, el testimonio de la Sra. Socorro se presenta impreciso y contradictorio con el resultado de las otras pruebas practicadas. En particular, respecto a la afirmada por la testigo existencia de eyaculación que ha sido descartada por los resultados que arroja la prueba genética, pues no se halló semen en el interior de la vagina. Además, resulta incoherente que en el contexto de producción saliera de la habitación portando un vestido corto.

Para el recurrente, todas estas circunstancias suscitan dudas sobre la consistencia de la versión ofrecida por Socorro -incluso, se ha descartado parte de sus manifestaciones para absolver a su madre del delito de agresión sexual por comisión por omisión por el que estaba siendo acusada-. Se identifican alternativas razonables que tanto el tribunal de instancia como el de apelación desecharon de manera, concluye el recurrente, irracional e injustificada en clara lesión de su derecho a la presunción de inocencia.

5. El gravamen denunciado nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas hasta la consistencia de los razonamientos probatorios empleados por el tribunal de apelación.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.

De tal modo, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura y se estrecha notablemente. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión muy limitada que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial del derecho a la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función corresponde realizarla en los supuestos de sentencias condenatorias, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid. SSTC 184/2013, 72/2024, 80/2024-.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

6. Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque consideramos que la conclusión de culpabilidad a la que llegó el tribunal de instancia, y que convalidó el Tribunal Superior, se basó en prueba suficiente, racionalmente valorada, satisfaciéndose, además, las exigencias plenamente devolutivas de la doble instancia cuando se trata de sentencias condenatorias -vid. las más recientes, SSTC 80/2024 y 72/2024-.

En efecto, cuando la prueba del hecho justiciable depende de manera esencial del testimonio de quien afirma haber sido víctima, la información aportada por esta debe someterse a un exigente test que permita medir su calidad reconstructiva. Como hemos insistido en numerosas resoluciones, de las que se hace también eco el recurrente, dicha exigencia no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo.

La afirmada víctima puede, sin duda, disponer de mayor cantidad de información. Incluso, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición cognitiva "prima facie" aventajada no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho acusado y la participación en el mismo de la persona acusada ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable.

Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que transmite el testigo que afirma haber sido victimizado es lo que obliga a un mayor esfuerzo de indagación por aquellos que tienen la carga de probar los hechos sobre los que se fundan sus pretensiones de condena.



La información transmitida por un testigo debe ser objeto, por tanto, de una atribución de valor reconstructivo. Para ello, deben identificarse elementos contextuales tales como las circunstancias psicofísicas y psico-socio-culturales en las que se desenvuelve el testigo; las relaciones que le vinculaban con la persona acusada; el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; la persistencia en la voluntad incriminatoria; la constancia en la narración de los hechos y la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; la concreción o la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo a la luz de las circunstancias concretas; la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba. Pero no solo. Ha de validarse, también, la metodología empleada para obtener la información.

La narración ofrecida por el testigo en el proceso es, simplemente, información probatoria resultante de un procedimiento probatorio. No es, desde luego, la prueba del hecho. Esta es el resultado de una compleja operación de atribución de valor a las informaciones probatorias que el juez debe realizar sin prescindir de reglas tanto epistémicas -y, entre estas, las específicamente procesales que atienden a quién debe probar y cómo debe probarse el hecho acusado- como axiológicas - entre las que ocupa un lugar prioritario, la de presunción de inocencia-.

En la valoración de la información testifical decisiva para fundar la condena, el tribunal viene obligado a ofrecer razones que patenten que la decisión no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad al testigo. Aquellas deben mostrar, además, que la información suministrada por este es altamente fiable.

Y creemos que la diferencia no es retórica. La atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testifical no debe venir determinada solo por lo *creíble* que se considere a la persona que testifica sino por lo fiable que resulte la información que facilita.

En términos epistémicos resulta mucho más consecuente con las exigencias cognitivo-materiales derivadas del principio de presunción de inocencia poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida que en la credibilidad del testigo como juicio de valor personal - STC 75/2013, de 8 de abril-.

Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado. Por lo tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales.

La fiabilidad, como elemento para dar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales acreditadas. Entre estas, desde luego, también aparece la credibilidad personal del testigo que no puede ser, por tanto, un elemento ajeno a la valoración de la información suministrada. Pero, insistimos, no la agota. No basta, por tanto, la presunción de que lo que afirma un testigo es verdadero salvo prueba en contrario.

De ahí que no quepa aplicar soluciones estandarizadas que obliguen a excluir la información testifical por la simple identificación de impersistencias o incoherencias actitudinales o tachas de credibilidad subjetiva en el testigo que la aporta. Algunas de estas tachas, en efecto, pueden ser de tanta entidad que neutralicen todo atisbo de credibilidad comprometiendo, también, la fiabilidad de la información transmitida hasta límites irreductibles. Otras, por contra, aun afectándola no neutralizan los rendimientos reconstructivos si al tiempo puede identificarse, y justificarse, un grado de compatibilidad corroborativa razonable con los resultados que arroja el cuadro de prueba observado y valorado en su conjunto.

Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un *esquema en red* de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo. Lo que comporta la necesidad de emplear un exigente método holístico de valoración que no puede quedar reducido, en supuestos de cuadros probatorios complejos, a fórmulas estandarizadas.

Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. La cuestión esencial reside en determinar si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva la hipótesis acusatoria. Ya sea por ausencia de prueba sobre elementos fácticos esenciales sobre los que aquella se apoya, porque los medios utilizados carecen de habilidad reconstructiva, porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil, porque, a la luz de las otras pruebas, resulta fenomenológicamente imposible o poco probable o porque susciten una duda razonable.



7. Como anticipábamos, tanto la sentencia de instancia como la de apelación desarrollan un notable esfuerzo analítico de los datos de prueba disponibles, llegando a la conclusión de que la información aportada por la testigo directa es fiable y suficiente, por tanto, para, de forma esencial, sustentar sobre la misma la condena.

Se analiza con rigor la consistencia interna y descriptiva del relato de la Sra. Socorro, sin eludir la presencia de contradicciones entre sus distintas declaraciones prestadas a lo largo de la causa. En particular, las relativas a la presencia de su madre en la habitación cuando se produjeron los hechos. La sala de instancia y la de apelación si bien reconocen las contradicciones reveladas por el recurrente consideran que no comprometen significativamente la coherencia sustancial del relato de la Sra. Socorro respecto a los hechos nucleares. Los síntomas de intoxicación alcohólica que esta presentaba pueden explicar este tipo de contradicciones o lagunas, resaltando la sala de instancia que, en todo caso, con relación al rol jugado por su madre, la testigo mantuvo un núcleo invariado en sus sucesivas declaraciones: que pese a pedirle ayuda cuando estaba siendo agredida sexualmente por el ahora recurrente no se la prestó.

8. Junto al análisis de la consistencia interna del relato, la sentencia recurrida, validando la sentencia de instancia, identifica, también, muy significativas corroboraciones periféricas que prestan alta fiabilidad a la información aportada por la testigo.

Sobre estos elementos de prueba con valor corroborativo cabe precisar que no sirven por sí mismos para considerar acreditado el hecho narrado por la persona que, como único testigo directo, afirma haber sido víctima. Su calidad corroborativa, por tanto, ha de medirse analizando en qué medida permiten superar el *estándar de desconfianza* desde el que debe abordarse la información que aporta dicho testigo.

Su *funcionalidad corroborativa* suele ser muy diversa, pudiéndose proyectar sobre distintas circunstancias contextuales de producción -fácticas y personales- de los hechos justiciables. Y, en lógica consecuencia, su valor probatorio, en términos de corroboración, también puede variar significativamente en función de cómo interaccionan entre sí dentro del cuadro de prueba.

Algunos de estos datos probatorios corroboran hechos periféricos, pero cercanos al hecho nuclear. Entre estos, los relativos a las circunstancias tempoespaciales de producción en los términos narrados por el testigo directo o las secuelas o efectos compatibles con dicho relato.

Otros, sirven para acreditar hechos indirectos, alejados de dicho núcleo fáctico, pero contextualmente vinculados. Así, los que hacen referencia al modo y a las circunstancias en las que el testigo narró lo acontecido. Algunos datos cumplen también una función corroborativa de segundo grado, descartando, por ejemplo, la atendibilidad de los óbices de producción introducidos por la defensa o la presencia de motivaciones espurias en el testigo directo.

Y otros, a la postre, sirven para apuntalar probatoriamente la capacidad de la afirmada víctima para testificar, excluyendo la concurrencia de factores psicóticos o distorsiones cognitivas que pudieran afectar a la coherencia y consistencia narrativa del relato.

Pero, como apuntábamos, puede suceder, y sucede con frecuencia, que la prueba practicada arroje datos de prueba que corroboren, por ejemplo, la presencia de lesiones compatibles con el relato de la afirmada víctima, pero que dicha corroboración resulte insuficiente si, al tiempo, se revelan otras inconsistencias fácticas que sugieren que esa compatibilidad causal no excluye otras posibles etiologías. La corroboración significativa es, en fin, aquella que presta a la información testifical directa consistencia, medida en términos de fiabilidad y, por tanto, de compatibilidad fenomenológica.

Con eso queremos resaltar que las *escalas de corroboración son siempre móviles*, marcadas por el caso concreto. El valor de los datos indirectos corroborativos no se mide por su simple acumulación cuantitativa o porque se proyecten sobre un aspecto concreto de la información aportada por el único testigo directo, sino por su lógica y racional interacción con los otros datos que conformen el cuadro de prueba. Reiteramos: dicha interacción es la que debe permitir justificar racionalmente que la información transmitida por el testigo es, en términos cognitivos, fiable y compatible. Que la convicción del tribunal sobre la atendibilidad de lo que el testigo afirma que aconteció no se basa en una *simple corazonada*.

9. Y, en el caso, dicho resultado se da. Como anticipábamos, la sentencia de instancia y la de apelación identifican distintos y valiosos elementos de corroboración tanto sobre hechos periféricos próximos al hecho nuclear como también indirectos, pero contextualmente vinculados.

Con relación a los primeros, adquieren especial valor las manifestaciones de los testigos que contactaron con la Sra. Socorro al momento en que esta abandonó la habitación del hostel, de los agentes de la policía que acudieron a los pocos minutos y de las facultativas que la atendieron y exploraron apenas dos horas después. Todos los testimonios convergen no solo en confirmar las circunstancias tempoespaciales de producción



precisadas por la testigo, Socorro, sino, también, al describir el estado de particular agitación, temor y afectación emocional que presentaba, precisando que salió a la calle con una prenda corta que apenas le cubría el cuerpo, sin ropa interior y descalza pese a que era de madrugada de un día de finales de noviembre. Las facultativas, además, aportaron otro dato corroborativo valioso: el estado y el comportamiento exteriorizado de Socorro era compatible con un hecho traumático como el descrito por esta.

10. Pero no solo. La información pericial aportó otros datos de prueba corroborativos de especial relevancia. Primero, la presencia de laceraciones no sangrantes y edema en una pared interior de la vagina, cuya etiología las peritos la sitúan necesariamente en el contacto con un cuerpo extraño penetrante ya sea un pene, un dedo o algún objeto. Segundo, la identificación de ADN del hoy recurrente en el material biológico obtenido del interior de la vagina de la Sra. Socorro. Tercero, el diagnóstico posterior a los hechos de trastorno adaptativo en la Sra. Socorro, compatible con una experiencia traumática como la narrada, sin que la presencia de rasgos de vulnerabilidad e inestabilidad emocional previos al evento explique dicha sintomatología. Cuarto, la ausencia de todo dato clínico que apunte que, con anterioridad al 25 de noviembre de 2021, la Sra. Socorro sufriera algún tipo de enfermedad mental.

11. A partir de estas informaciones, testificales y periciales, la sentencia recurrida, en términos razonables y razonados, no solo considera que el relato de la Sra. Socorro es fiable, sino que descarta también que la versión ofrecida por el recurrente sea mínimamente atendible. Entre otras razones, porque su relato defensivo se ha presentado variable y contradictorio a lo largo de toda la causa, introduciendo *adaptaciones inevitables* a la vista del resultado que arrojaban las diligencias practicadas. Así, negó en sus primeras declaraciones haber mantenido contacto sexual alguno con la Sra. Socorro para, posteriormente, modificar su versión cuando se identificó su ADN en el material biológico obtenido del interior de la vagina de la testigo.

12. En cuanto a las objeciones probatorias introducidas por el recurrente, la sentencia recurrida las analiza conjunta e individualmente descartando, en base a buenas razones, que puedan abrir *el camino a la duda razonable*.

Sobre esta decisiva cuestión relativa a cuándo puede considerarse satisfecho el "estándar más allá de toda duda razonable" para fundar una sentencia condenatoria, y como hemos puesto de relieve de manera reiterada, los resultados probatorios deben permitir justificar que la hipótesis acusatoria goza de un nivel de altísima prevalencia probabilística que prive a las otras hipótesis alternativas en liza de una mínima probabilidad atendible de producción.

Como consecuencia, y de contrario, surge la obligación de declarar no acreditada la hipótesis acusatoria cuando la prueba practicada arroja un resultado abierto. Lo que se dará cuando la hipótesis defensiva singular o la de no participación que garantiza, de partida, el principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, aparezcan, desde criterios racionales de valoración, también como plausibles, aun cuando lo sean en un grado de menor probabilidad que la tesis acusatoria.

Insistimos, el problema se centra en el diálogo entre dos hipótesis. Una acusatoria y otra defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación. La primera, reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que en términos fenomenológicos resulten altísimamente concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no.

Este doble estándar responde a las diferentes funciones que cumplen ambas hipótesis. La primera, la acusatoria, está llamada a servir de fundamento a la condena y, con ella, a la privación de libertad o de derechos de una persona. Por tanto, está sometida al principio constitucional de la presunción de inocencia como regla epistémica de juicio, por lo que debe quedar acreditada más allá de toda duda razonable. La función de la segunda, la hipótesis defensiva, es muy diferente: es la de debilitar, en su caso, la conclusividad de la primera. No, de forma necesaria, excluirla.

La presunción de inocencia no exige, sin riesgo de desnaturalizar su ontológica dimensión político-constitucional como garantía de la libertad de los ciudadanos y límite al poder de castigar del Estado, que la hipótesis alternativa defensiva se acredite también más allá de toda duda razonable, como una suerte de contrahipótesis extintiva o excluyente de la acusatoria.

Para que despliegue efectos el componente reactivo del derecho a la presunción de inocencia basta con que la hipótesis defensiva de no participación goce de un umbral de atendibilidad suficiente para generar una duda epistémica razonable. Esto es, una duda basada en razones, justificada razonablemente y no arbitraria.

La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria.



Insistimos, mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolución no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad. La absolución no se deriva de la prueba de la inocencia, sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. De ahí que una hipótesis exculpatoria mínimamente verosímil arruine la probabilidad concluyente -la conclusividad- que exige el mencionado estándar.

13. Ahora bien, no cualquier duda extraída de una hipótesis abstractamente posible construida mediante una inverosímil combinación de circunstancias es suficiente para neutralizar el estándar *MATDR* -"más allá de toda duda razonable". Como apuntábamos, la duda razonable debe fundarse en razones intersubjetivamente compartibles y justificarse a la luz de las circunstancias del caso. Para ello, la hipótesis alternativa deberá: primero, ofrecer una explicación que abarque todos los datos constatados relevantes; segundo, las consecuencias que de tal hipótesis se deriven no podrán ser incompatibles con los datos existentes; y, tercero, deberá resistir, al menos, intentos de falsación proveniente de las pruebas que en el proceso se han tenido por acreditadas.

14. Pues bien, en el caso, las objeciones introducidas por el recurrente o carecen de toda relevancia para contrapesar, aun mínimamente, el grado de conclusividad alcanzado de la hipótesis acusatoria o se construyen sobre afirmaciones fácticas que entrañan, como veremos, en mayor o menor medida un grado de incompatibilidad con los datos de prueba producidos en el juicio.

15. Así, no logramos entender en qué medida el hecho, afirmado por el recurrente mediante una fórmula expresiva que roza lo ininteligible, de que la Sra. Socorro es "una persona con antecedentes de desamparo en su desarrollo evolutivo infantil, con problemas en estructuras familiares de convivencia, con antecedentes de ataques de ansiedad y con conocimiento y proximidad a actividades cercanas a la prostitución desarrolladas por terceros" pueda por sí afectar a la capacidad de la testigo para aportar información relevante u obligue racionalmente a dudar de la fiabilidad de la transmitida.

De lo primero, nada se ha acreditado en el juicio. En puridad, lo que parece pretenderse con tan singular alegato es una suerte de descalificación moral de la testigo de la que extraer una razón de inatendibilidad de su narración. Estrategia defensiva que se sitúa en los límites de lo admisible.

Es cierto, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH, caso J.L. c. Italia, de 27 de mayo de 2021, que es legítimo y conforme a las exigencias del proceso justo que la persona acusada en un proceso cuya prueba se sostiene esencialmente en el testimonio de una persona pretenda desacreditarlo. En particular, en delitos contra la libertad sexual resulta ajustado a las garantías procesales que la afirmada víctima pueda ser interrogada sobre cuestiones personales relativas a su vida familiar, sus orientaciones sexuales y sus elecciones íntimas, pero siempre que se identifique una clara y directa necesidad defensiva en atención a los hechos justiciables y las concretas circunstancias en las que se afirman producidos por la acusación. Explorar, indagar sobre aspectos íntimos de la afirmada víctima que no patenten una estricta necesidad defensiva es, como precisa el TEDH, "decididamente contrario a los principios del derecho internacional en materia de protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual" -vid. artículo 54 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul del 11 de mayo de 2011-.

En el caso, insistimos, nada se ha acreditado de que las imprecisas insinuaciones del recurrente sobre el curso vital y socio-afectivo de la testigo puedan tener algún tipo de relevancia para valorar su testimonio y decantar alguna duda razonable sobre la atendibilidad de lo narrado.

16. Por lo que se refiere al cuestionamiento de la etiología de los síntomas físicos que presentaba la testigo en la pared interna vaginal, se construye, primero, bajo presupuestos fácticos erróneos y, segundo, de espaldas a los resultados de la prueba practicada.

En efecto, de manera incomprensible, en clara contradicción con lo afirmado en la sentencia recurrida, el recurrente combate que se le atribuya el contagio del herpes vaginal a la Sra. Socorro cuando la sentencia expresamente declara no acreditado tal extremo. Y no lo hace, como parece sugerir el recurrente, para, así, disociar las lesiones vaginales detectadas en la exploración forense-ginecológica de las lesiones ocasionadas por la infección vírica diagnosticada el 3 de diciembre de 2021. Con independencia de quién contagió y cuándo a la Sra. Socorro, la sentencia recurrida identifica vestigios físicos de penetración en atención a las conclusiones periciales que sostienen contundentemente que el factor causal de la laceración y el edema observados en la pared vaginal interna es consecuencia de rozamientos con un cuerpo u objeto penetrante. La posible existencia de otras lesiones en la zona genital y su origen vírico no permite cuestionar la etiología de las lesiones intravaginales sostenida por los forenses y asumida por el tribunal. El recurrente sostiene su hipótesis alternativa de causación -*dichas lesiones son inflamaciones herpéticas*- sobre aproximaciones muy superficiales a la fisiología del herpes vaginal, carentes de sustento probatorio producido en el juicio. Las



genéricas afirmaciones contenidas en el recurso se presentan muy insuficientes para suscitar, al menos, una duda sobre la etiología de las alteraciones intravaginales que presentaba la Sra. Socorro .

17. Por lo que se refiere a la hipótesis de ataque psicótico, como explicación de la reacción de la Sra. Socorro , que se desliza en el recurso, esta se construye sobre el dato analítico de la presencia de 0.01 miligramos por litro de sangre de quetiapina junto a 0.79 miligramos por litro de sangre de alcohol en las muestras que se le extrajeron el día 25 de noviembre de 2021. Si la quetiapina es un fármaco antipsicótico y es notorio que su interacción con el alcohol puede producir efectos adversos, ello puede explicar, sostiene el recurrente, el comportamiento de la afirmada víctima, fuera de sí y gritando que querían matarla, que relataron los testigos.

La hipótesis introducida tampoco permite activar la duda razonable. Los datos sobre los que se formula no identifican una alternativa de producción plausible.

De nuevo, llama mucho la atención que el recurrente desaprovechara la prueba pericial plenaria para cuestionar a los peritos sobre los datos que parecen sostener su hipótesis y se *plante* en casación invocando el VADEMECUM, como fuente científica de autoridad, y máximas de experiencia que califica de universales y accesibles.

La verdad es que desconocemos esas máximas de experiencia. Y, también, sinceramente, el valor científico del VADEMECUM como una suerte de código abierto cuya consulta permite identificar, sin dificultad y sin duda, todas las interacciones clínicas de las sustancias que describe. La inmersión, desde la esfera del profano, en el campo técnico-científico debe ser siempre cautelosa si no se quiere caer en la más desnuda banalidad. Las guías terapéuticas genéricas contenidas en un VADEMECUM no agotan, ni mucho menos, las indicaciones de los fármacos en la práctica clínica. Y buena prueba de ello es, precisamente, la sustancia quetiapina que se prescribe no solo para enfermedades del espectro psicótico sino también para otros tipos de patologías psiquiátricas e, incluso, trastornos de conducta. Inferir, sin otros elementos de análisis, que de la ingesta de quetiapina y de alcohol puede producirse una reacción psicótica es muy poco riguroso. El recurrente obvia, además, dos informaciones probatorias muy significativas que abonan lo contrario: primero, no consta acreditado que la Sra. Socorro tuviera diagnosticada una enfermedad psiquiátrica al tiempo de los hechos justiciables; segundo, las facultativas -una forense y una ginecóloga- que examinaron a la Sra. Socorro en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, muy poco tiempo después de que esta huyera de la habitación del hostel, no observaron que presentara sintomatología psicótica en su comportamiento o en sus expresiones. La singularidad de sus síntomas hace implausible que de existir una reacción psicótica de la Sra. Socorro esta pasara desapercibida para las facultativas que la exploraron.

18. Como anticipábamos, el Tribunal Superior realiza un análisis completo y racional de todos los datos que integran el cuadro de prueba, también los llamados de descargo, precisando con detalle las razones por las que atribuye valor reconstructivo a unos y lo descarta de otros.

El saldo acreditativo de la hipótesis acusatoria que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo. Lo que confirma la idea-fuerte relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, debiendo ser abordados desde una unidad lógico-cognitiva. En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto, sino a la construcción de un discurso racional conformado por todos los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba. Y, en el caso, ese resultado acreditativo se ha alcanzado.

Desde la posición de control casacional que nos corresponde solo podemos concluir afirmando el racional fundamento probatorio de los hechos que sostienen la condena del recurrente, rechazando su invocada lesión del derecho a la presunción de inocencia.

§ Indebida valoración de la prueba descartando consumo de alcohol y sustancias estupefacientes por parte del recurrente.

19. El segundo gravamen probatorio, que el recurrente conecta con el invocado derecho a la presunción de inocencia, se refiere a que tanto el tribunal de instancia como el de apelación descarten, al menos, una duda razonable de que al tiempo de comisión de los hechos se encontrara bajo los efectos del alcohol y el consumo de estupefacientes. El contexto de producción y el hecho acreditado de que antes de acudir al hostel tanto el recurrente como la Sra. Socorro y la otra acusada consumieron alcohol en distintos locales de la ciudad de Santander abona la significativa probabilidad de que estuviera bajo sus efectos. Lo que permite activar la regla del "in dubio pro reo" declarando acreditada dicha influencia.



20. No apreciamos el gravamen. Es cierto que este Tribunal se ha pronunciado explícitamente sobre que el estándar "más allá de toda duda razonable", con las implicaciones epistémicas que comporta, es trasladable, también, por *derivada constitucional*, a los supuestos de circunstancias favorables relativas a la imputabilidad alegadas por la defensa -vid. SSTs 291/2024, de 21 de marzo; 433/2024, de 20 de mayo; 434/2024, de 21 de mayo; 711/2024, de 4 de julio-.

Como sosteníamos en la primera de las sentencias dictadas, "*si no es constitucionalmente admisible afirmar la participación de la persona acusada en el hecho punible, objeto de acusación, si se identifica una duda razonable -ya sea porque se ha debilitado la conclusividad de las pruebas de la acusación o porque la defensa ha introducido una hipótesis fáctica alternativa mínimamente plausible a la luz de los resultados probatorios-, no puede serlo tampoco castigar con pena cuando existe una duda razonable de que la persona acusada no merece ser castigada porque es plausible que sea inimputable. Como tampoco resultaría admisible que dicha persona deba ser castigada con la pena prevista para las plenamente imputables cuando hay dudas razonables de que pudiera sufrir un déficit de imputabilidad. En ninguno de estos dos supuestos se puede afirmar que la pretensión penal en su conjunto formulada por la acusación esté acreditada más allá de toda duda razonable. La probable existencia de circunstancias fácticas favorables a la persona acusada que se asientan sobre hechos alternativos a los que sostienen la acusación activa irreversiblemente la presunción de inocencia como regla "epistémica" de juicio. La incertidumbre razonable obliga a fijar los hechos favorables. Las consecuencias parecen claras: primera, no se puede imponer una pena cuando el tribunal, a la luz de los resultados de la prueba practicada, tenga dudas razonables de que la persona no merece ser castigada porque resulta plausible, por razonable, que concorra una causa de inimputabilidad; segunda, con igual razón, no se puede castigar con la pena prevista en el tipo cuando es plausible que la persona acusada merece, por ser parcialmente inimputable, menos pena; tercera, ante un resultado probatorio de clara incertidumbre sobre si la persona acusada es inimputable o semiinimputable, no es asumible que la duda pueda despejarse metodológicamente "in malam partem", declarando probada la semiinimputabilidad porque no se haya probado plenamente la inimputabilidad. En este supuesto, la duda sobre que la persona acusada carece de capacidad de culpabilidad seguiría subsistiendo, afectando, nada más y nada menos, a uno de los elementos constitutivos de delito". Y añadíamos, "es cierto que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene una regla tan explícita como la prevista en el artículo 530.2 del Codice de Procedura Penale italiano que marca cómo debe operar la presunción de inocencia, consagrada en el artículo 27 de la Constitución, como regla de juicio -"el juez también dictará sentencia absolutoria cuando no existan pruebas, sean insuficientes o contradictorias, de que el hecho existe, de que el acusado lo cometió, de que el hecho es constitutivo de delito o de que el delito fue cometido por una persona imputable". vid. al respecto, la paradigmática Sent, Sez I (ud.25/05/2016) 27.02.2017, n.9638, de la Casación Penal-. Pero ello no significa que no pueda decantarse del artículo 24.2 de nuestra propia Constitución la regla que, como afirmábamos en la antes citada STS 639/2016, "garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad". Regla que, aun en términos genéricos, ha tenido su valiosa plasmación en el artículo 54.3 in fine LOTJ, fijando la obligación del magistrado-presidente de informar a los miembros del Jurado de "que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado". Es obvio que este mandato epistémico-decisional al Jurado, nutrido del valor axiológico que le presta el artículo 24.2 CE, impone un pronunciamiento sobre los hechos que se traduce en declarar probados los favorables, aunque no pueda afirmarse la plena prueba de su concurrencia. Y ello porque, como afirmábamos, la alternativa resulta constitucionalmente inasumible: optar por la hipótesis perjudicial aun subsistiendo la duda razonable de que pudiera considerarse concurrente la hipótesis defensiva favorable".*

21. Pero, como anticipábamos, no nos encontramos ante un escenario de duda que obligue a activar la cláusula de protección de la presunción de inocencia en los términos antes indicados. La sentencia recurrida, tras un riguroso análisis de los datos de prueba disponibles, descarta que el hoy recurrente, pese a consumir alcohol esa noche, estuviera bajo su influencia o de otros tipos de sustancias estupefacientes. Para ello, toma en cuenta el informe forense obrante al folio 125 de las actuaciones que precisa el propio historial de consumo discontinuo del recurrente y recoge, a su vez, las manifestaciones de este al forense que practicó la exploración en el sentido de que el día de los hechos solo había consumido una copa, negando que estuviera bajos los efectos del alcohol o de tóxicos. Versión que, por otro lado, sostuvo durante las distintas declaraciones prestadas en la fase previa, introduciendo, por primera vez, la ingesta excesiva de alcohol en el acto del juicio. Nueva información probatoria a la que ni el tribunal de instancia ni el de apelación le otorgaron valor acreditativo.

El Tribunal Superior también toma en consideración el informe elaborado por la Asociación de Ayuda ACALD, de fecha 29 de julio de 2022, en el que se da cuenta, también, del historial toxicológico del recurrente y se mencionan, igualmente, sus propias manifestaciones relativas a que se encontraba abstente. El informe



tampoco permite trazar proyección influyente de la afirmada condición de consumidor de alcohol con los hechos que se declaran probados.

22. La conclusión alcanzada en la sentencia recurrida sobre la inexistencia de indicadores de intoxicación alcohólica al tiempo de los hechos se ajusta a las reglas de la racional valoración de los datos de prueba disponibles y excluye todo espacio a la duda. En esa medida, no podemos modificarla en casación.

TERCER Y CUARTO MOTIVO, AMBOS, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM : INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 178 Y 179, AMBOS, CP , TEXTO DE 2022, E INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 181. 1 Y 2 CP , TEXTO DE 2015

23. El motivo se centra sobre un argumento principal: "*no existe descripción alguna en los hechos probados que pudieran entenderse como emplear violencia o intimidación*" (sic) por lo que no cabe su subsunción en los tipos que han servido de título de condena.

A partir de dicha afirmación de principio, el discurso argumental del motivo se *adentra* por un territorio de difícil comprensión, combinando cuestiones probatorias con otras normativas en las que al tiempo que se invoca como infracción de ley la no aplicación del artículo 181. 1 y 2 CP, texto de 2015, considera que tampoco se ha acreditado la falta de consentimiento, reprochando a la sala de instancia que *haga suya* la regulación introducida por la Ley 10/2022 "*en la que, se afirma, prácticamente se suprime el consentimiento*" (sic).

Para el recurrente, "*inacreditada de forma fáctica la violencia o intimidación, y ausencia del relato de los episodios de esta, la aséptica descripción de ausencia de consentimiento, de encontrarse afectada por la ingesta de alcohol que voluntaria, libre y en grupo llevo a cabo con anterioridad, no parece suficiente para colmar el requisito de ausencia de consentimiento a que hace referencia el anterior texto del art. 181*" (sic).

24. Pues bien, con el alcance que, con dificultades, creemos haber identificado, el análisis del motivo reclama partir del basilar rol que cumple el hecho probado en el enjuiciamiento penal al predeterminar la búsqueda de la norma que puede resultar aplicable.

Como afirmamos en la STS 85/2024, de 26 de enero, "*el juicio de subsunción solo puede recaer sobre los hechos declarados probados en el correspondiente apartado de la sentencia. Estos deben permitir identificar, ya sea en términos literales o contextuales, la presencia de todos los elementos exigidos por el tipo correspondiente, objeto de acusación, y, en su caso, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya aplicación haya sido pretendida por las partes*".

De ahí, las exigencias de precisión y completitud en el relato fáctico pues este constituye, insistimos, la única fuente de la que el tribunal puede suministrarse información para la construcción de su inferencia normativa.

25. Partiendo de lo anterior, la cuestión que surge es determinar si, en el caso, los hechos probados fijados por la Audiencia, y que el Tribunal Superior hace suyos, permiten, sin operaciones heterointegrativas, su subsunción en los tipos de violación de los artículos 178.2 y 179, ambos, CP, texto de 2022, apreciados en la instancia.

La respuesta, que adelantamos, debe ser positiva.

Como es bien sabido, el hecho probado, como una genuina narración de lo acontecido, debe construirse con palabras cuyos significados, en ese concreto juego del lenguaje, resulten intersubjetivamente compartidos por una comunidad lingüística no especializada en derecho. Debe alcanzar un primer objetivo pragmático-comunicativo que permita atribuir a los enunciados fácticos un nivel general de inteligibilidad y precisión. Pero cumplido ese primer objetivo, para su subsunción en el tipo penal correspondiente debe utilizarse, como herramienta, una suerte de *software normativo* que permita comprobar si, de los significantes del lenguaje común utilizados en la descripción del suceso histórico, cabe decantar los concretos significados reclamados en la norma para apreciar conducta típica.

En ocasiones, entre el *hecho probado* y el *hecho punible* existe *un gran trecho* que solo puede recorrerse de la mano de las categorías normativas que dotan de sentido jurídico-penal al primero. Aquí radica, precisamente, una de las mayores dificultades de la labor subsuntiva del hecho en la norma: la decantación de los significados normativos que cabe atribuir a los significantes utilizados en la construcción del hecho. Labor que tiene una marcada naturaleza interpretativa y que reclama no solo estar al significado de cada palabra, sino también, con frecuencia, a un canon de la totalidad que permita identificarlo del relato integral.

Es obvio que todas las palabras tienen un mayor o menor grado de ambigüedad y que en ocasiones las escogidas para conformar el hecho probado no alcanzan las deseables tasas de inteligibilidad y precisión, haciendo imposible o muy difícil identificar el sentido que permita identificar la presencia de los elementos normativos y descriptivos reclamados por el tipo.



En estos casos, el tribunal que conoce del recurso deberá dejar sin efecto la correspondiente condena por no poderse subsumir la conducta que se declara probada en el tipo, objeto de acusación. Cuando, de contrario, aplicando razonables y previsibles cánones interpretativos se identifica sin dificultad en los hechos declarados probados los elementos exigidos por el tipo, dicha atribución de significado no puede calificarse de heterointegración sino de pura operación subsuntiva.

26. Y, en efecto, como apuntábamos, en el caso, las fórmulas narrativas del lenguaje común empleadas en la construcción del hecho probado permiten identificar, sin dificultad, la presencia de violencia en la penetración sufrida por la Sra. Socorro .

Como esta Sala ha puesto de relieve de manera reiterada, para identificar en la acción violencia típica " *es suficiente que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y resistencia, incluso pasiva, porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima, porque obra conociendo su oposición, toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea sobre el cuerpo de la víctima, para conseguir el objeto propuesto*" -vid. por todas, SSTS 573/2017, de 18 de julio; 291/2018, de 18 de junio-. Violencia que, además, " *no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de una gravedad inusitada, sino que basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse males mayores*" -vid. SSTS 609/2013, de 10 de julio; 244/2019, de 4 de julio-.

27. En el caso, la sentencia recurrida declara probado " *que Socorro se empezó a encontrar mal, estaba mareada por las bebidas alcohólicas ingeridas previamente y se tumbó en la cama donde se quedó amodorrada. Indalecio aprovechó dicha circunstancia para tumbarse en la cama donde desnudó a Socorro de cintura para abajo, le quitó las bragas y los zapatos y mientras Socorro oponía resistencia a ser penetrada, le empujaba y le decía que quería irse, consiguió penetrarla vaginalmente* ". Y es obvio que dicho relato no solo descarta el consentimiento de la víctima para mantener relaciones sexuales, sino que describe, también, cómo esta, de manera porfiada, se opuso físicamente a ello. Por tanto, el recurrente al penetrarla, como se declara probado, venció, necesariamente, dicha oposición. Lo que, en términos lógicos, solo es posible aplicando la "vis física" necesaria para ello.

La *traslación* a términos normativos del hecho que se declara probado permite sin esfuerzo y sin extravasar dicho marco fáctico su subsunción en el delito de agresión sexual penetrativa con violencia.

MOTIVO QUINTO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 178.3 CP , TEXTO DE 2022

28. El recurrente, pese a seguir cuestionando en el desarrollo de este motivo la prueba de la violencia típica, viene a sostener que los hechos que se declaran probados son de menor entidad por lo que, atendidas también las circunstancias del culpable, procede rebajar la pena en un grado conforme previene el artículo 178.3 CP

29. La pretensión, que se presenta ayuna de toda razón justificativa, no puede prosperar. Y la principal es que no resulta aplicable a las conductas de agresión sexual penetrativa del artículo 179 CP, texto de 2022, tal como pusimos de relieve en la STS 479/2024, de 28 de mayo. La cláusula del 178.3 CP, texto de 2022, con un alcance próximo, pero no idéntico, al previsto en el artículo 368.2º CP, vincula la atenuación en forma de límite a la pena imponible, no pudiendo superar la mitad de la prevista en el tipo, a dos parámetros que no necesariamente tienen la misma relevancia: uno, la menor antijuricidad del hecho. Otro, la ausencia de condiciones aumentativas de la culpabilidad o reprochabilidad del autor.

La apuesta del legislador parece clara: por un lado, y como presupuesto constitutivo de la atenuación, exige que la entidad del hecho reúna una tasa de antijuricidad o de gravedad que pueda considerarse menor con relación, precisamente, a los hechos subsumibles en el tipo básico o general. El uso del adjetivo comparativo "menor" introduce de forma necesaria un elemento relacional.

Y ese elemento relacional solo puede trazarse con las conductas de agresión sexual contenidas bajo el mismo artículo 178 CP, texto de 2022, en cuya estructura se integra la cláusula limitativa de la penalidad. La conducta penetrativa comporta una lesión cuantitativa y cualitativa del bien jurídico que no puede nunca ser considerada *menor*, como reclama la regla invocada, que la que se produce con las conductas contempladas en el invocado artículo 178 CP, texto de 2022. La mención a la posible imposición de una multa, como fórmula atenuada de punición, ahonda en que se trata de escalas de gravedad muy diferentes. A modo de argumento de cierre, llámese la atención que la reforma de los artículos 178 y 179, ambos, CP, operada por la Ley Orgánica 4/2023 mantiene fuera del ámbito de la cláusula del, ahora, artículo 178.4 CP, las conductas del artículo 179 CP,



precisando, además, su inaplicabilidad a las conductas del artículo 178 1. y 2. CP en las que concurra violencia, intimidación o recaigan sobre personas privadas de sentido.

SEXTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O, EN CUALQUIER CASO, ATENUANTES DE ANÁLOGA SIGNIFICACIÓN CONFORME DETERMINA EL ARTÍCULO 21.7º CP (sic)

30. El recurrente formula su gravamen normativo en términos condicionados pues lo que pretende, como presupuesto previo para que prospere, es que se declare probada la influencia del alcohol y de drogas -que no precisa- en la conducta. Se insiste en que *el recurrente es un consumidor crónico de diversas drogas con afectación permanente de sus actos, a lo que se une el consumo de alcohol en la fecha de los hechos que sin duda produce una liberación de esos frenos naturales de conductas(...)* y que la prueba practicada, valorada conforme al principio "*in dubio pro reo*", lo acredita sobradamente.

31. El motivo no puede prosperar.

Como es bien sabido, cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de lo declarado probado o se formule una suerte de hipótesis alternativa de producción fáctica desde la que cuestionar el juicio normativo -vid. por todas, STS 84/2024, de 25 de enero-.

32. En el caso, es obvio que los hechos declarados probados no permiten en modo alguno identificar infracción de ley. No se describe una situación estructural de dependencia al consumo abusivo de alcohol y drogas ni, tampoco, proyección influyente del consumo puntual de alcohol o de drogas en la conducta del recurrente la noche del 21 de noviembre de 2021 que permita apreciar una causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal contraída.

El motivo, en puridad, reintroduce los argumentos revocatorios que sustentaban, en parte, el primero de los motivos analizado. En lógica consecuencia, nos remitimos a las razones allí ofrecidas para justificar su rechazo.

SÉPTIMO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 66 Y 72, AMBOS, CP

33. El desarrollo argumental cuestiona la pena impuesta -ocho años de prisión- pues al parecer del recurrente carece de la necesaria motivación. No se ofrece ninguna razón válida para exacerbar la pena más allá del mínimo legal, que, por otro lado, coincide con lo pretendido por la acusación particular. Sin que pueda tenerse como tal la mera invocación a la gravedad del delito, pues esta no equivale a la gravedad que debe tomarse en cuenta para la individualización de la pena. Se ofrecen razones desconectadas de los hechos que se declaran probados en una interpretación, se afirma, "contra reo" de las reglas aplicables.

Por otro lado, también se invoca infracción del artículo 66.2º CP en cuanto dispone *que concurriendo dos circunstancias atenuantes o una muy cualificada y no concurra agravante alguna, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la establecida en la ley, atendido el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

34. El motivo tampoco puede prosperar.

Como esta Sala tiene establecido, la individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación por indebida aplicación del artículo 72 en relación con el artículo 66, ambos, CP, cuando los factores de individualización utilizados arrojen un resultado punitivo manifiestamente arbitrario o desproporcionado o se prescinda de toda justificación de la concreta opción punitiva -vid. por todas, SSTS 605/2017, de 5 de septiembre, 892/2022, de 11 de noviembre-.

Sobre el cualificado deber de justificación de la pena concreta, el Tribunal Constitucional ha construido un sólido cuerpo de doctrina, insistiendo en la necesidad, sobre todo si no se opta por la pena en la mínima extensión prevista en el tipo, de que el juez realice, de verdad, una valoración normativa en la que se expliciten y se precisen todas las circunstancias relevantes. Tanto las que atañen a la gravedad del hecho como aquellas que atienden a las condiciones de culpabilidad o a las demás circunstancias psico-sociales de la persona declarada criminalmente responsable -vid. SSTC 96/2017, 29/2017, 226/2015-.

Lo que, por otro lado, coliga con el establecimiento de tramos temporales de pena. En efecto, cuando el legislador ha previsto un arco punitivo que va desde un límite mínimo a un límite máximo de pena anudada a la infracción es porque parte: primero, de que, si conductas fácticamente diversas pueden resultar subsumibles



en el mismo tipo, deben establecerse marcos de punición que permitan dar cuenta -a través de la fijación de penas diferenciadas- de la diversidad de injusto concurrente. Segundo, de que la culpabilidad en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena.

Ambos presupuestos de la individualización dialogan e interaccionan pues en efecto la racionalidad de la opción punitiva viene, en buena medida, determinada por el grado, la tasa, de gravedad que se atribuya a la conducta juzgada. Juicio de gravedad que debe someterse a fórmulas y modulaciones normativizadas y, además, apoyarse en un discurso de razones explícitas que, en los términos exigidos por el artículo 72 CP, permitan su control.

Los módulos normativos de medición atienden a los planos de desvalor del resultado -de intensidad de la lesión del bien jurídico protegido- y de acción -de antijuricidad, del grado de colisión cualitativa y cuantitativa de la conducta con la norma de prohibición-. Y, desde luego, de culpabilidad del autor.

El margen de discrecionalidad de la pena puntual del que legalmente goza el tribunal no disculpa de justificar de forma suficiente la decisión finalmente adoptada. Muy al contrario. La atribución de dicho margen parte de la presunción de que los tribunales emplearán, de forma racional y motivada, las facultades discrecionales que se les conceden, tomando en cuenta todos los factores concurrentes. Lo que se traduce en que el ejercicio de dicha facultad viene fuertemente condicionado por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede ser controlada en evitación de toda arbitrariedad.

Para la determinación de lo que la dogmática clásica ha denominado "pena puntual" el tribunal está obligado a graduar la respuesta punitiva en atención a buenas razones individualizadoras que se nutren de los elementos de gravedad del hecho que no son los mismos, insistimos, que los que determinan la calificación de los delitos. La medida de la concreta pena impuesta debe corresponderse con esa medida de la gravedad del hecho delictivo individualmente considerado.

De ahí que el concepto normativo de gravedad que se menciona en el artículo 66. 6º CP reclame enriquecer el "ámbito de juego" de la individualización acudiendo a nuevas perspectivas de análisis que contemplen factores tales como la energía criminal empleada, la intensidad del daño producido en los bienes jurídicos protegidos, el nivel exteriorizado de desprecio a la norma de prohibición, etc. Elementos, todos ellos, que, desde una perspectiva socio-normativa, sirven para evaluar la mayor o menor gravedad de los hechos, cumpliendo, a la postre, con el mandato de proporcionalidad tanto ordinal como cardinal que se contiene en los artículos 49 CDFUE y 9 y 25 CE.

Mandato de proporcionalidad ordinal que supone una relación de adecuación entre cada delito y su pena, por lo que a hechos de mayor gravedad corresponde aplicar penas de mayor severidad y, de forma correlativa, a hechos de menor gravedad, penas menos severas -vid. STS 350/2022, de 6 de abril-.

La mayor o menor gravedad de la pena puntual de forma inevitable contempla elementos relacionales, escalas comparativas no solo con otros delitos dentro del sistema, sino con relación a las diversas configuraciones posibles del mismo delito. Lo que obliga, precisamente por ello, a justificar por qué se considera que la pena mínima no satisface el reproche por el total desvalor.

De ahí que, a los efectos del artículo 72 CP, para imponer la pena por encima del mínimo deberán precisarse aquellos elementos o factores de mayor desvalor o de mayor culpabilidad que concurren en el supuesto. Como afirmábamos en la STS 719/2007, de 31 de octubre, " *en la medida en que [la pena] se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone*".

35. Pues bien, los hechos declarados probados suministran las razones que, exteriorizadas en la sentencia recurrida, prestan fundamento a la concreta pena impuesta. En particular, el estado de significativa vulnerabilidad e indefensión en el que se encontraba la víctima cuando fue agredida que, precisamente, hizo innecesario el despliegue de una mayor compulsión física para vencer su exteriorizada oposición; el espacio donde se produjo la penetración violenta, en la habitación de un hostel -espacio equivalente constitucionalmente a domicilio [vid. STC 10/2002]- en la que, pese a ser compartida, iba a pernoctar la Sra. Socorro . Lo que, además de lesionar su expectativa reforzada de privacidad, favoreció objetivamente la ejecución de la agresión, dificultando recabar el auxilio de terceros; el aprovechamiento por parte del recurrente de un contexto relacional que con toda seguridad hizo que la víctima no activara estrategias previas de autoprotección en la confianza de que la pareja de su madre no le agrediría sexualmente; la causación de un daño psíquico a la Sra. Socorro que se ha transformado en secuela.

36. Indicadores de gravedad específica del hecho delictivo cometido que, como anticipábamos, fundan racional y suficientemente el juicio de punibilidad contenido en la sentencia recurrida y la imposición de la pena en límite mínimo de la mitad superior -ocho años de prisión-. Pena puntual que no compromete el principio de proporcionalidad y que, frente a lo sostenido por el recurrente, no desborda, tampoco, las concretas



pretensiones punitivas formuladas por ambas acusaciones. Por último, apuntar que la invocada infracción del artículo 66. 1.2º CP carece de todo sentido -y contenido- pues no se ha apreciado ninguna circunstancia atenuante en la sentencia recurrida, lo que disculpa de todo análisis.

OCTAVO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 109 Y 110, AMBOS, CP

37. El motivo combate la fijación, como contenido de la responsabilidad civil, de una indemnización a favor de la Sra. Socorro por importe de 12.000 euros. Se reprocha que el Tribunal no haya utilizado criterios o baremos objetivos para su cuantificación y no haya tomado en cuenta " *la autopuesta en peligro de la propia perjudicada y de su imprescindible consideración en la determinación del resultado lesivo*" (*sic*), que el recurrente vincula con las conexiones habidas en algún momento de la vida de la Sra. Socorro con personas cercanas a la actividad de prostitución y al hecho de que accediera embriagada con el recurrente y su madre a una habitación de hotel que contaba con una sola cama.

38. El motivo carece de toda consistencia y no puede prosperar.

Si bien debe reconocerse la dificultad, casi ontológica, que concurre a la hora de justificar en términos objetivos el montante indemnizatorio en supuestos de daño moral, ello no desplaza la necesidad de individualizarlo por quien reclama una indemnización, aunque en algunos delitos adquiere una relevancia descriptiva autoevidente, así como de justificar en la correspondiente resolución la relevancia social y repulsa social de los hechos que lo generan y, muy en especial, la afectación de la víctima a partir de la identificación de sus circunstancias personales.

El juicio de responsabilidad civil es un juicio social que reclama determinar que la esfera de los intereses inmateriales de la víctima, nutrida de sus derechos a la intimidad y a la indemnidad física y psíquica, ha sido afectada por el delito.

La efectiva lesión en dicha esfera de intereses vitales de la víctima genera una obligación indemnizatoria, conforme determina el artículo 109 CP, si bien con una función no tanto reparatoria o restitutoria del daño causado sino, esencialmente, compensatoria -vid. sobre la función compensatoria de la indemnización en el supuesto de daños inmateriales, la reciente STJUE de 20 de junio de 2024, caso JU y SO c. Scalabe Capital GmbH, asuntos acumulados c-182 y 189/22-.

39. En el caso, de los hechos que se declaran probados, se identifica con extremada claridad, además de una grave lesión de los derechos a la indemnidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad de la Sra. Socorro, una afectación, en forma de secuela, de su salud psíquica. Perjuicios que, en efecto, deben ser civilmente compensados por la única vía que se presenta como razonable y posible: la indemnización pecuniaria.

La cantidad de 12.000 euros fijada por el tribunal de instancia satisface el objetivo compensatorio del daño moral apreciado, aunque, insistimos, este resulte ontológicamente irreparable y, en esa medida, también objetivamente invaluable. No apreciamos desmesura ni, tampoco, ruptura con criterios de adecuación socialmente compartidos.

40. Como tampoco identificamos el más mínimo resquicio para que entre en juego ni la *autopuesta en peligro de la víctima* -que de manera insólita se invoca en el desarrollo argumental del motivo- ni, desde luego, su otra cara, como lo es la *heteropuesta* en peligro para reducir o excluir para la vía, no invocada, del artículo 114 CP la indemnización fijada.

Debe recordarse que la autopuesta en peligro, como factor de ruptura de la imputación objetiva del resultado a un tercero y, por tanto, de las consecuencias indemnizatorias que pudieran derivarse, comporta que la víctima decide voluntaria y libremente hacer frente al peligro asumiendo sus consecuencias. Por su parte, en la heteropuesta en peligro, la víctima es también consciente y asume el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la primera situación, donde es aquella la que, en última instancia, aun cuando pueda contemplarse la intervención de un tercero, se inflige el daño, es un tercero el que, como autor directo, lo causa.

41. En el caso, plantear, como sostiene el recurrente, que la Sra. Socorro por haber sufrido desajustes emocionales en su infancia, consumir alcohol la noche en la que fue agredida y compartir habitación con su madre y la pareja de esta se representó el riesgo de ser violada y, pese a ello, lo asumió de manera consciente y voluntaria golpea las conciencias.

Pretender trasladar, en términos de imputación, el resultado de grave lesión de la libertad sexual que se describe en los hechos probados a la propia víctima, supone negar frontalmente los valores de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad que ex artículo 10 CE prestan sostén a los derechos fundamentales y dan sentido, también, a la intervención protectora de la norma penal. Es, sencillamente, un sinsentido moral y jurídico.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA SRA. Socorro

ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 450 CP E INDEBIDA INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 11 Y 179, AMBOS, CP

42. El motivo se funda sobre un argumento principal: la acusada, Sra. Adolfina , es la madre biológica de la víctima por lo que tenía posición de garante respecto a su hija Socorro que, además, se encontraba seminconsciente por el previo consumo de alcohol. En consecuencia, tenía la obligación de haber actuado para evitar el resultado que se produjo -la agresión sexual- o, al menos, haber limitado parcialmente sus consecuencias. Actuación impeditiva o limitativa que, además, podría haber ejecutado sin prácticamente ningún riesgo para ella misma ya que su pareja se *encontraba tranquilo* (sic).

La postura de indeferencia adoptada vino a equivaler a una silenciosa cooperación, debiendo entenderse el parentesco, independientemente de la edad de la hija, como *generador de una posición de garante* (sic). La consecuencia no puede ser otra que su condena como autora de un delito de violación en comisión por omisión concurriendo, además, la circunstancia agravante de parentesco.

43. El Fiscal presta apoyo al motivo si bien en el desarrollo argumental de su escrito matiza su alcance. Considera que los hechos probados no permiten identificar que la conducta de la madre hubiera impedido la comisión del delito. Cuando la Sra. Adolfina llegó a la habitación y se percató de lo que está aconteciendo, el delito, afirma el Fiscal, se había consumado, aunque todavía no se había agotado, por lo que la pasividad impeditiva favoreció que la agresión siguiera *perpetuándose* (sic). Aportación que debe ser calificada como participación secundaria a título de cómplice. En esa medida, considera que procede la condena de la Sra. Adolfina como partícipe, por comisión por omisión, en un delito de agresión sexual.

44. Delimitados los términos del gravamen y a la vista de la pretensión formulada deben despejarse, con carácter previo, las condiciones de revisión del pronunciamiento de instancia.

A este respecto, cabe recordar que la doctrina que arranca con la STC 167/2002 y que trae causa y fundamento de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Spinu c. Rumanía, de 29 de abril de 2008; caso García Hernández c. España, de 16 de noviembre de 2010; caso Lacadena c. España de 22 de noviembre de 2011; caso Sánchez Contreras c. España, de 20.3.2012; caso NiculescuDellaKeza c. Rumanía, de 26 de marzo de 2013; caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez c. España, de 14 de enero de 2020; y, la más reciente, caso Centelles Mas y otros c. España, de 7 de junio de 2022- reconfiguró el espacio *revisorio* que el efecto devolutivo atribuye al recurso cuando de lo que se trata es de la pretendida modificación de pronunciamientos absolutorios o que condenan a manos de lo pretendido basados en una valoración directa y plenaria de las llamadas pruebas personales.

En estos casos, para la doctrina constitucional, la inmediatez de la que goza el juez de instancia constituiría una suerte de precondición valorativa, cuya ausencia impide a los tribunales superiores subrogarse en la labor determinativa de la eficacia probatoria de tales medios.

El legislador se hizo eco de la doctrina constitucional estableciendo mediante la reforma de 2015 -Ley 41/2015- un modelo fuertemente restrictivo de revisión -incluso llegando más allá de lo que las exigencias convencionales imponían- hasta el punto de privar al tribunal superior de toda facultad de revalorar la prueba sobre la que el tribunal inferior funda su decisión absolutoria para revocar y condenar al absuelto o agravar su condena.

De tal modo, el alcance de la facultad revisora de las decisiones absolutorias o que declaran menor responsabilidad que la pretendida basada en la valoración de la prueba, debe limitarse a identificar si la decisión del tribunal de instancia se funda en bases cognitivas irracionales o incompletas, ordenando, en estos casos, el reenvío de la causa para que el tribunal *a quo* reelabore la sentencia racional o informativamente inconsistente o, excepcionalmente, se repita de nuevo el juicio -vid STC 72/2024-.

La revocación pretendida, con la condena del absuelto o la agravación de la condena fijada en la instancia, mediante el recurso de casación solo resulta posible si el gravamen en que se basa adquiere una sustancial dimensión normativa. Esto es, que de los hechos que se declaran probados, sin ningún elemento fáctico aditivo ni revalorización de las informaciones probatorias, se identifiquen todos los elementos normativos y descriptivos que permitan el juicio de subsunción en el tipo que ha sido objeto de acusación -vid. SSTC 209/2003, 272/2005, 201/2012, 105/2016-. Condición que adquiere, en puridad, el valor de presupuesto de admisión del propio motivo formulado.

Es, por tanto, el hecho declarado probado y solo este, el que delimita el campo de juego en el que puede operar el motivo revocatorio.



45. Partiendo de lo anterior, resulta evidente que, en el caso, el gravamen sobre el que se funda la pretensión agravatoria mediante el cambio del título de condena plantea significativas dificultades de revisión.

Es cierto que el motivo introduce cuestiones normativas al hilo de los propios hechos que se declaran probados. Pero estos por sí, ya adelantamos, no permiten ninguna de las subsunciones pretendidas a salvo que se reconstruyeran, incorporando hechos sobre los que fundar la posición de garantía y el tipo subjetivo del delito de agresión sexual que no han sido declarados probados en la sentencia de instancia validada por la de apelación.

46. En efecto, para aproximarnos a la cuestión normativa suscitada sobre la posición de garante de la Sra. Adolfina respecto a su hija Socorro debe partirse de un principio general: no todo aquel que omite la evitación de un resultado lesivo puede ser castigado como si lo hubiera causado mediante una acción, sino solo determinadas personas respecto de las que quepa trazar una muy específica relación con el bien jurídico protegido y, además, se cumplan las otras condiciones previstas en la ley.

47. La fórmula de responsabilidad por comisión por omisión en los delitos de resultado reclama la concurrencia cumulativa de las siguientes condiciones normativas:

Primera, para que el sujeto pueda ser considerado responsable por comisión por omisión es preciso que se encuentre en una posición de garantía, normativamente prevista, respecto del bien cuya lesión no ha evitado, y disponga de un poder de dominio sobre algunas de las condiciones esenciales de la verificación del acontecimiento típico.

Segunda, dicho deber de actuar en garantía en evitación del resultado típico ha de tener naturaleza jurídica y no meramente moral o social, por lo que habrá de derivarse, como precisa el artículo 11 CP, de fuentes normativas jurídicamente reconocibles como la ley, el contrato o la precedente creación de un peligro para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión por parte del obligado por el deber.

Tercera, los deberes de evitación derivados de la posición de garantía son específicos por lo que, desde el propio sentido literal de la norma, quedan excluidos los deberes genéricos de evitación. La infracción de estos da lugar al castigo de las respectivas omisiones, pero no permite la imputación del resultado a título de comisión por omisión.

Cuarta, íntimamente vinculada a la anterior, ha de trazarse una relación de equivalencia, según el sentido del texto de la ley, precisa el artículo 11 CP, entre la omisión y la conducta activa para la producción del resultado. Esta equivalencia tiene carácter esencial y se debe apreciar cuando la omisión, en términos valorativos, posee un significado social equivalente a la comisión activa del delito.

48. Sentado lo anterior, coincidimos con el Tribunal Superior en la necesidad de aplicar un estándar de interpretación estricta de las fuentes de atribución de la posición de garante. Sin que sea suficiente para ello la identificación de imperativos categóricos morales sino se identifica, al tiempo, su plasmación en términos de deber jurídico suficientemente precisado y cognoscible, aun de la mano de los principios generales del derecho recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, como indicábamos en la STS 38/2021, de 21 de enero.

El principio de estricta tipicidad obliga a neutralizar lo que algún autor calificó como la "*tendencia de mancha de aceite*" en la identificación de fuentes de posición de garante, superando el marco descriptivo del tipo.

49. Y también compartimos con la sentencia recurrida que los hechos probados más allá de contemplar la relación filial entre la acusada y la recurrente no contienen los presupuestos fácticos que deben concurrir para que pueda identificarse una especial posición de garantía de la primera respecto a los bienes jurídicos de los que es titular la segunda.

El hecho global declarado probado precisa con claridad que Socorro, a 25 de noviembre de 2021, contaba con 21 años, mantenía una vida independiente y autónoma de su madre, residiendo en otra ciudad, con la que mantenía contactos personales no excesivamente frecuentes y que no tenía ninguna enfermedad o discapacidad psíquica o física. Condiciones relacionales y personales de la víctima que impiden observar que su progenitora, al tiempo de los hechos, asumiera una posición de garantía contemplada en la Ley respecto al bien jurídico de la libertad sexual de la que Socorro es titular, de modo tal que su lesión, por haber omitido deberes evitativos del peligro, le pueda ser objetivamente imputada como si hubiera ejecutado una acción positiva.

50. Con ello no queremos decir que el solo dato de la mayoría de edad impida toda posibilidad de que, dadas determinadas circunstancias, el progenitor se situé, otra vez, en una posición de garantía jurídicamente exigible respecto a bienes jurídicos de los que sean titulares los hijos mayores de edad.



Esa *reasunción* de una posición de garante será posible cuando concurren circunstancias próximas a las que prestan fundamento a la posición de garantía de los progenitores respecto a los hijos menores de edad contemplada en el artículo 154 CC. No basta, por tanto, la invocación de un deber moral de solidaridad genérico entre parientes no expuestos previamente a peligro para que "reaparezca" una posición de garantía.

En efecto, la estrecha relación vital, que incluye compartir morada, y la presencia de una fuente de peligro preexistente -como una enfermedad, discapacidad o cualquier otra circunstancia que pueda provocar una grave situación de desamparo en la persona afectada- justifican normativamente que el progenitor, siempre que pueda ser considerado competente para preservar la integridad del bien jurídico, asuma la posición de garante respecto al hijo dependiente mayor de edad y, en consecuencia, le resulten exigibles los deberes evitativos del peligro que resulten situacionalmente oportunos.

51. En estos supuestos de preexistente y extrema vulnerabilidad, por discapacitado enfermedad del titular del bien jurídico, de dependencia del cuidado que preste y de las decisiones que adopte un tercero, el Ordenamiento atribuye a este la condición de garante porque confía que, precisamente, por haber asumido voluntariamente dicha situación controlará el peligro.

Esas dos variables cumulativas sobre las que se identifica una posición de garantía -comunidad de vida y situación de peligro preexistente que genera una situación de dependencia- aparecen previstas en el artículo 68 CC al establecer como obligación de los cónyuges "*compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*" y de forma implícita en el artículo 263 CC, cuando con relación a las personas con discapacidad, se establece, como fórmula de protección, la regla de la continuidad del guardador de hecho en las funciones protectoras que le son propias si las viniere "*ejerciendo adecuadamente*".

Los principios y valores constitucionales que prestan fundamento a nuestro ordenamiento jurídico permiten decantar, fuera de toda duda, un efectivo deber jurídico de protección de aquellas personas que no pueden por sí mismas evitar o conjurar un peligro grave para su vida, integridad física y psíquica y derechos de la personalidad. Y atribuirlo a quien, por razones de comunidad de vida o proximidad personal, lo asume voluntariamente y está capacitado personalmente para conjurar o reducir dicho peligro bajo su control.

52. Como anticipábamos, en el caso, y sin perjuicio de valoraciones morales, no hay posición de garantía de la acusada respecto a la recurrente porque no concurren las circunstancias "constitutivas" antes señaladas como son la comunidad de vida y la dependencia derivada de una situación de peligro grave y preexistente para la integridad física y psíquica.

53. A mayor abundancia, los hechos declarados probados tampoco permiten identificar el segundo de los presupuestos al que se refiere el artículo 11 CP, relativo a la equivalencia de significado entre la acción omitida y la acción comisiva activa.

Como indicábamos con anterioridad, la comisión por omisión requiere que la omisión equivalga, conforme al sentido de la ley, a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación estructural o material no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero. Insistimos, solo puede ser equivalente a un delito de acción aquella omisión impropia de la que pueda decirse que, de alguna manera e igualmente con seguridad, ha causado o cocausado el resultado típico. Tomándolo prestado de un destacado penalista de nuestro País, "*únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionalmente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico*".

En estos casos, cuando la omisión no crea el peligro específico para el bien jurídico, sino que el omitente se encuentra con un peligro que ya se está concretando en un resultado de lesión por la acción procedente de un tercero tal omisión podrá ser valorada en clave de participación, si la acción no se ha consumado, o como omisión pura, pero no como un supuesto de autoría o coautoría por comisión por omisión -vid STS 682/2017, de 18 de octubre-.

54. Lo anterior conduce a la última cuestión suscitada de la mano del informe del Ministerio fiscal. La relativa a si es posible identificar en los hechos probados los elementos de participación omisiva a título de cómplice en la agresión sexual que se estaba produciendo cuando la acusada Sra. Adolfinia accedió a la habitación.

55. La respuesta deber ser también negativa.

Es cierto que la sentencia de instancia, validada por la de apelación, identifica una omisión pura consistente en no evitar que la acción prosiguiera. Pero, como bien se precisa por el Tribunal Superior, descartada la posición



de garante, lo que se castiga no es la participación por omisión en el delito no impedido sino el incumplimiento del deber de actuar en los términos previstos en el artículo 450 CP -vid. STS 687/2017, de 18 de octubre-.

56. La condena de la Sra. Adolfinia como partícipe obligaría a una profunda reconstrucción del hecho probado vedada por la Ley. Además de identificar su concreta contribución al hecho, debería precisarse si la Sra. Adolfinia tenía voluntad de contribuir con su omisión a la realización del hecho principal -el llamado *double dolo* del partícipe-. Si, a la postre, existió un concierto previo o sobrevenido, una adhesión colaborativa con el plan del Sr. Indalecio para favorecer que este lo llevara a cabo. Extremos sobre los que el hecho probado no se muestra particularmente explícito y no cabe, tan siquiera, inferirlos de este sin riesgo de extravasar los estrechos y estrictos límites de nuestra fusión revisora.

JUICIO SOBRE COSTAS

57. Procede, tal como previene el artículo 901 LECrim, la condena de los recurrentes a las costas causadas con sus respectivos recursos.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

58. Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Socorro , a salvo que manifieste su deseo de no conocer su contenido.

FALLO

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

No haber lugar a los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por la representación del Sr. Indalecio y la Sra. Socorro contra la sentencia de 26 de mayo de 2023 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria cuya resolución confirmamos.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y, personalmente, a la Sra. Socorro , haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.