



Roj: **STS 1764/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1764**

Id Cendoj: **28079120012019100342**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/06/2019**

Nº de Recurso: **10514/2018**

Nº de Resolución: **293/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 293/2019

Fecha de sentencia: 03/06/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10514/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

Criterio sobre prescripción del delito en el caso de delitos conexos.

Denegación de la admisión de la eximente incompleta o atenuante de drogadicción.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10514/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 293/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 3 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Maximo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, que le condenó por delitos de robo con intimidación con uso de instrumento peligroso, de violación y de amenazas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Pasalodos Frasnado y la recurrida Acusación Particular Dña. Gregoria representada por la Procuradora Sra. De Villanueva Ferrer.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Tarragona instruyó sumario con el nº 1 de 2003 contra Maximo, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, que con fecha 29 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación e igualdad de armas, han resultado acreditados los siguientes hechos: 1.- Sobre las 5:15 horas del día 18 de abril de 2003 Maximo, mayor de edad, con DNI NUM000 y sin antecedentes penales en dicha fecha, se aproximó al vehículo que Gregoria, que en ese momento contaba con 28 años de edad, acababa de estacionar por la zona de la calle Sant Antoni María Claret y calle del Baró de les Quatre Torres. Cuando ella se disponía a salir del vehículo Maximo abrió la puerta del copiloto y exhibiendo un destornillador tipo estrella de unos 20 ó 25 centímetros y acercándose a su cuello le exigió que le entregara el dinero y tarjetas de crédito que llevara, consiguiendo de esta forma apoderarse de los 30 euros que llevaba en el bolso. Tras la obtención de dicho dinero, obligó a la Sra. Gregoria a arrancar el coche y conducir hasta la esquina de las calles Josep Vicente Foix y Narcís Oller, sitas en la zona de la Vall de la Arrabassada de la ciudad de Tarragona, junto a la ITV y el Nou Estadi del Nàstic de Tarragona. Dicha zona es básicamente un descampado, estando en esa época construyéndose algún edificio, sin que por dicho lugar exista circulación de vehículos, ni de transeúntes a dicha hora, siendo una zona plenamente oscura. Durante el trayecto el Sr. Maximo no dejó ni un solo momento de amenazarla con el destornillador que llevaba, colocándolo en el cuello de la víctima. En dicho trayecto, pasaron junto a las antiguas dependencias de la Guardia Civil en Tarragona, y al parar en un semáforo, coincidieron con un vehículo de la Guardia Civil, momento en el cual el Sr. Maximo, pasó su brazo por el cuello de Gregoria, a la vez que le puso el destornillador en el cuello, impidiendo que la Sra. Gregoria solicitara ayuda. 2.- Cuando llegaron al lugar, y sin salir ninguno de ellos del vehículo, el Sr. Maximo obligó a la Sra. Gregoria a desnudarse, mientras continuaba apuntándola con el destornillador, próximo a su cuello. Ella se negó y el Sr. Maximo le dijo "O la vida o te desnudas", lo que comportó que ella accediera por temor seriamente por su vida. A continuación, el Sr. Maximo con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, obligó a la víctima a hacerle una felación, sin llegar a eyacular en ese momento, y al tener el grado de excitación que quiso, la hizo pasar al asiento del copiloto y colocándose encima de ella la penetró vaginalmente hasta que eyaculó, si bien extrajo el pene inmediatamente después y por ello parte del semen cayó en la moqueta y fuera del vehículo. 3.- Consumada la agresión sexual, el Sr. Maximo obligó a la Sra. Gregoria a volver a conducir hasta la calle Pin i Soler de la misma ciudad de Tarragona, habiendo transcurrido en el desplazamiento unos 10 minutos. El Sr. Maximo continuó colocando el destornillador en el cuello de la Sra. Gregoria durante dicho desplazamiento. 4.- Al bajarse el Sr. Maximo del vehículo de la Sra. Gregoria le dijo a esta: "¿No llamarás a la policía, verdad? y añadió, al decirle la víctima que no conocía la ubicación de la comisaria, "pues una aventurilla más". 5.- Como consecuencia de dichos hechos, la Sra. Gregoria padeció sintomatología compatible con una reacción adaptativa mixta ansioso depresiva que requirió tratamiento ansiolítico y antidepresivo y psicoterapia, y tardó en alcanzar la estabilización de su patología entre 9 meses y un año, estando 12 días impedida para sus ocupaciones habituales y quedando como secuela un estrés postraumático crónico en grado moderado valorado en 3-5 puntos. La Sra. Gregoria ha tenido que ser sometida a terapia profiláctica de enfermedades de transmisión sexual (venéreas, SIDA y hepatitis) siguiendo controles y medicándose por tal motivo. Sufrió una enfermedad venérea. 6.- La Sra. Gregoria tiene una altura de 1,54 metros y un peso de unos 46 kilos en la fecha de los hechos. El Sr. Maximo tiene una altura sobre 1,80 metros aproximadamente y complexión atlética".

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

"LA SALA ACUERDA: 1.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Maximo : 1.1. Como autor de un delito de robo con intimidación con uso de instrumento peligroso del art. 242.1 y 2 del Código Penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, a la pena de 4 años de prisión, con las accesorias de inhabilitación

especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a Gregoria , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por aquélla, en una distancia inferior a 1.000 metros y por tiempo de 6 años, a cumplir de forma simultánea a la pena del delito. 1.2. Como autor de un delito de violación de los arts. 178 y 179 del Código Penal , con la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.5ª, y concurriendo la circunstancia agravante de aprovechar en la ejecución de los hechos las circunstancias de lugar y tiempo del art. 22.2ª, a la pena de 14 años y 3 meses de prisión con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a Gregoria , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por aquélla, en una distancia inferior a 1.000 metros y por tiempo de 16 años, a cumplir de forma simultánea a la pena del delito. 1.3.- Como autor de un delito de amenazas del art. 169.2 del Código Penal , a la pena de 1 año de prisión con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a Gregoria , su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por aquélla, en una distancia inferior a 1.000 metros y por tiempo de 2 años, a cumplir de forma simultánea a la pena del delito. 2.- Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Maximo de los siguientes ilícitos por los que venía siendo acusado: 2.1. De un delito de detención ilegal del artículo 163 del Código Penal y de un delito de coacciones del artículo 172.1 del Código Penal (subsidiariamente solicitado). 3.- En materia de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a Gregoria en la cantidad de 30.000 euros por las lesiones psíquicas y daños morales, y de 30 euros por el dinero sustraído en el coche, todo ello, con los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 4.- Se impone al acusado el pago de las costas procesales. Se incluye el pago de las costas de la acusación particular, que deberá satisfacer en las 3/4 partes, declarándose de oficio la parte restante. 5.- Para el cumplimiento de la pena se abonará al condenado el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa. 6.- Se mantiene la prisión provisional, la cual prorrogamos hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en esta resolución, para el supuesto de que la misma sea recurrida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 504.2 segundo párrafo de la LECrim . Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista en los artículos 855 y 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Maximo** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

Primero.- Por infracción de precepto constitucional (artículo 852 LECrm y 5.4 LOPJ). Por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 C.E .) por infracción del deber de motivación de las resoluciones judiciales y por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española , por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr ., por no aplicación de los arts. 130.6 º, 131.1 y 132.2 C.P ., al haber prescrito los delitos de robo con intimidación con uso de instrumento peligroso (art. 242.1 y 2 C.P .) y el de amenazas (art. 169.2 C.P .) por los que se ha condenado al recurrente.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . por inaplicación de la atenuante de los arts. 21.2 y 21.7 C.P .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, dándose igualmente por instruida la representación de la recurrida Acusación Particular, que se opuso a la estimación del recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 14 de mayo de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal del acusado, Maximo , contra la Sentencia Nº 323/2018 , dictada el día 29 de junio de 2018 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, recaída en el Sumario Ordinario 1/2003, procedente del Juzgado de Instrucción Nº 5 de Tarragona, en el que lo condenó como autor de un DELITO DE VIOLACIÓN, UN DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN, Y UN DELITO DE AMENAZAS, sin la concurrencia de circunstancias modificativas,

a LAS PENAS DE CATORCE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, por el primero, CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, por el segundo y UN AÑO DE PRISIÓN, por el tercero.

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional (artículos 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 LOPJ). Por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), por infracción del deber de motivación de las resoluciones judiciales y por vulneración del artículo 24,2 de la Constitución Española , por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Se queja el recurrente que se le ha dado especial y excepcional valor a la declaración de la denunciante y explicita una serie de contradicciones en torno a la identificación del recurrente y de la existencia del delito de robo.

Pues bien, sustentado este motivo sobre vulneración de la presunción de inocencia, sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien

que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar ***debe analizar el "juicio sobre la prueba"*** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, ***se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"*** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, ***debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"*** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral " .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente.
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

El Tribunal redacta los hechos probados constituyendo los delitos por los que ha sido condenado el recurrente de delito de robo con intimidación con uso de instrumento peligroso del art. 242.1 y 2 del Código Penal vigente en la fecha de comisión de los hechos, delito de violación de los arts. 178 y 179 del Código Penal, con la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.5ª, y concurriendo la circunstancia agravante de aprovechar en la ejecución de los hechos las circunstancias de lugar y tiempo del art. 22.2ª, y delito de amenazas del art. 169.2 del Código Penal.

Efectuada la queja respecto la inexistencia de prueba bastante para condenar y cuestionando la declaración de la víctima es preciso llevar a cabo el análisis de la declaración efectuado por el Tribunal:

Valoración de la declaración de la víctima

Señala el Tribunal que:

1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva :

"La declaración de Gregoria viene dotada de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la enervación del principio de presunción de inocencia, pues, de un lado, no se observa en aquélla móvil

alguno de enemistad, malquerencia, resentimiento o venganza que pudiera poner en cuestión la credibilidad de la versión que ofrece, en tanto que acusado y víctima no se conocían previamente, por lo que no apreciamos atisbo alguno de motivo espurio que pudiera haber llevado a Gregoria a deponer en el sentido que lo hizo, máxime además cuando ella ni tan siquiera al momento de denunciar los hechos no sabía la identidad del agresor, y ha sido con el transcurso de las pruebas objetivas de ADN que se ha obtenido el perfil del acusado, por lo tanto no existe móvil de enemistad, resentimiento o venganza entre Gregoria y el acusado Maximo".

2.-La verosimilitud de su testimonio:

Señala el Tribunal en cuanto a los hechos concretos que:

"Procedió a aparcar en batería, quitó la llave del contacto y al girarse para coger la manera para abrir, oyó un ruido, se giró y vio que le habían abierto la puerta del copiloto y entró un hombre que le apuntó con un destornillador en el cuello, le pidió dinero y tarjetas.

Ella sacó dinero, 30 euros y le dijo que no tenía tarjetas y él siguió apuntándole con el destornillador. Luego él le dijo que arrancara el vehículo y que le llevara a la Arrabassada, guiándole él, por donde tenía que ir, dado que ella no conocía esas calles. Pasó por la Avenida María Cristina, junto donde estaba el cuartel de la Guardia Civil y en ese momento se les puso un semáforo en rojo y justo detrás de su vehículo se paró un coche de la Guardia Civil. Ella pensó la forma en poderles avisar de la situación, pero él de forma inmediata le puso el brazo por encima del cuello y con el destornillador apuntándole al cuello, y por miedo a que le clavara el destornillador no avisó a la Guardia Civil. Continuaron la marcha, pasaron por muchas rotondas y llegaron a un descampado, había un edificio en obras. Ella no era consciente de lo que le iba a pasar. Inicialmente pensó que le iba a quitar el coche. Sin embargo, al parar el coche en esa zona se dio cuenta de la situación. Ella gritó y él le dijo que se desnudara, a lo que ella inicialmente se opuso, y a continuación él le dijo "o te desnudas o la vida" y ella se desnudó y se quedó en bragas y sujetador. El continuaba todo el rato con el destornillador apuntándole al cuello. Luego le dijo "chúpamela" y ella hizo lo que le había pedido para sobrevivir y al estar a punto de eyacular se le puso encima suyo y la penetró y luego eyaculó en la puerta y tirándolo fuera del coche y algo dentro de ella. Él le pidió un clínex. Luego él le dijo que lo llevara de vuelta. Ella iba temblando y al volver a su calle le hizo parar cerca de su casa. Él estuvo limpiando la zona del salpicadero y la zona de la puerta con un paño. Al salir él le dijo "¿No iras a la policía...?", respondiendo ella "no sé dónde está la policía..." y a continuación él le dijo "Pues nada, tómatelo como una aventurilla más". Al bajar del coche él, se le pasó por la cabeza atropellarlo, pero no pudo, estaba con las piernas que no las podía ni mover, le pesaban mucho. Él procedió a irse caminando tranquilamente. A continuación, ella se fue hacia el portal de su casa y vio pasar un coche con las características del coche que había visto al llegar la primera vez a su casa. Subió al cuarto piso, donde vivía una amiga suya y ésta le acompañó hasta el Hospital de Santa Tecla, luego ya vino la ginecóloga, la médico forense, la policía. Hicieron reconstrucción con la policía y la policía científica cogió muestras del suelo y del coche. Ella les entregó su sujetador y las bragas.

Explicó haber estado de baja laboral corta; que le pegó una infección venérea. También tuvo vaginismo, ya como una lesión psicológica y más lesiones psicológicas, siendo estas las que duran siempre, lo emocional.

...

Volviendo nuevamente al momento de los hechos y lo que aconteció después, nos indicó que vio varios libros de fotos, indicando que el reconocimiento fotográfico que realizó lo hizo con mucha presión, que reconoció a una persona, pero no estaba segura, que luego estuvo en una rueda de reconocimiento. Que a esta persona que reconoció fotográficamente lo fue en un 60 por ciento. Indicó que ella iba conduciendo y en ese momento lo veía de perfil, que percibió más la voz.

...

La penetración se produjo en el asiento del copiloto, estando ella debajo. Ella no salió del coche. El sí que salió del coche. Que lo vio sentado, él alto, entre uno setenta y pico y uno ochenta. Ella mide uno cincuenta y cuatro. Físicamente él era normal, un poco de barriga cervicera, el pelo hacia arriba. No sabe si estaba operado de fimosis, que la tenía pequeña y descapullada. Ella no sufrió rasguños o morados. Que aparcó en Sant Antoni María Claret o en Baró de les IV Torres. Ella le realizó la felación desde su asiento y tuvo que pasar luego al asiento del copiloto, produciéndose allí la penetración. El tiempo que duró no lo sabe, se le hizo eterno.

A continuación, y a petición del letrado de la defensa se solicitó el reconocimiento del acusado por la Sra. Gregoria, para lo cual procedió a mirar por una mirilla redonda de unos 5 centímetros de diámetro que hay en la mampara, que está tapada y solo para los reconocimientos se procede a su apertura. El acusado se colocó a unos 4 metros, tanto de frente como de perfil. La Sra. Gregoria indicó que era él, que ahora la barbilla era canosa. Volvió a indicar que es él totalmente. Que ahora se nota que ha hecho más deporte. Creía que era un poco más alto".

3.- Persistencia en la incriminación .

"Se estima igualmente concurrente si se observa que Gregoria ha venido manteniendo desde un inicio la misma versión de los hechos, resultando coincidentes sus manifestaciones preprocesales y plenarias, sin que hayamos podido identificar ningún tipo de desviación entre las mismas, mantenidas en todo momento tanto en lo que hace al hecho justiciable nuclear como en lo que hace a sus circunstancias periféricas. Es más, ni tan siquiera el letrado de la defensa ha introducido vía artículo 714 de la LECrim la existencia de contradicciones de la misma, cuestión distinta es que en su informe la defensa alegó contradicciones. Este tribunal no apreció contradicciones en la declaración en el plenario de la Sra. Gregoria .

Desde el principio, ha venido relatando el mismo íter con una riqueza de detalles que nos ha permitido, de forma particularmente valiosa, construir nuestra justificación probatoria. El hecho de que inicialmente hubiera podido reconocer fotográficamente a otra persona, no fue una identificación plena, sino que lo fue en un porcentaje del 60 %. Hay que tener en cuenta que tal como ella mismo indicó, que lo veía de perfil, que ella se encontraba en un estado de nerviosismo, puesto que le estaba colocando un destornillador en el cuello de forma constante, que era de noche, factores todos ellos que comportaron un reconocimiento fotográfico que no correspondió al autor real de los hechos".

Prueba testifical y pericial corroboradora de la declaración de la víctima.

1.- Prueba testifical del agente de la policía nacional con TIP NUM001 :

"Realizó la inspección ocular tanto del vehículo de la víctima, por ser el vehículo en el que se desplazaron hasta el lugar de los hechos y por haber sido dentro del mismo donde se produjeron los hechos. Explicó el agente que procedieron a acompañar a la chica hasta el lugar donde se produjeron los hechos, indicando que dicho lugar, al menos en la época de los hechos, era un lugar donde se estaba construyendo un edificio, y con un descampado, así como que se encontró en el vehículo de la víctima, algo de ropa, en concreto unas medias y un sujetador en la zona de los asientos posteriores y en la parte delantera se encontraron pelos y gotas blanquecinas, así como una huella en la puerta del copiloto.

Por otra parte, en el lugar de los hechos se recogió un papel clínex con un fluido. No supo el agente indicar el tiempo que se puede tardar en coche desde la zona del Nastic/, es decir el lugar donde sucedió la agresión sexual y la calle Pin i Soler, lugar este al que se le obligó a Gregoria a llevar al acusado tras haberse producido la agresión sexual, es decir desde la zona de la ITV/Nastic, hasta una calle muy próxima al lugar donde inicialmente estaba aparcado el coche la Sra. Gregoria , cuando se subió al mismo el acusado. Así pues, con dicha declaración policial, nos viene a corroborar la declaración de la víctima respecto al lugar de los hechos, refiriéndonos a la agresión sexual, como desde dicho lugar se veía el letrero de la ITV, conforme era un descampado, donde tan solo había un edificio en construcción, así como que en dicha inspección ocular se procedió a la recogida de parte de los vestigios donde se encontraron restos biológicos".

2.- Testifical/pericial de la Doctora Amelia , que prestaba sus servicios en aquella fecha en el Hospital de Santa Tecla como Ginecóloga.

Señala el Tribunal que:

"Realizó la exploración de Gregoria , conjuntamente con la médico forense. Nos explicó que la víctima estaba muy afectada, que les narró todos los hechos acontecidos, que cuando aparcó el coche ésta persona le amenazó, que la llevó hasta una zona de la playa (Arrabassada), que la violó, que no hubo resistencia por miedo y por eso en la exploración no se aprecian golpes, que se encontró líquido seminal y semen observándose espermatozoides. En cuanto al estado de la víctima estaba muy nerviosa, que tenía la frecuencia cardiaca algo elevada, a 92, que la frecuencia ventilatoria también estaba elevada. Que la exploración se produjo de madrugada, que no iba bebida la víctima".

3.- Médico forense, Sra. Celsa :

"Por lo que respecta al estado de la víctima desde el punto de vista emocional indicó que estaba nerviosa, que se le tuvo que administrar un sedante, que tenía apneas, con un estado de ansiedad elevado, que estaba cansada.

En el informe médico forense de la referida Dra. Celsa (folios 8 y 9), indica que fue visitada la Sra. Gregoria en el Hospital de Santa Tecla, por la informante y por la ginecóloga de guardia. Que les explicó haber sido obligada, por el uso de la fuerza a mantener relaciones sexuales por un desconocido que se introdujo en su coche con un destornillador de gran tamaño en el momento que ella aparcaba y la llevó a un lugar próximo a la playa de la Arrabassada. Que hubo penetración bucal y vaginal. Que también le había robado. Que manchó la tapicería del coche, que después la limpió con un trapo que se lo ha llevado. Que el agresor no ha utilizado preservativo. En cuanto a la exploración que se le practicó consta que Gregoria estaba cansada, nerviosa, que

se le tuvo que administrar un tranquilizante. Que a la exploración física no se objetivaron lesiones ni señales de violencia en zonas paragenitales ni genitales. Se le realizó toma de muestras de frotis bucal, vaginal y su remisión al Instituto Nacional de Toxicología, departamento de Barcelona para su estudio biológico, con el fin de detectar la presencia de esperma y en su caso el estudio de individualidad mediante marcadores genéticos. En el examen en fresco, remitido al laboratorio del Hospital de Sant Pau y Santa Tecla se confirma "la presencia de esperma".

Las conclusiones médico forenses de dicha exploración es que se deduce la existencia de acceso carnal con penetración vaginal".

4.- Médico forense Juan Pablo , se ratificó en el contenido del informe de la Dra. Celsa (folio 440).

5.- Periciales de Abelardo , Alberto y Santiago todos/as ellos/as Técnicos/as Facultativos/as del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona.

Procedieron a realizar por una parte el dictamen 2168/03 de fecha de salida 12/05/03 en relación a las muestras que recibieron en fecha 22 de abril de 2003 que consistían en lavado vaginal, lavado bucal, dos hisopos con muestra vaginal, dos hisopos con muestra bucal y un portaobjetos con frotis.

El análisis solicitado era la investigación de restos de semen en dichas muestras.

El resultado de los ensayos realizados indicó lo siguiente:

"1.- El resultado del análisis inmunocromatográfico para la detección de PSA ha sido positivo en las muestras 1 (lavado vaginal) y 3 (hisopos con muestra vaginal).

En cambio, dicho resultado ha sido negativo sobre las muestras 2 (lavado bucal) y 4(hisopos con muestra bucal).

2.- Se han observado espermatozoides en las muestras 1 lavado (lavado vaginal) y 3 (hisopos con muestra vaginal).

Por el contrario, no se ha detectado la presencia de espermatozoides en las muestras 2 (lavado bucal) y 4 (hisopos con muestra bucal)".

Y por otra parte se realizó el Dictamen no B03-02168 de fecha de salida 01/08/17 que fue emitido por el Facultativo del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona con nº C.I. NUM002 que corresponde a la persona de Abelardo y al número C.I. NUM003 , Jefe del Servicio de Biología que corresponde a la persona de Alberto .

Dicho dictamen informa que en dicho servicio se recibieron unas primeras muestras en fecha 22/04/03 (y que corresponde al dictamen 2168/03); también informa que en fecha 02/07/03 se recibió el envío NUM010 correspondiente a un tubo identificado con el nombre de " Jorge " y un tercer envío con referencia NUM011 correspondiente al informe técnico procedente de Mossos d'Esquadra, con referencia NUM012 , que contiene el perfil genético transcrito del detenido Maximo .

Las muestras analizadas han sido la B17-04874-02-LA-1 correspondiente a Lavado vaginal, la B17-04874-04-HVA-1 correspondiente a Hisopo vaginal 1 y finalmente la 617- 04874-01-IN-1 correspondiente al perfil genético indubitado de Maximo .

El análisis solicitado es el cotejo genético del perfil genético de los restos de semen hallados en las muestras del asunto B03-2168 con el perfil genético indubitado de Maximo .

Las conclusiones a las que se llegó tras proceder a realizar los correspondientes ensayos de los marcadores STR autosómicos son las siguientes:

El perfil genético obtenido a partir de la fracción L2 del lavado vaginal y del hisopo vaginal 1 es único, masculino, y coincidente con el perfil genético indubitado de Maximo .

El valor del LR obtenido es de 17.645.492.498.349,40. Este valor indica que es aproximadamente diecisiete billones de veces más probable encontrar el material genético de la muestra si lo aporta Maximo , frente a encontrarlo si lo aporta otro individuo de la población no relacionada genéticamente con él".

Conclusión de esta pericial por el Tribunal

Señala el Tribunal que:

"Concluimos que a raíz de que la víctima Gregoria fue explorada en el Hospital de Santa Tecla en fecha 18/04/03 por la médico forense y por la ginecóloga, a raíz de la agresión sexual sufrida, se procedió a recoger

muestras de restos biológicos, en concreto a través de lavado vaginal y bucal y a través de hisopos vaginal y bucal, remitiéndose dichos restos biológicos al laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona.

Consta que en el primer dictamen realizado por dicho Instituto se obtuvo un perfil genético tanto del lavado vaginal como del hisopo vaginal, no del lavado bucal ni del hisopo bucal, lo que ya de entrada avalaría lo expuesto por la Sra. Gregoria en el sentido de que **al realizarle la felación él se retiró antes de eyacular y que fue en la penetración vaginal cuando ya si hubo la eyaculación y aunque se retiró, parte del semen quedó en la vagina y otra parte fuera de la misma, en concreto en la moqueta del vehículo**.

Pues bien, del primer dictamen se tiene un perfil genético, pero se desconoce a qué persona corresponde. Y es a raíz de que los MMEE remiten el informe técnico con referencia NUM012 que contiene el perfil genético transcrito del detenido Maximo es cuando se procede a realizar el cotejo genético del perfil genético de los restos de semen hallados en las muestras del lavado vaginal y del hisopo vaginal con el perfil genético indubitado de Maximo y da como resultado que estamos ante la misma persona, es decir que el semen que había en la muestra del lavado vaginal y del hisopo vaginal que se extrajo en abril del 2003, extraído de la vagina de la Sra. Gregoria es de Maximo, por lo tanto ello nos lleva a la conclusión que es dicha persona la que agredió sexualmente a la Sra. Gregoria.

6.- Pericial practicada por la Comisaría General de la Policía Científica, Sección de Biología correspondiente a la Policía Nacional y que fue elaborado por la Funcionaria Técnico no NUM004 (también con no NUM005) y por la Contratada Laboral con DNI NUM006 (con número NUM007).

Realizaron el informe de fecha 01 de septiembre de dos mil tres, que consta en los folios 272 a 276 con el número NUM014 en el siguiente sentido: La comisaría de Tarragona, remitió al laboratorio de ADN de la Comisaría General de la Policía Científica las siguientes muestras: 1.- Bragas; 2.- Clínex; 3.- Pelo encontrado en el asiento del copiloto; 4.- Dos pelos encontrados junto freno de mano; 5.- Un trozo de moqueta de color negro. Se solicitó el estudio y análisis de individualización de posibles restos biológicos. Tras practicar el análisis de las muestras se obtuvieron los siguientes resultados:

1º: En la muestra nº 2 Pañuelo de papel no se ha evidenciado la presencia de esperma;

2º: Se ha evidenciado la presencia de espermatozoides en las muestras nº 1 Braga y en la nº 5 moqueta y se ha extraído ADN a partir de los mismos.

3º: No se ha extraído ADN de los dos pelos reseñados como nº 3 y 4,2 al tratarse de pelos con bulbo telogénico no aptos para el análisis de ADN nuclear.

En base a ello, los peritos llegaron a las conclusiones siguientes:

"Primera: Se ha obtenido el perfil genético de un varón a partir de la 2ª lisis celular de la muestra nº 1: Braga y de las dos lisis de la muestra nº 5: Moqueta.

Segunda: En la 1ª lisis celular de la muestra nº 1: Braga se ha obtenido una mezcla de, al menos, dos perfiles genéticos; compatible con el perfil de varón mencionado en la Conclusión Primera y otro presumiblemente de la víctima.

Tercera: Debido a la existencia de una Base de Datos de Evidencias en este Laboratorio, el perfil genético de varón obtenido ha sido introducido en la misma, para posibilitar futuros cotejos.

Cuarta: En caso de existencia de sospechoso, para la realización de estudios comparativos de cotejo, se precisaría una muestra indubitada de sangre líquida (con EDTA como anticoagulante y refrigerada), o sangre seca, o toma de células mucosas de la cavidad bucal (con bastoncillo de algodón y dejada secar), o pelos arrancados con bulbo, del mismo.

OBSERVACIONES.-

1ª.- El ADN sobrante queda almacenado en óptimas condiciones de temperatura.

2ª.- Se devuelven las muestras objeto de estudio".

7.- Informe de ADN elaborado por la Comisaría General de la Policía Científica, Unidad Central de Análisis Científicos, Laboratorio de Biología-ADN. Dicho informe es de fecha 03/11/17 y fue elaborado por la Funcionaria nº NUM005 y por la Titulada Superior nº NUM007.

Procedieron a realizar el informe de esa misma Comisaría en fecha 01 de septiembre de dos mil tres, que consta en los folios 272 a 276 con el número NUM014, y siendo ahora con referencia NUM014 - Ampliación y que consta en los folios 561 a 564 en el siguiente sentido:

Se hace referencia en los antecedentes a las conclusiones a las que se llegó en el anterior informe y a ello se ha añadido que con fecha 19-04-2017, dicho perfil de varón resultó ser coincidente con el perfil de la muestra HO-16-D2783113-CME-T correspondiente a la indubitada de Maximo , nacido el NUM008 -1971 en Tarragona con NIP NUM009 , analizada en el laboratorio de los Mossos d'Esquadra en el Expediente de su referencia no NUM013 , por lo que debido a que en la actualidad el número de marcadores que se realizan de rutina en este Laboratorio se ha ampliado por la utilización de un kit de análisis distinto, se ha procedido a reanalizar las muestras, con el ADN sobrante almacenado, al objeto de ampliar el número de marcadores obtenidos en el informe nº NUM014 para realizar el cotejo. De la realización de los estudios se hicieron cargo la Funcionaria Facultativa nº NUM005 y la Titulada Superior en actividades Técnicas y Profesionales con nº NUM007 , ambas licenciadas en Ciencias Biológicas. Se obtuvieron los siguientes resultados:

A) Analíticos: Los resultados obtenidos, en las muestras del asunto no 971-A1-03 y en la nº HO-16-D2783113-CME-T correspondiente a la indubitada de Maximo se refleja en el cuadro que consta en el folio 563 y que aquí damos por reproducido.

B) Cotejo y Evaluación Estadística: El perfil genético de Maximo es coincidente para los marcadores genéticos analizados al obtenido a partir de los espermatozoides (2a lisis celular) de la mancha de la braga (muestra nº 1) y de las dos lisis celulares de la mancha de esperma de la moqueta (muestra nº 5).

La evaluación estadística se expresa en forma de Coeficiente de Verosimilitud o LR, que, en este caso, calculado en la muestra nº 1: Braga, tiene un valor de 9.335.234.331.931.200.000.000. Esto significa que ***es algo más de nueve mil trescientos treinta y cinco trillones de veces más probable que el perfil genético obtenido de los espermatozoides de la mancha de la braga presente este genotipo si procede de Maximo que si procediera de cualquier otra persona escogida al azar de la población española y no relacionada genéticamente.***

8.- Médico forense, realizada por la Sra. Belinda , cuyo informe obra al folio 565.

Puesto en relación con las periciales realizadas por las médicos forenses Sra. Celia y Sra. Covadonga se concluye que como consecuencia de la agresión sufrida por la Sra. Gregoria el 18/04/03, se le diagnosticó inicialmente una reacción adaptativa mixta ansioso- depresiva, que requirió tratamiento. Que el período de estabilización lesional se ha establecido entre 9 y 12 meses. Que la clínica que presenta actualmente es compatible con un estrés postraumático crónico en grado moderado que requiere tratamiento. El estrés postraumático crónico se considera una secuela psicológica que se equipararía con las secuelas derivadas del estrés postraumático moderado del Baremo de la Ley 35/2015 y se contempla con una puntuación de entre 3 y 5 puntos.

9.- Reconocimiento en el plenario del acusado como el autor de los hechos:

Destaca el Tribunal el "reconocimiento realizado a nuestra presencia en el propio acto del juicio, en el que, visualizando al acusado a través de la ventanilla de la mampara, aseguró de forma contundente que era la persona que la agredió, repitiendo en varias ocasiones que " es él" y "es él totalmente".

La defensa intentó debilitar el reconocimiento en el plenario, basándose en el reconocimiento fotográfico de otra persona al inicio de las actuaciones. Resaltar que fue justamente la propia defensa la que solicitó dicho reconocimiento.

Sin embargo, la Sala desecha esa minusvaloración del reconocimiento judicial por parte de la víctima, cuando al mirar por la mirilla al acusado dijo "es él" y volvió a repetir tras continuar mirando "es él totalmente". Ese reconocimiento del acusado como la persona que la agredió sexualmente es un elemento más a tener en cuenta, si bien tiene un valor especialmente relevante, al proceder la víctima a reconocer a quien aquella madrugada la violó amén de otros delitos de los que también fue ella misma la víctima.

10.- Conclusión del Tribunal.

1.- Desde un inicio Gregoria ha mantenido siempre que la persona que le agredió entró en el coche con un destornillador estrella de unos 20 o 25 centímetros de longitud, sin tener en cuenta el mango, destornillador que de una forma permanente no tan solo le exhibió, sino que lo tuvo junto a su cuello en innumerables ocasiones.

2.- Pruebas obtenidas y practicadas respecto de los hechos acontecidos en el interior del vehículo de la víctima, se muestran del todo aptas para enervar el principio de presunción de inocencia, máxime cuando disponemos de ***pruebas de carácter biológico*** que comportan sin género de duda alguno de que *los restos biológicos que ese día se obtuvieron del lavado vaginal, del hisopo vaginal, del trozo de moqueta del coche o de las bragas de Gregoria corresponden al acusado Maximo .*

11.- Inexistencia de relación consentida.

A la luz de la prueba practicada entiende el Tribunal que:

"No podemos creernos que la Sra. Gregoria hubiera salido de dicha fiesta privada cerca de las 5 de la mañana y tras dejar a su amiga, aparcara el coche y al ver al Sr. Maximo procediera a intimar tan rápidamente que de forma inmediata lo subiera en su coche y se fuera hasta un lugar para ella desconocido y mantuvieran una relación sexual, sin utilizar preservativo y luego volvieran al lugar de origen y tras ello, cuando él ya se marcha, procediera a inventarse un robo, una agresión y nuevamente volverla a obligar para que le llevara a la zona donde estaba inicialmente aparcando el coche y referirle una amenazas. Si realmente hubiera sido algo consentido, ello no hubiera dado lugar a sufrir un estrés postraumático crónico que tan solo se puede sufrir tal como refirieron las médicos forenses que la han visitado en Cádiz puesto que para dicho diagnóstico, como premisa necesaria se necesita el hecho traumático vivido, por lo tanto el diagnóstico de estrés postraumático crónico nos viene a confirmar los hechos por ella denunciados".

Vemos, en consecuencia, que la secuencia de medios probatorios que se han expuesto reúne la suficiencia exigible para tener en cuenta que está enervada la presunción de inocencia.

Hemos señalado que en la inmediación de la que disfruta el Tribunal de instancia éste puede atender a los presupuestos básicos para valorar la declaración de la víctima, sobre todo en casos tan graves como son los delitos contra la libertad sexual. Y así, como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018 :

"Es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
- 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.- La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarla de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- 3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- 5.- Deseo al olvido de los hechos.
- 6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración".

En el presente caso la motivación del Tribunal es correcta y acertada, valorando lo que en este tipo de casos tan graves, como el que consta en los hechos probados, exponen las víctimas en el plenario. Pero es que el Tribunal ha explicado con detalle la concluyente corroboración periférica de la testifical, pero sobre todo la pericial practicada con los restos biológicos que llevan a la identificación en el lugar de los hechos que describió la víctima del actual recurrente, siendo rechazado por el Tribunal una versión que determinara que los hechos ocurrieran con el consentimiento de la víctima, que acude a un centro médico para el reconocimiento. La víctima fue convincente en su versión de los hechos y ha convencido al Tribunal en su exposición en el plenario, no teniendo la virtualidad que se propugna por el recurrente de las contradicciones que refiere, o la identificación inicial, siendo concluyente la realizada el día del juicio, pero más aún que el recurrente fue la persona que estuvo el día de los hechos, como se coteja con las pruebas biológicas, tal y como se ha constatado con la prueba pericial.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación de los artículos 130.6 °, 131.1 y 132.2 CP , al haber prescrito los delitos de robo con intimidación con uso de instrumento peligroso (artículo 242.1 y 2 CP) y el de amenazas (artículo 169.2 CP) por lo que ha sido condenado el recurrente.

No cabe admitir el alegato de que los delitos de robo y de amenazas están prescritos, ya que la secuencia se relata en unidad de acción y no puede existir la pretendida desconexión con el delito más grave que es el de violación. La reforma referida que cita el recurrente no es, sino que, como bien puntualiza la Fiscalía, expresión de criterio jurisprudencial, por lo que no se trata de aplicar norma perjudicial al reo, sino de constatar un criterio judicial ya preexistente, de tal manera que debe mantenerse el criterio ya establecido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala de que existe vinculación en la unidad de acción con el delito más gravemente penado. Y en este caso los dos delitos sobre los que se postula la prescripción lo están con el de agresión sexual, por lo que no existe la pretendida prescripción, o tratamiento aislado del principal más gravemente penado.

Señala así esta sala del Tribunal Supremo en sentencia 64/2014 de 11 Feb. 2014, Rec. 499/2013 que:

"En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal (SSTs. 1247/2002 de 3.7 , 1242/2005 de 3.10 , 1182/2006 de 29.11 , 600/2007 de 11.9)".

Y como reflejo de este criterio jurisprudencial ya existente es la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 1559/2003 de 19 Nov. 2003, Rec. 757/2002 , que señala que:

La STS de 6.11.1991 declara que "Cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc, no concurren las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiendo todo como una unidad. Se trata en definitiva de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción..... La detención ilegal, seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado (art. 17 LECRIM .)".

En parecidos términos se expresan las SSTs de 18.5.1995 y 10.10.1997 , para las que "**no debe operar la prescripción cuando se condena por varios delitos conexos, ya que todos hay que considerarlos como una sola unidad al tratarse de un proyecto único, aunque bifurcado en distintas direcciones**".

La STS de 6.7.1995 señala, en el mismo sentido que "el art. 114 CP dice que la prescripción del delito se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable y tal interrupción existió en el caso presente, en el que había un proceso pendiente dirigido contra el recurrente por una complejidad de hechos constitutivos de una pluralidad de delitos".

Consecuentemente, en el presente supuesto en el que **los delitos imputados aparecen fuertemente relacionados y conectados en orden a la investigación y posterior enjuiciamiento, la prescripción no puede ser acordada para uno y no para otros**, pues la prevaricación objeto de la condena es una imputación, a manera de intervención posterior, en el delito de torturas".

Incluso en caso de delitos conexos donde por el delito más grave hubiera sido absuelto, apunta la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 312/2006 de 14 Mar. 2006, Rec. 1617/2004 que: "no puede admitirse que **en caso de delitos no conexos**, la absolución del delito más grave cuyo periodo de prescripción es el más extenso –como ocurre en el presente caso en relación al delito de prevaricación–, no obstante su absolución,

se tenga en cuenta el periodo prescriptivo para, de forma prorrogada aplicarlo a los otros delitos menos graves y con menor periodo de prescripción. Por el contrario, hay que afirmar que absuelto del delito más grave el inculpado, los otros **delitos no conexos** recuperan su propio periodo de prescripción siéndoles de aplicación el suyo y no el del delito más grave. En tal sentido podemos citar la STS 893/2004 , F.J. 5º último párrafo y STS de 18 de Mayo de 1995 . **Cuestión distinta será en casos de conexión delictiva en el que por tratarse de un único proyecto criminal en varias direcciones, ha de ser tratado como una unidad sin poder apreciar la prescripción de forma separada para cada delito "**.

Y en la misma línea, en sentencia de esta Sala anterior a la reforma del año 2010 se recoge en la Sentencia 570/2008 de 30 Sep. 2008, Rec. 2305/2007 que:

"En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquélla que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destacan las SSTs. 1247/2002 de 3.7 , y 29.7.98 , las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuesto de mera conexidad procesal.

Por ello, cuando de infracciones vinculadas se trata, como en el presente caso, en el que las falsedades sólo son concebibles en función del planteamiento de las ulteriores defraudaciones cometidas, no cabe apreciar la prescripción de ninguna de las infracciones enjuiciadas, en tanto que no prescriba la más grave de ellas (SS.T.S. 1798/2002 de 31.10 , 1242/2005 de 3.10 y 979/2005 de 18.7 , falsedad como medio de estafa: debe estarse al plazo de ésta).

No se trata de un supuesto de mera conexidad procesal, sino que la misma se asienta en los aspectos materiales o sustantivos del hecho, puesto que el delito de falsedad documental forma parte de la realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, de forma que la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que en supuestos de unidad delictiva, la prescripción debe entenderse de modo conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que en estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción, ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (S.S.T.S. 18.3.95 , 10.11.97 , 1493/99, de 21/12 242/2000 de 14.2 , 630/2002 de 16.4 , 2040/2002 de 9.12)".

El motivo se desestima.

CUARTO .- 3.- Infracción de ley al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación de la atenuante de los artículos 21.2 y 21.7 CP .

Postula el recurrente que debió aplicarse, la eximente incompleta o atenuante de drogadicción, a la vista de los informes médicos obrantes en la causa que acreditan el síndrome de dependencia la cocaína y sus antecedentes patológicos por consumo crónico de cocaína.

Desestima esta atenuante el Tribunal señalando que:

"No podemos atender a una petición de atenuante analógica cuando por la propia defensa **no se nos ha acreditado de ninguna forma que el acusado tuviera mermadas sus capacidades volitivas e intelectivas, bien por el consumo de alcohol o consumo de drogas** .

No se nos ha acreditado que tuviera afectada su capacidad para discernir entre el bien y el mal, siendo perfectamente capaz de saber lo que estaba realizando. Por su parte, **la víctima Sra. Gregoria , nos proporcionó información tal como que el acusado, era muy contundente y le decía en todo momento lo que tenía que hacer, con mucha seguridad, sin ningún signo de estar bajo los efectos del alcohol o drogas** .

Le daba instrucciones concretas y consecutivas de los distintos pasos a seguir (darle el dinero, ir a tal lugar, guiándole por las diversas calles, ponerle el brazo alrededor del cuello y con el destornillador en la mano junto al cuello, en el momento que había una patrulla de la Guardia Civil detrás de ellos en un semáforo en la Avenida María Cristina de Tarragona, junto al antiguo cuartel de la Guardia Civil, de desnudarse so pena

de perder la vida, de que le realizara una felación, de ser penetrada vaginalmente, de que le llevara a la calle Pin y Soler). Todo ello nos lleva a considerar que no resulta de aplicación la atenuación analógica pretendida por la defensa.

La forma de proceder del acusado se nos antoja del todo compatible con la ejecución de un plan urdido, que difícilmente se compadece con una situación de afectación por el consumo de alcohol en cualquiera de sus vertientes (ni como eximente completa -art. 20.20-, ni como incompleta -art. 21.1a-, ni incluso como atenuante específica -art. 21.2a-, ni de afectación por el consumo de drogas).

Y tampoco, como se solicita, por vía de atenuante analógica (art. 21.7a) cabría apreciar la circunstancia modificativa interesada, pues, no sólo es que no identifiquemos esa disminución del injusto que deba traducirse en una disminución del reproche penal por aplicación de la analogía en la circunstancia, sino que precisamente identificamos todo lo contrario, al estimar acreditado, de acuerdo con el resultado arrojado por el cuadro probatorio, que el acusado ejecutó su plan directamente dirigido a satisfacer su ánimo de lucro y libidinoso de forma voluntaria y con pleno conocimiento de lo que hacía, tras haber procedido previamente a llevar a cabo un acto de robo con intimidación con la utilización de un instrumento peligroso.

Ninguna constancia existe, en definitiva, de que durante la comisión de los hechos el acusado estuviera afectado por un estado de intoxicación plena o semiplena relacionado con su hipotética adicción al alcohol, o a las drogas o por un estado de abstinencia a causa de su dependencia al mismo, que le impidiera o dificultara comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a esa comprensión, ni tan siquiera que hubiera obrado a causa de una supuesta adicción. Y tampoco observamos en el acusado un consumo de drogas en un marco de desestructuración que deba incidir en un menor reproche penal. Él mismo refirió que tenía trabajo estable, ganando entre 1.800 y 2.000 euros más unos 400 ó 500 euros en negro y que vivía con su esposa e hija de 3 años. Tampoco apreciamos una delincuencia funcional, puesto que no hemos obtenido ningún dato que nos permita estimar que el dinero obtenido por el delito contra el patrimonio fuera destinado a sufragarse un hábito alcohólico o de consumo de drogas.

A ello debemos añadir que la mera referencia a un consumo esporádico de cocaína, básicamente en fines de semana, no se trasmuta en factor coyuntural de reducción del reproche, si al tiempo no se constata que la persona actuó bajo el influjo directo del mismo, lo que, en el caso que nos ocupa, no ha quedado acreditado tal consumo en dicho momento y que además hubiera podido tener algún tipo de resultado atenuatorio pues no se ha acreditado por la defensa ningún tipo de afectación. El informe médico forense elaborado por el Dr. Juan Pablo y la Dra. Belinda , el mismo día del inicio del acto del juicio concluye que el Sr. Maximo presenta antecedentes patológicos de trastorno por consumo crónico de cocaína y que **en el momento actual el Sr. Maximo mantiene sus funciones cognoscitivas, volitivas e intelectivas, sin presentar psicopatología aguda alguna** . Se le exploró el tabique nasal, sin hallarse lesiones necróticas. Así pues, aunque sea una persona que consume cocaína en el contexto de ocio, por vía intranasal y durante los fines de semana, **no estamos ante una persona que tenga alteradas sus funciones cognoscitivas, volitivas e intelectivas, las cuales las mantiene y sin presentar patología aguda alguna. No procede por lo tanto la apreciación de la atenuante analógica solicitada por el letrado de la defensa**".

La argumentación del Tribunal está sólidamente reflejada en la precedente fundamentación jurídica.

Pues bien, por un lado, hay que destacar que no consta en modo alguno en el relato de hechos probados la existencia de esta afectación de drogas o a alcohol al momento de la comisión de los hechos, y esto es prueba de la defensa, de tal manera que no puede partirse de la presunción de que al momento de los hechos estaba afectado por consumir de forma esporádica alcohol o drogas.

Las características para aplicar la atenuante del art. 21.2, o bien en su defecto por la analógica del art. 21.7 CP son:

- 1.- La constatación de la grave adicción.
- 2.- La adicción sea el motivo de la actuación delictiva.
- 3.- La capacidad intelectual y volitiva del sujeto esté mermada, si bien de forma mínima.

La STS de 23 de abril de 2004 señala que para la aplicación del art. 21.2 CP "no basta que se acredite el padecimiento por el recurrente de una grave adicción a las sustancias estupefacientes, sino que a ello debe añadirse el carácter motivacional o funcional de tal adicción en relación al delito cometido. Para apreciar la atenuación es necesario, por tanto, además de la adicción una relación de conexidad o lazo de causalidad entre tal efecto y el delito perpetrado (...).

No se debe aplicar esta atenuante alegando solo que el autor del delito es consumidor habitual de drogas. Debe alegarse y probarse por la defensa, ya que es su carga de la prueba, al igual que la de la responsabilidad penal por el hecho del Fiscal, la afectación a la conciencia y voluntad del consumo.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 265/2015 de 29 Abr. 2015, Rec. 10496/2014 que:

"Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación.

No se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. Los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves, no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia a las drogas, como se deduce de la expresión literal de la propia norma legal. Por todo ello, en el caso enjuiciado, en el que el recurrente captó a un familiar para que se desplazase a América para importar una cantidad relevante de cocaína, debe rechazarse la aplicación de la atenuante".

También, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 25/2019 de 5 Dic. 2018, Rec. 2778/2018 señala que:

"La existencia de una grave adicción al consumo de sustancias estupefacientes o droga, siendo preciso señalar que la simple condición de consumidor no basta (vid. STS 200/2017, de 27 de marzo), sino que es necesario que el sujeto despliegue la actividad delictiva como un medio para obtener los ingresos necesarios para subvenir a su compulsiva e imperiosa necesidad de consumir, propia de la grave adicción (vid., en este sentido la STS 412/2017, de 7 de junio).

Es preciso también acreditar la correspondiente merma en las facultades del sujeto, pues, en definitiva, lo que conforma y alienta la atenuante no es, en sí, el consumo de sustancia estupefaciente, sino la imposibilidad o la dificultad de aquél de adaptar su conducta a los dictados de la Ley, por déficit en las facultades volitivas, cognitivas e intelectivas (vid. SSTS 08/2014, de 6 de noviembre y 895/2016, de 30 de noviembre).

En tal sentido, hemos declarado que el mero consumo o la mera adicción a esas sustancias no implica, por sí mismo, atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción pudiera considerarse grave y que se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción (SSTS 877/2005, de 4-7 ; 1101/2005, de 30-9 ; 1321/2005, de 9-11 ; 912/2006, de 29-9 ; 1071/2006, de 8-11 ; 444/2008, de 2-7). En definitiva, no basta con ser drogadicto, cuando no alcanza una gravedad que le compele a la conducta delictiva, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la **imputabilidad**, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada (SSTS 1167/2004, de 22-10 ; 842/2005, de 28-6 ; 223/2007, de 20-3 ; 524/2008, de 23-7 ; 16/2009, de 27-1).

Aunque el Código no menciona la necesidad de que las facultades intelectivas y volitivas del sujeto resulten alteradas, éstas deben estarlo, puesto que el fundamento de la atenuante reside en que afecta a la **imputabilidad** del sujeto.

Esta necesidad de la alteración mínima de las facultades intelectivas y volitivas del drogodependiente implica también que no será suficiente la mera condición de drogadicto, como ya he mencionado, para la aplicación de la atenuante.

A partir de lo anterior, puede establecerse que esta atenuante debería aplicarse a los supuestos de intoxicación crónica (art. 20.1 CP) y síndrome de abstinencia (art. 20.2 2.º inciso) cuando no haya sido posible aplicar la eximente completa o incompleta. No obstante, ha de tratarse de delitos funcionales y las facultades intelectivas y volitivas del sujeto han de resultar mínimamente disminuidas".

Las conclusiones serían:

- 1.- Si la intoxicación es aguda podríamos estar hablando de un supuesto del art. 20.1 CP .
- 2.- Se exige que la adicción sea "grave" para que opere como atenuante. Una adicción leve o menos grave no permite atenuar la pena. Esta gravedad habrá que probarla con informe médico, o en base a las circunstancias concurrentes.
- 3.- Prueba o convicción de que la adicción sea el motivo o la causa de la actuación.

4.- El fundamento de la atenuante reside en que afecta a la **imputabilidad** del sujeto. Debe afectar esa adicción a la conciencia y voluntad de actuar del sujeto.

5.- No basta probar la mera condición de drogadicto o alcohólico.

Nos preguntamos, también, si podría aplicarse la atenuante analógica en casos de "adicción leve". La respuesta debe ser negativa. En los casos de adicciones leves o mero consumo perjudicial las facultades del sujeto no se ven mermadas y, en consecuencia, no hay ningún fundamento dogmático para aplicar una analógica en estos supuestos. Si el legislador hubiera querido atenuar estos supuestos hubiera bastado con suprimir del 21.2.ª el adjetivo "grave" pues, en todo caso, la analógica ha de ser de análoga significación no de menor significación.

La atenuación de grave adicción no se basa en las alteraciones que produzca la adicción en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, como ocurría en aquéllas, sino en la incidencia que ha tenido la adicción en la motivación para cometer el delito como causa que es de ella, por tanto, lo que se pretende regular con esta atenuante son los estados intermedios en que el drogodependiente no se halla en situación de intoxicación por el consumo de drogas, ni en una situación de síndrome de abstinencia al tiempo de cometer el delito.

Los requisitos exigidos para su apreciación, que deben cumplirse acumulativamente, son tres:

a) Existencia de adicción.

Que exista adicción al consumo de una droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica.

1.- No es suficiente la mera drogadicción que no afecte a la culpabilidad para la apreciación de esta atenuante.

2.- Parece exigirse la existencia de una influencia apreciable de la drogadicción en el psiquismo de quien la padece, que sea leve o poco acusada en el momento de cometer el delito.

3.- Si la prolongada adicción ha producido un deterioro mental desembocando en anomalías y alteraciones psíquicas y menoscabando o eliminando la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, estos casos se tratarían dentro de la eximente del art. 20.1.º CP, no en la del 20.2 CP ni en la atenuante ahora estudiada.

b) Que dicha adicción sea grave.

La doctrina del Tribunal Supremo ha establecido dos criterios según la Sentencia de 2 de diciembre de 1998 :

"Cuando la persona afectada lleve presa de las drogas un tiempo que pueda considerarse prolongado, o bien, cuando la adicción, aunque no se prolongue en exceso retrospectivamente, lo sea a productos especialmente esclavizadores", y continúa que "en estos casos, aunque no se haya acreditado que el sujeto ejecutó el hecho delictivo con sus capacidades mermadas (lo que precisaría de un examen médico inmediato, no siempre factible), debe entenderse la concurrencia de una cierta disminución de dichas facultades –especialmente las volitivas– en la acción comisiva, porque tal grave adicción socava la resistencia de la voluntad a delinquir, reduciendo en la misma medida la capacidad de autodeterminación con el consiguiente impacto en la **imputabilidad** del agente"; y

c) Que el delito se cometa a causa de esa adicción.

Que exista una relación de causalidad entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto en un momento determinado, que es lo que le impulsa al delito para acceder a ellas o al dinero que necesita para adquirirlas.

En base a todo ello y según la Jurisprudencia, se apreciará dicha atenuante cuando el culpable actúe a causa de una grave adicción a las drogas, y cuando hay un síndrome de abstinencia leve, en que la **imputabilidad** está menos disminuida que en los casos de eximente incompleta, pero siempre que, además, exista una relación entre el delito cometido y la carencia de droga que padece el agente, de forma que la finalidad del delito sea aliviar el síndrome padecido a causa de la drogodependencia.

La atenuante analógica en relación con la eximente incompleta, se deja para aquellos supuestos en que, aun dándose todos los requisitos de la eximente, las facultades del sujeto estén sólo levemente alteradas, independientemente de que padezca o no una grave adicción, es decir, se aplicará, por ejemplo, cuando el delito se ha cometido por una persona que, sea o no adicto, se encuentra en **estado de intoxicación en el momento de cometerlo** de forma que estén afectadas levemente su conciencia y voluntad, o cuando lo comete bajo un síndrome de abstinencia que le impide levemente comprender la ilicitud del acto y actuar conforme a esa comprensión (35) (aunque, como ya vimos, algún autor entiende que siempre que hay síndrome de abstinencia se aplicaría la atenuante del art. 21.2 CP).

Pero, como hemos visto antes, no se daría en el caso de una adicción leve. Si el legislador hubiera querido atenuar estos supuestos hubiera bastado con suprimir del 21.2.ª el adjetivo "grave" pues, en todo caso, la analógica ha de ser de análoga significación no de menor significación.

En cualquier caso, la afectación debe estar probada y en relación al hecho mismo, y es bien cierto que el Tribunal motiva de forma adecuada y suficiente que el relato descriptivo de la víctima acerca de cómo ocurrieron los hechos está lejos de poder admitir esta atenuante por la forma en la que se sucedieron con plena conciencia y voluntad del acusado de lo que estaba haciendo.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Maximo** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, de fecha 29 de junio de 2018 , en causa seguida contra el mismo por delitos de robo con intimidación con uso de instrumento peligroso, de violación y de amenazas. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Diaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina