

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 987/2022

Fecha de sentencia: 21/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10347/2022

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2022

Ponente: Excmá. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla

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

Transcrito por: JLA

Nota:

Resumen

Agresión sexual a menor de 16 años. Presunción de inocencia. Aplicación retroactiva LO 10/2022. Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso.

La comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación a los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

Todos los intervinientes en el proceso, desde sus respectivas ópticas,

descartaron razones que justificaran una penalidad que rebasara el mínimo legal. Y esa conclusión nos obliga ahora a efectuar esa comparación normativa, precisamente a partir de ese límite mínimo de la pena privativa de libertad.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10347/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 987/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num 10347/22 por infracción de precepto constitucional, interpuesto por D. Catalín Ion Barbu, representado por la procuradora D.^a Rosa María Godoy Bernal bajo la dirección letrada de D.^a Mónica Moya Sánchez, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 16 de marzo de 2022 (Rollo Apelación 276/21). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 1 de Almería incoó sumario num. 2/19 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sec. 2ª, Rollo 31/19) que con fecha 17 de junio de 2021, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: «ÚNICO.- Probado y así se declara que: "Que Catalin Ion Barbu, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad rumana, con posterioridad a las 19 horas del día 11 de abril de 2019, con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, se aproximó en su vehículo a la menor de edad XXX (nacida el 11 de julio de 2003) a la que ya conocía, cuando ésta transitaba por una calle en la localidad, de Campohermoso (Almería); convenciéndola para subiera en el vehículo, diciéndole que la llevaba a su casa, y negándose en principio XXX, accediendo finalmente al ser una persona a la que conocía de la localidad.

Una vez en el interior, se sentó la menor en la parte trasera, procediendo Catalin a trasladarse hasta un descampado existente a las afueras de Campohermoso, donde tras detener el vehículo y cerrar el seguro, se colocó él también en la parte posterior, y le dijo que quería tener relaciones sexuales con ella, "que quería que le diera chichi"; empezando a bajarle el pantalón; negándose la menor a dicha acción, comenzando a llorar, ante lo cual el procesado levantó la mano haciendo además de agredirla, gritándole que se callase y bajándole el pantalón pese a la negativa de ella, poniéndose encima y penetrándola por vía vaginal mientras XXX le decía que parase. No consta que llegara a eyacular en su interior.

Una vez realizado el acto sexual el procesado le dijo a la menor que no contara a nadie lo ocurrido; trasladándola de nuevo a Campohermoso y dejándola en la zona de los Institutos del pueblo."».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Que debemos condenar y condenamos a Catalin Ion Barba, por el delito de violación ya definido, a la pena doce años de prisión, inhabilitación absoluta por el plazo de la condena y pago de costas procesales, con indemnización a XXX en veinte mil euros, más sus intereses legales.

Igualmente, en aplicación del art. 192 del C.P., se le condena a la medida de libertad vigilada a concretar una vez cumplidas la pena privativa de libertad y por un período de 10 años; y la de inhabilitación especial para profesión u oficio que conlleve contacto directo con menor de edad por período de 15 años.

Le será de abono para el cumplimiento de las penas impuestas todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de Sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Catalin Ion Barbu dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con fecha 16 de marzo de 2022 y cuya parte dispositiva es la siguiente: «Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Da Inmaculada Encarnación Guzmán Martínez, en nombre y representación de Catalin Ion Barbu, contra la sentencia dictada el día 17 de junio de 2021 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Almería en la causa de que dimana el presente Rollo, confirmamos dicha declaración, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Únase certificación de esta sentencia al Rollo de Sala y notifíquese al Ministerio Fiscal y al acusado a través de su procurador, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta Sección de Apelación Penal de la Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al correspondiente rollo de esta Sala.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que se dicte por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para que se proceda a la ejecución de lo definitivamente resuelto».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, por la representación de D. Catalin Ion Barbu, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24.2 de la CE.

2º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del artículo 24.1 de la CE relación con el artículo 120 de la CE, en cuanto a la motivación de la sentencia.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recurso interpuesto, interesó su inadmisión y subsidiariamente su impugnación, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- En fecha 23 de noviembre de 2022 por Diligencia de Ordenación se dió traslado a las partes para alegaciones, en relación con la entrada en vigor de LO 10/22, de 6 de septiembre. Por la representación del recurrente se solicitó la rebaja de la pena impuesta y por el Ministerio Fiscal se informó que «la pena impuesta en su día -12 años de prisión-, resulta igualmente proporcionada a los hechos declarados probados».

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dicta por la Sección Penal de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de marzo de 2022,

que desestimó el recurso de apelación formulado contra la dictada por la Audiencia Provincial de Almería de 17 de junio de 2021, recurre en casación Catalin Barbu condenado como autor de un delito de violación a menores a la pena de 12 años de prisión.

1. Se formaliza un primer motivo de recurso que invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar infracción del artículo 24.2 CE proyectada sobre la garantía de presunción de inocencia.

El recurrente cuestiona la idoneidad como prueba de cargo del testimonio de la joven que intervino en el juicio como víctima de los hechos enjuiciados. Denuncia que el mismo resultó impreciso y carente de la necesaria persistencia. Este último extremo lo conecta con el hecho de que a lo largo de su intervención en el proceso la testigo no hiciera alusión al intento de penetración anal que mencionó el informe de urgencias y del que luego no se vuelve a hablar.

Resalta igualmente el recurso la ausencia de elementos externos de corroboración que avalen la versión de la joven, que, a su criterio, debieron materializarse a través de evidencias físicas dada la desproporción entre la dimensión que presume de los órganos sexuales de un varón adulto y los de una joven, y cuanto menos con marcas en los brazos a consecuencia de la sujeción de la que ella dijo haber sido objeto, el desgarramiento del himen, o con la presencia de restos biológicos. Del mismo modo censura el informe de las psicólogas de Márgenes y Vínculos que analiza desde su particular óptica, resaltando que no individualiza los efectos que sobre la menor pudieron producir estos hechos respecto de los derivados de otros acometimientos sexuales anteriores de los que al parecer fue objeto.

En definitiva cuestiona la racionalidad de la valoración probatoria que sustenta la condena que se rebate, enfatizando en que se ha basado en una declaración huérfana de corroboraciones, frente a la que se ha realizado prueba de descargo que ha sido despreciada.

2. La delimitación del alcance de la impugnación casacional y del control realizado a través de la misma cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede obviar que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. De esta manera, la comprobación que corresponde al Tribunal Supremo se concreta en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de primera instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (entre otras SSTS 847/2013 de 11 de noviembre, 163/2017 de 14 de marzo, 741/2017 de 16 de noviembre, o la 490/2019 de 16 de octubre, entre otras).

Y desde esta óptica vamos a enfocar la cuestión que ahora se somete a nuestra consideración.

3. En este caso el soporte probatorio de la secuencia histórica que recrea el relato de hechos probados y consecuente declaración de culpabilidad del recurrente lo ha suministrado fundamentalmente la declaración de la joven

involucrada como víctima en los hechos, de 15 años de edad cuando estos ocurrieron y uno más cuando se celebró el juicio en la instancia.

Dadas las características del suceso, es razonable que así sea. Se trata de enjuiciar una conducta marcada por un componente personalista, desarrollado en el espacio de una búsqueda intimidad, por lo que no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo. Por lo tanto ha de partirse del análisis del testimonio de quien se perfila como víctima, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (SSTS 61/2014 de 3 de febrero o 274/2015 de 30 de abril, entre otras).

Recordábamos en la STS 467/2020, de 21 de septiembre, con cita de otros precedentes, que la idoneidad probatoria de la declaración de la víctima ha de pasar el filtro, en cada caso concreto, de la valoración del Tribunal sentenciador. Y concretábamos que su alto valor incriminatorio no significa que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada. Sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar en esta valoración criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

4. Las conclusiones probatorias alcanzadas por el Tribunal sentenciador a partir de la declaración de la denunciante, ha sido confirmada por el Tribunal de apelación, una vez escrutada desde el triple prisma que la jurisprudencia de esta Sala ha perfilado para atribuir a la misma la suficiente presunción de certeza, y a partir de una argumentación exenta de cualquier atisbo de arbitrariedad.

Analiza la sentencia recurrida la coherencia del relato y su persistencia en cuanto exento de «contradicciones relevantes, más allá de meras matizaciones o

aclaraciones al responder a las preguntas que se le formularon». También, la verificación externa que el mismo obtuvo a través de prueba pericial y la ausencia de resentimiento en la testigo que hubiera podido operar como motivador. Todo ello confrontado con la versión de descargo facilitada por el acusado.

El Tribunal de apelación profundizó en la declaración de la joven involucrada en los hechos, que analizó de manera exhaustiva, proporcionando respuesta expresa a las distintas cuestiones que ahora el recurso vuelve a plantear. Por ejemplo en relación a intento de penetración anal que se dice omitido en el relato, explico «Respecto del posible intento de penetración anal, que se recoge en el Informe de Alta de Urgencia médica que obra al folio 46 de las actuaciones, es cierto que XXX no hizo referencia a él en el curso de las distintas declaraciones que ha efectuado, y tampoco cuando fue reconocida por el médico forense, lo cual no quiere decir que haya faltado a la verdad, pues no se le formularon preguntas directamente dirigidas a aclarar este extremo».

Del mismo modo el Tribunal de apelación analizó con detalle los distintos informes médicos incorporados a la causa, dando respuesta a los reparos que se oponían a la inexistencia de signos físicos o restos biológicos que objetivaran el relato, tal y como de nuevo se argumenta ahora, para concluir «Sin embargo, la ausencia de lesiones no demuestra que XXX haya mentido, pues como el acusado no la golpeó ni agredió, sino que únicamente la cogió de un brazo para meterla a la fuerza en su coche, y ya en su interior, cuando estaban en el descampado, levantó una de sus manos haciendo además de golpearla, lo que llevó a la menor, atemorizada por la desproporción de fuerzas existente, a someterse a sus deseos, no es de extrañar que no se las provocara.

Por lo que respecta a la exploración ginecológica, hay que tener en cuenta que se realizó unos tres días después del acaecimiento de los hechos, y la inexistencia de desgarros no descarta la realidad de penetración, pues contrariamente a lo que suele entenderse, la primera relación sexual con penetración no necesariamente conlleva la rotura del himen y provoca sangrado, dependiendo su producción de diversos factores, entre los que se encuentran el tamaño y la forma del himen, que varían en cada mujer, aparte de la posibilidad de un himen complaciente, que se distiende sin dañarse durante la penetración, por lo que no quedan lesiones atribuibles al acto sexual.

El informe de ADN realizado por el Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (folios 205 a 210) concluyó que en los hisopos aplicados en las zonas vulvar, vaginal, introito y cepillado púbico de XXX y en la sudadera que ésta aportó

como la que llevaba puesta el día de autos, no se detectó la presencia de semen ni restos orgánicos que con el perfil genético del acusado, no siendo de extrañar que no apareciera semen en el órgano sexual de la menor pues la misma manifestó que se duchó tras los hechos, y además habían transcurrido tres días desde que la penetración se produjo. Y por lo que se refiere a la sudadera, el estudio se realizó sobre los recortes de cuatro manchas ubicadas en su parte delantera que emitieron fluorescencia bajo luz forense, que no necesariamente tuvieron que ser producidas por material orgánico procedente del acusado».

Sin embargo lo expuesto no supone la ausencia total de corroboración, pues analizó igualmente el Tribunal de apelación el refrendo que el testimonio reseñado obtuvo a través de la pericial psicológica. Y lo hizo en consonancia con el que ha sido criterio reiterado de esta Sala de casación (entre otras SSTS 851/2015, de 9 de diciembre; 201/2018, de 25 de abril; 541/2021, de 21 de junio; o 984/2021, de 15 de diciembre) al entender que este tipo de pruebas consisten en la emisión de pareceres técnicos por parte de quienes tienen una especial preparación para ello, sobre datos obtenidos a través de la exploración del menor y analizados a partir de sus propios conocimientos empíricos y el auxilio de las técnicas propias de su disciplina. Constituyen una herramienta que auxilia al Tribunal en la función valorativa que le corresponde, pero no suplen la misma y carecen de efecto corroborador, salvo que constaten la presencia de rasgos sugerentes de la realidad del hecho objeto de prueba. Y precisamente eso es lo que ocurre en este caso.

La sentencia recurrida reconoció expresamente a la declaración cuestionada coherencia interna y además corroboración externa a través de los datos extraídos de la pericial psicológica. Extractamos por su claridad el siguiente fragmento que condensa el criterio expuesto acerca de la valoración de esta especial modalidad de pericia «Se trata del informe de evaluación y diagnóstico fechado el 14/10/19 realizado por las psicólogas nº AD- 06593 y A0-08316 de la Fundación Márgenes y Vínculos (folios 130 y siguientes de las actuaciones), que fue ratificado en el acto del juicio por sus autoras.

Para su elaboración las peritos mantuvieron tres sesiones de evaluación con la menor y una con su madre, y tuvieron en cuenta la documentación médica y procesal que les remitió el juzgado, con el objeto de analizar tanto el contenido del testimonio de aquella como la credibilidad y validez del mismo, mediante el Sistema de análisis de la Validez de las

declaraciones (SVA), cuyo elemento central es el Análisis del Contenido Basado en Criterios (CBCA), arrojando los estudios practicados datos suficientes para catalogar el testimonio aportado por XXX como "creíble", siendo este resultado el máximo de la escala establecida al efecto.

Además, tras las pruebas psicodiagnósticas que se le realizaron, se detectó que presentaba sintomatología relacionada con la hallada en la literatura sobre violencia sexual, en concreto sintomatología ansioso-depresiva (anhedonia, sentimientos de culpabilidad y pensamientos catastrofistas e ideas autolíticas), sintomatología psicósomática, sentimientos de rabia, resentimiento e ira respecto del encausado, estigmatización, aprendizaje disfuncional de las relaciones sexuales, bajo autoconcepto, tendencia al aislamiento social y ausencia de vínculos de apego».

Además, por el contrario de lo que sugiere el recurso, dio expresa respuesta al alcance de la sintomatología que fue apreciada en la joven en relación a otros posibles acometimientos sexuales. Y así señaló «Y en cuanto a los síntomas que presentaba XXX, compatibles con las vivencias de violencia sexual que relataba, las peritos le detectaron la sintomatología que anteriormente se consignó, aclarando dichas profesionales en el plenario, a preguntas del letrado de la defensa, que parte de esa amalgama de síntomas estaban relacionadas con otras vivencias estresantes relatadas por la menor (previos abusos sexuales por parte de dos parejas de su madre y un vecino), pero que otros estaban directamente relacionados con los hechos, no solicitándose por la parte ninguna aclaración adicional al respecto».

Por último, no prescindió el Tribunal en su valoración de la versión de descargo facilitada por el acusado. Nos permitimos de nuevo por su claridad, y con el fin de evitar innecesarias reiteraciones, reproducir el fragmento de la sentencia recurrida que condensa esta motivación. Así se señala en el fundamento de derecho quinto. «En relación con I.G.E., declaró que estuvo con el acusado, su pareja, la tarde que ocurrieron los hechos, si bien ambos coinciden en que en momento dado (a las 18,50 horas dijo él en sede policial, aunque luego parece que se desdijo en parte; y a las 18,45 afirmó ella), Catalin se fue solo, no acreditando que se dirigiese a un salón de juegos con un primo suyo, como afirma.

La prueba documental que obra a los folios 56 a 57 demuestra que a las 18,16 horas del día de autos se abonó en un cajero de La Caixa en Campohermoso la multa de tráfico impuesta al procesado que aparece en el folio 55, y que a las 19,03 horas del mismo día, en un cajero de Unicaja de la misma localidad, se produjo una extracción de 20 euros de la misma cuenta en la que se cargó la multa, cuya titularidad se desconoce, pues no se ha acreditado.

En cualquier caso, aun admitiendo que el acusado sea su titular y que fue la persona que realizó ambas operaciones bancarias, ello no demostraría que no pudo perpetrar el delito, pues a la hora que según se declara probado se cometió no se acredita que estuviera, como afirma, en un salón de juego».

5. En atención a lo expuesto nos encontramos en condiciones de confirmar, desde la perspectiva que en casación nos compete, a partir del previo examen que sobre esta cuestión realizó el Tribunal de apelación, que la condena del acusado se ha sustentado en prueba legalmente obtenida e introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio y razonablemente valorada conforme a criterios racionales de valoración que le otorgan la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, certidumbre y una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado. El juicio de inferencia realizado se ajusta a los parámetros de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos exigibles para alcanzar una conclusión condenatoria por los hechos objeto de autos. En consecuencia, la denunciada infracción de la presunción de inocencia queda descartada.

SEGUNDO.- Se formaliza un segundo motivo de casación que denuncia, al amparo de nuevo del artículo 5.4 LOPJ, vulneración del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 120 de la Constitución, en cuanto a la motivación de la sentencia.

Argumenta el motivo que la sentencia recurrida incurre en una falta de motivación, al igual que la de primera instancia, por cuanto en su opinión no justifica la razonabilidad de la prueba de cargo tomada en consideración. Se utiliza este segundo motivo para hacer valer de nuevo sus discrepancia en torno a la valoración de la prueba, en particular en lo que concierne a la pericial psicológica, cuestión sobre la que nos remitimos a lo expuesto al resolver el motivo anterior.

1. La sentencia recurrida nutre su pronunciamiento en una exhaustiva revisión de la valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia, de la que hemos dado cuenta al resolver el motivo anterior. Valoración que constata la suficiencia incriminatoria del relato de la testigo involucrada en los hechos, y la coherencia interna del mismo. Un relato, además, refrendado a través de la especial sintomatología que la pericial psicológica apreció en la testigo. Una testigo respecto a la que se descartan motivaciones que comprometan su credibilidad subjetiva. Todo ello a través de un argumentario explícito que diluye cualquier asidero a la queja que este segundo motivo de recurso plantea. El fragmento que a continuación transcribimos así lo revela. «En el caso de autos no hay ningún motivo para pensar que XXX haya acusado en falso al Sr, Barbu:

Catalin es hijo de una mujer que compartía trabajo con la madre de XXX.

Ambos admiten conocerse de vista y que no mantienen relaciones de ningún tipo, precisando Catalin que a la fecha de autos llevaba cuatro años sin ver a la menor.

Pudo existir un incidente previo entre ambos, unos dos años antes, al intentar Catalin abusar de la menor en casa de una prima de ésta, pero el hecho es negado por el acusado, y XXX no llegó a denunciarlo.

En cuanto a la forma en que se produjo la revelación de los hechos, XXX manifestó que tres días después de que ocurrieran habló con su madre y le preguntó que si conocía a Catalin, y al decirle ésta que sí, le contó que la había violado, preguntándole entonces la madre que si quería que fueran a la policía, con lo que la menor estuvo conforme.

En las sucesivas declaraciones de XXX se aprecian elementos y datos que se corresponden con una experiencia realmente vivida, siendo indicativos de veracidad.

En concreto:

a) Sitúa adecuada y concretamente el episodio desde el punto de vista espacio-temporal, ofreciendo detalles tales como la fecha y la hora aproximada, y los lugares en los que estuvo con el acusado (una tienda, un descampado, en las proximidades de su centro escolar, en donde la dejó al finalizar la agresión).

b) Ofrece abundantes detalles que rodearon al hecho nuclear, recordando incluso lo que compró en la tienda a la que previamente la llevó el acusado y recordando que tenía prisa en volver porque había dejado sola a su hermana en casa.

c) Reitera que el acusado, tras finalizar la agresión, la conminó a que no contara nada, accediendo ella a lo que le pedía con la condición que la dejara cerca de su casa, porque tenía que ir a cuidar a su hermana.

Y d) Explica por qué tardó tres días en contárselo a su madre (temía que no la creyeran, aunque finalmente se decidió porque pensó que podía estar embarazada o que quizá él contara que había mantenido relaciones sexuales con ella),

En definitiva, los datos aportados por XXX son indicativos de la credibilidad de su testimonio, y además obtuvieron una corroboración externa gracias al informe pericial realizado, en el que se recogen síntomas característicos de las secuelas de este tipo de abusos, difícilmente explicables sino hubiesen existido los hechos, por lo que no hay razones para rechazar las conclusiones que, en torno a la veracidad de la denunciante, alcanzó el tribunal de instancia».

2. El derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene su asiento en el artículo 24.1 CE, ostenta un contenido que no es, ni más ni menos, que el del derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución fundada en Derecho. Es decir, a que la petición de justicia, tras ser oídas las partes en el correspondiente cauce procesal, obtenga como respuesta una resolución o pronunciamiento debidamente fundado en Derecho.

No debe confundirse la alusión a ese derecho a la tutela judicial efectiva con una simple discrepancia en la valoración de la prueba disponible, llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, a quien corresponde en exclusiva esa función, ni con un derecho del recurrente a obtener una respuesta obligadamente complaciente con sus pretensiones.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige, en primer lugar, que la resolución judicial esté motivada, es decir, contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse

fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre, por todas).

En definitiva, el artículo 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero; y 27/2013, de 11 de febrero, entre otras muchas).

Esa necesidad de motivación cumple diversas finalidades al erigirse, en primer lugar, en garantía para los justiciables mediante la que pueden comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Permite, a su vez y con la posibilidad de discusión de tales argumentos, acceder a la vía impugnativa de esa decisión, si de ella se discrepa y, seguidamente, el control por parte de un Tribunal superior del acierto de los argumentos en que se apoya. Supone, también y de manera quizá aún más importante, que el propio Juzgador reflexione sobre el sentido y validez de su razonamiento, al verse obligado a justificarlo.

En definitiva, y en concreto en el ámbito de lo penal, en el que las resoluciones tienen carácter público, es la sociedad misma la que, conociendo los argumentos en los que los Tribunales apoyan sus pronunciamientos, percibe los contextos jurisprudenciales en la aplicación de la norma y accede, en su caso, a la posible crítica legítima de los criterios aplicados.

3. Sobre el alegado déficit de motivación que el recurso, sin mayor desarrollo argumentativo, atribuye a la sentencia de instancia no vamos a profundizar. No solo porque el recurso no ahonda en la cuestión, sino también porque el mismo fue razonablemente rechazado por el Tribunal de apelación, ante el que se planteó igual queja.

La lectura de la sentencia recurrida avala el rechazo de la queja que ahora se plantea. La misma realiza una profunda inmersión en el material probatorio incorporado a la causa, que ha confrontado con la versión exculpatoria del acusado. Lo que nos ha permitido concluir, en los términos que ya hemos analizado, que por mucho que el recurrente discrepe de la sentencia recurrida, la convicción acerca de la realidad de los hechos declarados probados y sobre la culpabilidad del recurrente, ha tenido asiento en prueba válidamente obtenida e incorporada en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio, y razonablemente valorada con arreglo a máximas de experiencia comúnmente aceptadas, expuestas de manera lo bastante motivada para excluir arbitrariedad.

El motivo se desestima.

TERCERO.- La entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resultara más beneficiosa al condenado, pues de ser así, por aplicación del artículo 2,2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.

1. Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo «No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad». O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio «En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación

de la Ley penal» Ahora bien, la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación.

De otro lado, la comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación a los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

2. En este caso el Tribunal de instancia determinó la pena privativa de libertad que impuso en el mínimo legal. Y lo hizo sin mayor argumentación que su vinculación con la petición Fiscal.

En general la opción por el umbral de la pena desvanece cualquier efecto que pudiera entenderse anudado a un supuesto déficit motivador sobre la materia, pues si bien hemos señalado que es imprescindible expresar en la sentencia las razones individualizadoras, ese esfuerzo argumentativo es proporcional al grado de discrecionalidad, y más exigente a medida que la opción del Tribunal se aleje del mínimo legal.

Buena muestra de que la defensa del acusado no vio cercenada la garantía de tutela judicial efectiva en este aspecto, la encontramos en el contenido del recurso planteado. Aunque el mismo denunció déficit de motivación tanto en la apelación como en el segundo de los motivos del de casación que ahora resolvemos, en ningún caso proyectó el mismo sobre la cantidad de pena, simplemente porque a partir de la tipicidad aplicada, aquella no podía modularse a la baja.

De otro lado, tampoco era imprescindible un especial esfuerzo argumentativo, toda vez que el Tribunal sentenciador se encontraba con el techo que impone el principio acusatorio, y el Fiscal, única acusación interviniente en el proceso, se decantó en sus conclusiones por solicitar la pena mínima.

Partiendo de tales premisas, queda claro que una vez sentada la tipicidad aplicable, todos los intervinientes en el proceso, desde sus respectivas ópticas, descartaron razones que justificaran una penalidad que rebasara el mínimo legal. Y esa conclusión nos obliga ahora a efectuar esa comparación normativa, precisamente a partir de ese límite mínimo de la pena privativa de libertad.

3. Los hechos declarados probados encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181. 1, 2 y 3 segundo inciso CP, con una penalidad que oscila entre los 10 y los 15 años de prisión. Tal y como ha argumentado el Fiscal en el traslado que se le ha conferido al efecto, la pena de 12 años es también ahora imponible, lo que abocaría a su inmodificabilidad en el caso de que el Tribunal de instancia hubiera ejercido su arbitrio elevando la pena por encima de su umbral. Pero no fue así, por lo que la disminución en el límite mínimo por el que en su momento se decantaron, no solo la acusación, sino también el Tribunal sin objetar razones que según su criterio justificaran un mayor reproche traducido en cantidad de pena, determinan, como ha solicitado la parte recurrente, la aplicación retroactiva de la nueva norma fijando ahora la pena en 10 años de prisión. El resultado de la confrontación normativa se perfila con nitidez, toda vez que el relato de hechos probados no describe lesiones que pudieran determinar su punición independiente ex actual artículo 194 bis, por más que esta sea una cuestión no exenta de matices que no es el momento de abordar.

No procede variar la pena de inhabilitación impuesta, pues en los términos en que aparece fijada se corresponde con el mínimo imponible con la actual redacción del artículo 192.3 CP. Ni tampoco la libertad vigilada impuesta en aplicación del artículo 192.1 CP cuya redacción no ha variado.

En la medida que acogemos el criterio de la parte recurrente en este aspecto, el recurso se va a considerar parcialmente estimado, con la correspondiente declaración de oficio de las costas de esta instancia (artículo 901 LECRIM).

FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Catalín Ion Barbu, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 16 de marzo de 2022 (Rollo Apelación 276/21) y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de exponer.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta al citado Tribunal Superior de Justicia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde
Susana Polo García Javier Hernández García

RECURSO CASACION (P) núm.: 10347/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el sumario incoado por el Juzgado de Instrucción num. 1 de Almería con el num 2/19 y seguido ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería (Rollo 31/19) y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de junio de 2021 que fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla que con fecha 16 de marzo de 2022 dictó sentencia confirmado la anterior, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal y como hemos expuesto en la sentencia que antecede, los hechos declarados probados encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181. 1, 2 y 3 segundo inciso CP, con una penalidad que oscila entre los 10 y los 15 años de prisión. La disminución en el límite mínimo respecto a los 12 años de prisión que integraban el mínimo según la regulación vigente a la fecha de los hechos por el que en su momento se decantaron, no solo la acusación, sino también el Tribunal sin objetar razones que según su criterio justificaran un mayor reproche traducido en cantidad de pena, determinan la aplicación retroactiva de la nueva norma como más beneficiosa, fijando ahora la pena en 10 años de prisión.

No procede variar la pena de inhabilitación impuesta, pues en los términos en que aparece fijada se corresponde con el mínimo imponible con la actual redacción del artículo 192.3 CP. Ni tampoco la libertad vigilada impuesta en aplicación del artículo 192.1 CP cuya redacción no ha variado.

FALLO

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



Condenamos a Catalin Ion Barba como autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de agresión sexual a menor de 16 años, previsto y penado en el artículo 181. 1, 2 y 3 CP, según redacción dada por LO 10/2022, de 6 de septiembre, a la pena de diez años de prisión, inhabilitación absoluta por el plazo de la condena.

Igualmente, en aplicación del artículo 192 del C.P. le imponemos la medida de libertad vigilada a concretar una vez cumplida la pena privativa de libertad y por un período de 10 años; y la de inhabilitación especial para profesión u oficio que conlleve contacto directo con menor de edad por periodo de 15 años.

Se ratifica en lo que no se aponga a lo ahora modificado, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 16 de marzo de 2022.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde
Susana Polo García Javier Hernández García