

Roj: **STS 4489/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4489**Id Cendoj: **28079120012022100922**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/11/2022**Nº de Recurso: **2811/2020**Nº de Resolución: **930/2022**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**Tipo de Resolución: **Sentencia****TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal****Sentencia núm. 930/2022**

Fecha de sentencia: 30/11/2022 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 2811/2020 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2022 Voto Particular Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CIV/PE Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco Transcrito por: MBP Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2811/2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

**TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal****Sentencia núm. 930/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras. D. Julián Sánchez Melgar D.ª Ana María Ferrer García D. Vicente Magro Servet D.ª Susana Polo García D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 30 de noviembre de 2022. Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL**; por las representaciones de los acusados D. Severiano y por adhesión de D. Jose Manuel; de la Acusación Particular D. Aurelio, en nombre y representación de la menor Hortensia y la Acusación Popular **ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 18 de marzo de 2020, que estimó parcialmente los recursos de apelación formulados por las representaciones de Severiano y de Jose Manuel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de fecha 11 de diciembre de 2019, que los condenó por delito de agresión sexual, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados D. Severiano representado por el Procurador D. José Luis Rodríguez Martín y bajo la dirección Letrada de D. Mario Blanco Fernández y Dña. Laura Aran Briones; D. Jose Manuel representado por el Procurador D. José Luis Rodríguez Martín y bajo la dirección Letrada de D. Rafael Uriarte Tejada; la Acusación Particular D. Aurelio representado por el Procurador D. Marcos Mª Arnaiz de Ugarte y bajo la dirección Letrada de Dña. Patricia Ortiz Estévez, y la Acusación Popular Asociación Clara Campoamor representada por la Procuradora Dña. Elena Cobo de Guzmán y bajo la dirección Letrada de D. Luis Antonio Calvo Alonso, y el recurrido acusado D. Gerardo representado por el Procurador D. José Luis Rodríguez Martín y bajo la dirección Letrada de Dña. Olga Navarro García. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranda de Duero instruyó sumario con el nº 1/2018 contra Severiano, Gerardo y Jose Manuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, que con fecha 11 de diciembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "PRIMERO.- Apreciadas en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas practicadas en el



Plenario se considera probado y expresamente se declara: Que Hortensia , en el mes de noviembre de 2017 tenía la edad de quince años (nacida el NUM000 /02), residiendo en la localidad de DIRECCION000 (Burgos), y por ello tuvo conocimiento de que en la temporada de 2017 habían sido fichados nuevos jugadores por el club de futbol local "La Arandina", entre los cuales se encontraba el acusado Severiano , mayor de edad y sin antecedentes penales. Que la menor acudía a los partidos o entrenamientos del equipo y le gustaba el citado Severiano , por lo que conociendo que tenía una cuenta en la red social denominada Instagram, le envió una petición de seguimiento, la cual este aceptó, sin haberla conocido personalmente. Que a través de dicha red social, en la cual Severiano era conocido como " Corsario ", mantuvieron numerosas conversaciones y publicaciones, habiéndose remitido mutuamente fotografías, en ropa interior. Que el 21 de noviembre de 2017 Hortensia realizó una llamada telefónica a Severiano , el cual se encontraba en compañía del resto de los acusados, y poniéndola en modo de altavoz, en el que se dijo: " hola (dice Corsario ) ( Hortensia ) hola Corsario : "eh Hortensia y a mi me la dejás metértela por el culo "yo soy Corsario ,( Hortensia ) si te dije que a los tres...(otro) yo paso de hacer eso... Corsario .- entonces el viernes hacemos trío u orgía? Hortensia . los tres... Corsario .-Los tres?. Hortensia "Dios que estrés..."Otro.- yo creo que los cuatro " más divertidito y nos tocaríamos entre nosotros, (risas) Ello consta en el acontecimiento NUM003 , Oficio atestado policial, anexo I Wap nº 36. Que no ha resultado probado que dicha conversación se realizase con seriedad, por ninguna de las partes, ni que tampoco los acusados le propusieran en forma seria a Hortensia mantener dichas relaciones sexuales. SEGUNDO.- Que el día 24 de noviembre de 2017 Hortensia sobre las 19.40 de la tarde fue al bar DIRECCION001 , ubicado en la calle del mismo nombre donde en el nº NUM001 residían los acusados, en el piso NUM002 , que tenían alquilado y compartían, disponiendo cada uno de ellos de una habitación, así como un salón común y dos baños. Que Hortensia había realizado previamente 18 llamadas a Severiano , (acontecimiento 460) sin que este la respondiese, sin constar el motivo de las mismas, y encontrándose él en el referido bar, la invitó a subir al domicilio, con el pretexto de realizar un vídeo musical mediante una aplicación denominada Musica Ly. Que una vez en el interior de la vivienda, fueron llegando el resto de los compañeros de piso, los acusados Jose Manuel , y Gerardo . Posteriormente llegó un compañero del equipo llamado Eleuterio , el cual no conocía a Hortensia , y estuvo en el salón mientras Hortensia grababa el video musical. Posteriormente Eleuterio fue a cambiarse a la habitación de Severiano , no resultando probado si permaneció en la misma, o abandonó el piso después de cambiarse de ropa. TERCERO.- Que estando solamente en el salón la menor Hortensia y los tres acusados, los cuales eran conocedores de su minoría de edad y en concreto que tenía quince años, alguno de ellos apagó todas las luces de la estancia, se desnudaron, ante lo cual Hortensia fue al baño, regresando con posterioridad y sentándose en una esquina del sofá. Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, ella se cruzó los brazos y no supo como reaccionar, quedándose paralizada, procediendo los acusados a cogerla las manos para que les masturbase, y posteriormente sujetándole la cabeza para que les hiciera una felación, a cada uno de ellos, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, ante lo cual y sintiendo asco fue al baño que se encontraba la final del pasillo para escupir. Que la menor si bien no veía a cada uno de los acusados, si que pudo distinguir que las manos que la tocaban eran de diferente complejión, y alguno se encontraba depilado y otros no. CUARTO.- Que el procesado Gerardo , que contaba entonces con la edad de 19 años, fue detrás de la menor y cuando esta salió del baño, le indicó cual era su habitación y Hortensia entró en la misma y se reclinó sobre la cama, sin resultar probado que se cayese accidentalmente o lo hiciese previo empujón de Gerardo , y tras ponerse un preservativo la penetró vaginalmente. Que no consta plenamente acreditado que Hortensia mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación. Que conforme al informe psicológico la madurez de Gerardo era similar a la de Hortensia . Que dicho acto duró aproximadamente entre 10 y 15 minutos, tras lo cual, Hortensia volvió al salón de la casa, recogió sus ropas y abandonó la vivienda. *Que del informe pericial se desprende que los teléfonos móviles de los acusados estuvieron inactivos desde las 20 a las 21.30 horas del referido día.* Como consecuencia de estos hechos Hortensia , ha presentado sintomatología de tipo DIRECCION002 propias (DSM V) de un DIRECCION002 , precisando tratamiento farmacológico y seguimiento médico y psicológico. QUINTO.- Que de la documental practicada y reproducida en el Plenario, resulta acreditado que el día anterior al de los hechos denunciados, es decir el 23 de noviembre de 2017, quedó registrada una conversación en el grupo de wassap, llamado " DIRECCION008 ", al que pertenecía Severiano , en la que consta, como hechos relevantes a las 22.17 - Corsario dice la hemos liao en el piso hoy es muy parda...Le preguntan que pasó y dice : si la jamba esta que vino y nos la chupó a los tres. ...que guerra...( otro) pero juntos? Corsario .- si en el salón ...yo comiéndola las tetas y tal y llegó Gerardo y se unió. Otros wassap hermano Jose Enrique dice. Os la follaria? Corsario , no tenía la regla..mañana vuelve..otros que locura, a los tres ,...vais a partirla. Tras otras conversaciones similares preguntando por detalles , Jose Enrique pregunta "pero cuantos años tiene", y Corsario dice "16" le preguntan si está buena y les manda fotos, Corsario dice 22.22 horas, "ome somos unos degenerados". Continúa la conversación mencionado que es una cerda ( Largo ). Así mismo como documental de audio existen conversaciones en los acontecimientos del atestado policial nº NUM003 Anexo 1, waps 73 y 74. Si bien dichos hechos no son objeto de acusación, ni han sido denunciados por Hortensia , han resultado



objeto de prueba en el Plenario, y por ello, sin declarar acreditado si lo relatado, pudiera haber ocurrido en la realidad, debemos dar por probado la existencia de dichos mensajes de wasaap y audios".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: "Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a: - Severiano , como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Jose Manuel Y Gerardo , a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que Severiano , se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS. Como cooperador necesario, del delito cometido por, Jose Manuel a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. Y como cooperador necesario del delito cometido por Gerardo , a las penas de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS. - Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Gerardo : como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Jose Manuel Y Severiano a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS. Como cooperador necesario, del delito cometido por Jose Manuel a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. Y como cooperador necesario del delito cometido por Severiano , a las penas de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. - Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS A Jose Manuel , como autor criminalmente responsable de UN DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL, a menor de dieciséis años y cooperador necesario de los delitos cometidos por Gerardo Y Severiano a las penas de: CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. De conformidad con el art. 57.1 del Código Penal, la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de QUINCE AÑOS. Como cooperador necesario, del delito cometido por Severiano a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena así como la prohibición de que se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. Y como cooperador necesario del delito cometido por Gerardo , a las penas de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Y la prohibición de que, se comunique por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, con Hortensia y que se le prohíba acercarse a ella, a su domicilio, colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, a una distancia inferior a 1.000 metros y durante un periodo de TRECE AÑOS. - Que respecto de las anteriores penas procederá la aplicación del límite máximo de cumplimiento DE 20 AÑOS DE PRISIÓN ( artículo 76 del Código Penal). De conformidad con el art. 58 del C.P, procede abonar el tiempo que los procesados han estado en prisión provisional. De conformidad con el art. 192.1 del C.P, procede la imposición, a cada uno de los procesados, de la medida de LIBERTAD VIGILADA durante DIEZ AÑOS. - En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL los referidos acusados indemnizarán en forma conjunta y solidariamente a la menor Hortensia , a través de sus padres, Aurelio y Eugenia , en la cantidad de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros) más los intereses legales, por el daño moral causado. - Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Gerardo , del delito de agresión



sexual en la forma continuada por el que venía siendo acusado. - Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados, Severiano, Gerardo y Jose Manuel del delito previsto en el artículo 183 ter del Código Penal relativo a la comunicación con un menor de dieciséis años y proposición de concertar un encuentro para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 del Código Penal. Se imponen a Severiano, Y Jose Manuel las 3/4 partes de las costas procesales causadas a instancia, incluyendo las relativas a la acusación particular, declarando el resto de oficio. Se imponen a Gerardo la 3/5 partes de las costas procesales causadas a su instancia, incluyendo las relativas a la acusación particular, declarando el resto de oficio. Notifíquese la presente sentencia personalmente a los acusados y a las demás partes, con el apercibimiento de que la misma no es firme, cabiendo interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en virtud de lo previsto en el artículo 846, ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio que resolverán las apelaciones en sentencia en la forma dispuesta en los artículos 790, 791 y 792 de esta ley)".

El TSJ modificó los hechos probados señalando que: Se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia con las siguientes modificaciones 1º Se suprime segundo párrafo del apartado TERCERO de dicha declaración, que se sustituye por otro que dice: "Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, seguidamente les masturbó y les hizo una felación, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, ante lo cual y sintiendo asco fue al baño, que se encontraba la final del pasillo, para escupir". 2ª Se añade un apartado: SEXTO.- En la fecha en la que ocurrieron los hechos Severiano, Jose Manuel y Gerardo tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gerardo próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de Jose Manuel. En cuanto a Severiano, padeció un DIRECCION003 en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica.

La anterior sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal y por las representaciones del acusado Severiano, de la Acusación Particular Aurelio y de la Acusación Popular Asociación Clara Campoamor, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que con fecha 18 de marzo de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo: "Que debemos estimar parcialmente los recursos de Severiano y Jose Manuel absolviéndoles de los delitos de agresión sexual por los que habían sido condenados y condenándoles por un delito de abuso sexual tipificado en el artículo 183.1 del Código Penal en relación con los números 2, 3 y 4 b) del mismo, con la atenuante muy cualificada del artículo 183 *quater*, a las penas de cuatro y tres años de prisión, respectivamente, con las accesorias de: - inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- la prohibición de comunicar por cualquier medio con la víctima y de acercarse a ella, a su domicilio, centro de trabajo o educativo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 1 km durante un período de ocho años. - Libertad vigilada durante 5 años. - La inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en 3 años al de la duración de las penas de privación de libertad respectivamente impuestas. Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad les será de abono el tiempo de prisión preventiva. En concepto de responsabilidad civil, Severiano y Jose Manuel deberán abonar conjunta y solidariamente a Hortensia la cantidad de diez mil (10.000) euros. Debemos de estimar y estimamos íntegramente el recurso de Gerardo absolviéndole del delito de agresión sexual por el que había sido condenado con todos los pronunciamientos favorables. Se declaran de oficio un tercio de las costas causadas en primera instancia, debiendo abonar Severiano y Jose Manuel 2/3 de las restantes, incluidas las de la acusación particular, y declarando también de oficio las de esta segunda instancia Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se remitirá certificación a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos y mandamos y firmamos".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por el **Ministerio Fiscal** y por las representaciones de los acusados D. Severiano y por adhesión de D. Jose Manuel, de la Acusación Particular D. Aurelio y de la Acusación Popular **Asociación Clara Campoamor**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.- I.-** El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único: Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la L.E.Cr., por aplicación indebida de la atenuante analógica como muy cualificada del art. 21.7º en relación con el art. 183 *quater* del C. Penal, y





consiguiente indebida aplicación del art. 66.1.2ª e indebida inaplicación del art. 66.1.6ª C. P. en relación con el art. 183.1, 2, 3 y 4 b) del C. P.

**II.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Severiano** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Infracción de precepto constitucional: infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E., infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. Procede la absolución de D. Severiano . No ha quedado acreditado abuso sexual el 24 de noviembre de 2017. Procede la modificación de los hechos probados. Segundo.- Art. 849.2 L.E.Cr. Error en la apreciación de la prueba basado en el oficio policial 261/2018 (AC 295), en el informe ampliatorio (AC 460), la diligencia de cotejo de mensajes de whatsapp (AC 660) y el contenido de los whatsapp (AC 661). Procede la absolución de D. Severiano . Los documentos acreditan la imposibilidad de que los hechos denunciados sucedieran. Necesidad de modificar los hechos probados. Tercero.- Art. 852 L.E.Cr. El T. S. debe revisar la ilógica valoración del T.S.J. en relación con el error de prohibición alegado y acreditado. El T.S.J. no elimina la posibilidad de la existencia de un error de prohibición vencible. Vulneración de los arts. 24.1 y 2 C.E. Procede en virtud del art. 14.3 C.P. aplicar la pena inferior en dos grados ( art. 66.1.8º C.P.). Cuarto.- Art. 849.1 L.E.Cr. Infracción de precepto sustantivo materializado en la indebida aplicación del art. 183 quarter C.P.

**III.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Manuel** , vía impugnación de los recursos de las Acusaciones Particular y Popular y de adhesión al recurso de Severiano , lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Al amparo de los artículos 849.1º y 2º de la L.E.Crim., por error de hecho en la apreciación de la prueba, y consecuente infracción de ley, por aplicación indebida de preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter en relación con el artículo 183.1 del Código Penal en relación con los números 2, 3 y 4 b) del mismo, y el artículo 24 de la Constitución, por quebranto de la presunción de inocencia, tal y como ampara el art 852 L.E.Crim.

**IV.-** El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D. Aurelio** , en nombre y representación de la menor Hortensia , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 L.E.Cr., por error de hecho en la apreciación de la prueba. Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por haberse infringido, por aplicación indebida e inaplicación, preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en aplicación de la ley penal; en relación con los artículos 183.1, 2, 3 y 4) quater del Código Penal, en relación con el 21.7º del Código Penal; al no proceder ni la exclusión de la responsabilidad penal ni la atenuante analógica muy cualificada de la cercanía de edad y la proximidad en el grado de desarrollo o madurez con la víctima.

**V.-** El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Popular **ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º L.E.Cr., por error en la apreciación de la prueba. Segundo.- Apartado A), por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. y Apartado B) por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos por las representaciones de los acusados y por adhesión de Jose Manuel , Acusación Particular y Popular, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruidas las representaciones de los acusados recurrentes Severiano quien impugnó los recursos de las acusaciones particular y popular y del Ministerio Fiscal; de Jose Manuel quien impugnó los recursos del Ministerio Fiscal y de las acusaciones particular y popular y se adhirió al recurso de Severiano ; del recurrido acusado Gerardo quien se adhirió al recurso de Severiano e impugnó los recursos de las acusaciones particular y popular; de la Acusación Popular Clara Campoamor quien impugnó la admisión del recurso de Severiano y del de adhesión de Jose Manuel y de la Acusación Particular Aurelio quien impugnó también la admisión del recurso de Severiano y el de adhesión de Jose Manuel , quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Dado traslado por diligencia de ordenación de 17 de noviembre de 2022 a las partes recurrentes y recurridas por término de tres días por si interesasen formular alegaciones con respecto a la aplicación de la Ley 10/22, de 6 de septiembre en la presente causa, el **Ministerio Fiscal**, en escrito de 22 de noviembre de 2022 informó en el sentido de dar por reproducido su escrito de formalización del recurso de casación, interesando la estimación del mismo y solicitando se condene a Severiano y Jose Manuel , respectivamente, como como autores de un delito de abusos sexuales del art 183. 1, 2, 3 y 4 b) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años de prisión, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia.

La Acusación Popular Clara Campoamor, en escrito de 22 de noviembre de 2022, solicita se mantenga en su integridad el recurso de casación interpuesto con respecto a la aplicación de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre.



El acusado Jose Manuel , en escrito de 22 de noviembre de 2022, respecto a la aplicación de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, solicitó se dé por ratificado su escrito de oposición a los recursos formulados por las acusaciones y de recurso de casación formulado por vía de adhesión.

El acusado Gerardo , por escrito de 22 de noviembre de 2022, respecto a la aplicación de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, estima que en igualdad de circunstancias, en este caso es indiferente aplicar la Ley 10/22 o la anterior reforma, ya que al aplicarse la eximente completa, nada se modificaría respecto a la absolución dictada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de marzo de 2020.

El acusado Severiano por escrito de 23 de noviembre de 2022, solicita se tenga por modificada la solicitud alternativa del apartado CUARTO de su recurso a 2 años y 3 meses y en caso de desestimación del recurso de casación interpuesto, tenga por solicitada la rebaja de la condena impuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 años a 3 años y 6 meses, teniendo en cuenta que la pena impuesta se alejaba de la máxima (5 años) en un año, debiéndose mantener esa distancia con las penas que recoge la actual regulación y tenga por solicitada la rebaja de la condena impuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 años a 3 años y 9 meses siguiendo un criterio estrictamente matemático y proporcional.

La Acusación Particular Aurelio en nombre y representación de Hortensia , por escrito de 23 de noviembre de 2022, en relación a la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, solicita se mantenga en su integridad el recurso de casación interpuesto por esta parte.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 29 de noviembre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Severiano , Jose Manuel , LA ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR, Aurelio en nombre y representación de la menor Hortensia y el MINISTERIO FISCAL contra sentencia de fecha 18/3/2020 de la Sala Civil y Penal TSJ de Castilla y León que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha 11/12/2019 de la Sección 1ª Audiencia Provincial de Burgos.

RECURSO DE Severiano

**SEGUNDO.-** 1.- Infracción de precepto constitucional: Infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

El recurrente cuestiona el mayor de los escenarios concurrentes en cuanto a que los hechos de contenido sexual "no ocurrieron" y que no hay prueba de ello. Y diseña una negativa argumental en torno a la prueba que se practicó y su valoración por el tribunal de instancia y la revisión de esa valoración probatoria por el TSJ tras el recurso de apelación interpuesto. Es por ello por lo que viene ahora de nuevo a sostener que no existe prueba de cargo para la condena respecto a que los hechos ocurrieron sosteniendo la negativa, pero olvidando que ya nos encontramos con un tribunal que ha valorado la prueba ante el mismo practicada y el análisis de la valoración probatoria y el juicio de racionalidad de la misma que ha llevado a cabo el TSJ.

Por ello, no puede confundirse el "arquetipo del recurso de casación", entendiéndolo el recurrente que puede procederse de nuevo, y por tercera vez, a una valoración probatoria, habida cuenta que en esta sede lo que se revisa es la subsistencia, suficiencia y legalidad de la prueba tenida en cuenta, no un nuevo proceso de valoración de cuál es la que se ha practicado y el "peso" de la misma para enervar la presunción de inocencia.

Así, es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad, se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que la dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad «instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración» (In re Wip). Se cita también la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable ( STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta



por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso -subjetivo- de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tenida en cuenta para la condena, y mediante un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso objetivable de convicción, que aunque esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objetive.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la «medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos» y también como «el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada». El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de "suficiencia", "entidad", y "calidad de la prueba" para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado.

De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba - *beyond any reasonable doubt* (penal) y *preponderance of evidence* (civil)- pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

También podemos hablar de "capacidad de la prueba para enervar la presunción de inocencia y de "virtualidad" para llevarlo a cabo, y ambas deberán expresarse en la sentencia dentro de la exigencia de motivación y conclusividad expresiva que se exige del juzgador en el reflejo en la sentencia de su valoración probatoria trasladada a la misma.

Con ello, a la hora de evaluar la prueba y su reflejo en la sentencia para examinar si permite la aportada por la acusación enervar la presunción de inocencia debemos reflejar los siguientes parámetros:

- 1.- La "calidad" de la prueba aportada por la acusación frente a la presunción de inocencia del acusado.
- 2.- El tipo de prueba que se va a tener en cuenta. Si se trata de prueba directa, de referencia, indiciaria, pericial.
- 3.- Si se trata de pericial la confrontación de las periciales existentes.
- 4.- La "capacidad de la prueba tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia y de "virtualidad" para llevarlo a cabo.
- 5.- La inexistencia de la duda razonable.
- 6.- Las máximas de experiencia reflejadas en la sentencia.
- 7.- El proceso deductivo del tribunal y el juicio de inferencia de conclusividad.
- 8.- Comparación de prueba de cargo y descargo.
- 9.- Desarrollo entrelazado y numerado de la prueba indiciaria tenida en cuenta con expresión del valor del contraindicio.
- 10.- Desarrollo de las razones para aceptar como creíble y valorativa la declaración de la víctima frente a la negativa del acusado a reconocer los hechos.

Pues bien, el recurrente incide en que "no existe ni una sola prueba que acredite que el 24 de noviembre de 2017 doña Hortensia mantuvo relaciones sexuales con los acusados". Y se insta a que se revise si "los tribunales han identificado suficiente prueba consistente de signo acusatorio como para concluir que ha quedado acreditado un abuso sexual el 24 de noviembre de 2017 entre las 19 horas y las 21 horas."

Sostiene, por ello, que Hortensia mentía. Efectúa, así, un extenso relato argumental poniendo de manifiesto que no es creíble el relato expuesto por Hortensia y que no hubo relación sexual alguna, y sostiene que, aunque el TSJ suprimió la intimidación, la relación sexual no existió. Para ello, argumenta que la declaración de la víctima es inconsistente y no creíble, pero ello lleva a postular una nueva revisión de esa valoración probatoria lejos del objetivo de la presunción de inocencia en el que se postula la inexistencia de prueba de cargo.

No podemos olvidar que cuando se produce el alegato de la vulneración de la presunción de inocencia ello está conectado con la posible deficiencia en la motivación acerca de cuál fue la prueba de cargo tenida en cuenta para condenar.

Con ello, nos encontramos con los siguientes parámetros, a saber:

*1.- Exteriorización de las razones de la decisión.*

Necesidad de que el justiciable, y también la Sociedad, conozcan las razones que han determinado la decisión judicial que de esa forma aparece como un fruto del raciocinio y no como algo arbitrario o producto exclusivo de la voluntad.

Con ello, el proceso mental del juez o Tribunal sale y se refleja en la sentencia saliendo de la interioridad del órgano decisor para reflejarse externa y plásticamente en la fundamentación de la sentencia.

*2.- Posibilidad de combatir la motivación por el conocimiento del razonamiento deductivo llevado a cabo.*

Se consigue, así, tanto que el afectado por la resolución tenga la posibilidad de combatirla con eficacia, pudiendo rebatir sus argumentaciones como que, eventualmente, el órgano llamado a revisarla por vía de recurso, pueda ejercer una labor de auténtico control o fiscalización de la decisión.

No podría recurrirse la convicción del juez o Tribunal sobre el resultado de la prueba practicada si ello no se reflejara de modo exigente en los fundamentos de la sentencia con una explicación suficiente, y explicando el proceso mental que debe ser "inteligible" para las partes, a fin de que éstas puedan articular su mecanismo de impugnación, en su caso, de la sentencia.

*3.- El deber de motivación ejerce también una función disciplinaria del proceso mental decisorio.*

El esfuerzo de motivación exige del juzgador un esfuerzo de disciplina por construir de forma razonable su plasmación del proceso mental que le lleva a su decisión y le aleja de la *arbitrariedad constructiva de la sentencia*.

*4.- La condena no puede ser el reflejo del "convencimiento subjetivo del juez o Tribunal".*

No se trata de dictar una sentencia condenatoria porque el juez o Tribunal consideren que existe un *convencimiento* de que los hechos ocurrieron tal cual los relata la acusación, sino que ello es fruto de la prueba practicada y el proceso explicativo es fruto del raciocinio mental que le lleva a entender que la prueba de cargo conduce a la enervación de la presunción de inocencia, sin que la de descargo haya ejercido influjo de desvirtuar aquella con la relevancia suficiente como para introducir "el juego de la duda".

*5.- El ataque a la motivación de la sentencia en cuanto a la prueba tenida en cuenta no puede ser una "apreciación subjetiva" de la motivación que quien recurre desearía.*

No cabe confundir este derecho a la motivación con que ésta sea en la extensión, o en la forma que pretende quien recurre, ya que éste no tiene derecho a que el juez motive en la medida que él reclama, sino que la motivación es la explicación fundada en derecho, pero no tiene que ser en el derecho que reclama quien impugna. Por ello, en ocasiones se confunde este derecho con un derecho a que se motive en el esqueleto estructural o forma que pretende el recurrente desde su punto de vista subjetivo.

La motivación también viene a constituirse como el por qué de lo resuelto. Las razones expuestas en la resolución judicial, pero dadas con arreglo a derecho, no tienen que alcanzar la forma externa que pretenda quien recurre, por lo que la comprensión del que reclama no puede ampararse en un alegato de falta de motivación, sino que es el juez el que bajo los razonamientos jurídicos oportunos y aplicables al caso da respuesta a la pretensión, pero no con la forma que desea quien recurre, sino bajo el límite de que se adecúe a la razón del derecho, que es el norte de quien da respuesta jurídica a un problema de hecho planteado.

Así, el derecho de la motivación judicial no es el derecho a la tutela particularizada de la respuesta que pretende quien recurra, a no confundir con la tutela judicial efectiva, que viene relacionada con el derecho a la motivación judicial, pero no que se le dé la respuesta que se pretenda en un recurso.

*6.- La comparación entre prueba de cargo y descargo.*

Se trata, así, de llevar a cabo un proceso de comparación de la prueba de cargo de la acusación y la de descargo de la defensa como si se tratara, como decimos, de un campo de juego donde están reflejadas las herramientas que harán decantar la balanza hacia uno u otro lado. Y tras este proceso de "comparación", el Tribunal lleva a cabo la convicción final de cuál es la prueba que le convence acerca de lo que realmente ocurrió, lo que no tiene que significar que "no se tenga en cuenta", la prueba de la otra parte, sino que no tiene el rango real, eficaz y efectivo de descargo. Por ello, en ocasiones no se ha exigido que "toda la prueba de descargo" sea





examinada, si de alguna manera, con respecto a alguna declaración testifical existe explicación suficiente de que el juez o Tribunal considera que los hechos ocurrieron como los declara probados ante la conclusión a la que llega por la prueba que cita, aunque algunos elementos probatorios aportados por la defensa pudieran arrojar lo contrario, pero esta versión no llega a convencerle de que los hechos ocurrieran como se sostiene por los testigos cuyos testimonio no se tiene en cuenta, o documentos que no alteran el proceso mental del juez o Tribunal respecto a aquellos en los que basa su sentencia.

Cierto y verdad es que sería deseable que todas y cada una de las partes de cada prueba (testifical, documental, pericial y declaración del acusado) fueran analizadas con detalle, (todos los testigos, todos los documentos...) pero la clave en estos casos radicará en la adecuada y suficiente motivación de por qué llegó a esa conclusión, por lo que no citar a un testigo o documento no será razón para anular la sentencia si del contexto de la fundamentación jurídica se evidencia su rechazo comparativo con la prueba tenida en cuenta por el juez o Tribunal y que debidamente ha motivado. (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019).

#### *7.- Alcance extensivo en el que tiene que operar la prueba de cargo y sus exigencias probatorias.*

La prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Cierto y verdad es que la defensa puede limitarse a negar los hechos, pero que aporte prueba de descargo no altera la fuerza de la prueba de la acusación. El Tribunal deberá valorarlas todas y compararlas en orden a admitir la existencia o inexistencia de prueba de cargo "suficiente", no desvirtuada por la aportada como de descargo.

Pues bien, el derecho a la presunción de inocencia invocado está configurado como regla de juicio que prohíbe ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo ( STC 68/2010, de 18 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio - Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a -), ó 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas.

Sintetizando su doctrina, puede decirse que se lesionará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena:

- a) en ausencia de pruebas de cargo;
- b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales;
- c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías;
- d) sin motivar la convicción probatoria;
- e) sobre la base de pruebas insuficientes; o
- f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

Así, el recurrente puntualiza que "lo único que ha quedado acreditado es que doña Hortensia subió al piso, grabó un vídeo, y se fue".

Sin embargo, no es esta la conclusión a la que llegó el tribunal de instancia ante el que se practica la prueba, ni en el proceso de revisión del TSJ, que, aunque suprime la existencia de la intimidación, mantienen ambos que los hechos ocurrieron como consta en el relato de hechos probados.

El relato de hechos probados evidencia la realidad de los actos de contenido sexual llevados a cabo por los condenados con una menor de 16 años, lo que es incontestable y está basado en la propia declaración de la víctima que, en cuanto, a los actos sexuales, han llegado ambos tribunales al convencimiento de que se realizaron por los condenados, tal cual consta en el relato de hechos probados.



Señala el tribunal de instancia que la víctima: "no miente sobre los hechos expuestos, solamente que, teniendo un sentimiento de culpabilidad por lo acontecido en el piso de los acusados, el día 24 de noviembre de 2017, no deseaba que aquellos conocidos, con los que tenía menos confianza, supieran la verdad de lo ocurrido, de tal forma que optó por decirles que había realizado los actos sexuales de forma voluntaria, e incluso alardear de ello". Aunque añade posteriormente que respecto de su círculo familiar les expuso que los actos sexuales existieron, pero que no fueron consentidos, lo que más tarde es descartado por el TSJ, pero en cuanto a la existencia de la intimidación, que la suprime.

En cualquier caso, la realidad de los actos de contenido sexual de los condenados con Hortensia son incontestables. La cuestión puede radicar en la valoración acerca de su voluntariedad, o no, pero resulta contundente que el tribunal llegó a la convicción de que los actos sexuales existieron y la prueba de cargo concurrente es relatada y expresada por el tribunal en cuanto a la convicción que le merece la versión de la víctima en este extremo; todo ello, en relación con la valoración que se lleva a cabo de los informes psicológicos practicados en su conjunto y testificales de corroboración de que la menor realizó los actos sexuales con los condenados.

Y en el análisis que lleva a cabo el TSJ de su sentencia la cuestión objeto de debate se centra en la intimidación, pero no en que los hechos ocurrieron tal cual se describe en los hechos probados. En este tema la argumentación es sólida y coherente, dado que tanto respecto de las pruebas practicadas respecto al entorno familiar de Hortensia, como respecto de los que no es este entorno, -el social- y en relación al cual se hace constar que ella quería aparentar una madurez sexual, está claro que los actos de contenido sexual existieron. Por ello, tanto el tribunal de instancia como el TSJ han valorado la prueba concurrente y se admite la existencia de suficiente prueba de cargo para desterrar la queja formulada sobre la quiebra de la presunción de inocencia, no pudiendo construirse la sede casacional, como se ha apuntado, como una nueva "oportunidad procesal" de proceder a una revaloración de la prueba, sino a apreciar la suficiencia de la tenida en cuenta para el dictado de la condena.

Ambos tribunales han analizado con detalle la declaración de la víctima y aunque TSJ excluye la existencia de la intimidación, sí que es cierto que en su contexto principal la versión de la víctima da lugar a entender que los actos de contenido sexual sí que existieron, aunque no con la ausencia de consentimiento que ella expone ante su círculo familiar más cercano. Pero en el contexto global de su versión resulta evidente que tuvo los actos de contenido sexual con los condenados y esto es corroborado también por las testificales practicadas, así como los informes psicológicos y documentos que corroboran la versión ofrecida en cuanto se relaciona con los actos sexuales por los que han sido condenados los recurrentes por delito de abuso sexual con menor de 16 años. Y sobre ello hay prueba de cargo incontestable expuesta por ambos tribunales.

No existe así, móvil puro alguno en la declaración de la víctima en cuanto se refiere a lo que es objeto de condena en relación a los actos sexuales realizados, aunque el TSJ ha concluido que la intimidación no haya existido en virtud de lo cual les absuelve por el delito de violación por el que fueron condenados.

En cualquier caso, dado que el recurrente Jose Manuel ha interpuesto su recurso por la vía de la impugnación a los recursos de la acusación y alegado la presunción de inocencia por la vía del recurso adhesivo, también nos remitimos en este punto a lo expuesto en el FD nº 11 de la presente resolución.

El motivo se desestima.

**TERCERO.- 2.-** Motivo del artículo 849.2 LECRIM: Error en la apreciación de la prueba.

Planteándose este motivo por vía de error en valoración de prueba basado en prueba documental hay que recordar que esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega ( art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. pueda prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;



2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo ( Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan, por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe ( STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial ( STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral ( SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluíbles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y

b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Pues bien, la parte recurrente señala como "documentos" el oficio policial, informe ampliatorio, diligencia de cotejo de Whatsapp y su contenido, los que no pueden considerarse técnicamente como documentos literosuficientes a los efectos del art. 849.2 LECRIM, como reiteradamente se ha expuesto.

Los documentos a que se refiere la parte recurrente no pueden ser articulados por esta vía, ya que no se admiten las meras fotocopias, las declaraciones de los acusados, testigos, los atestados policiales ni las transcripciones telefónicas, como ocurre en este motivo alegado por el recurrente.

Se pretende, como en el motivo anterior un nuevo análisis de la valoración probatoria en sede casacional bajo el "paraguas" de lo que no son propiamente "documentos" al amparo del art. 849.2 LECRIM, además de quedar contradichos por los elementos probatorios citados como prueba de cargo en las sentencias ya expuestas. La existencia de las relaciones sexuales es algo incontestable y que no puede ser objeto de análisis en este momento, además de no ser procedente el "vehículo procesal" utilizado, como se ha expuesto.

El motivo se desestima.

#### **CUARTO.- 3.- Motivo del artículo 852 LECRIM.**

Se alega la existencia de un error de prohibición vencible y en virtud del art 14. 3 CP aplicar la pena inferior en dos grados.

Señala el TSJ en su sentencia que "no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva", sin que pueda alegarse por parte de los recurrentes, mayores de edad, de nacionalidad española y con instrucción, que desconocían la irrelevancia del consentimiento para mantener relaciones sexuales por parte de menores de



16 años, dado el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la modificación del Código Penal elevando la edad del consentimiento hasta dicha edad, operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y teniendo cuenta además la cobertura mediática que recibió".

Alegándose la ignorancia de la ilicitud del acto, decir que suele plantearse con alguna frecuencia en la práctica de los tribunales la existencia del error de tipo o de prohibición, vencible o invencible, en el sujeto autor de un hecho que está configurado como delito en el texto penal.

Sin embargo, entendemos que fácil sería plantearse de forma abierta y generalizada esa hipótesis de que el autor "ignoraba" que su conducta estaba tipificada en el Código Penal, y era por ello ilícita, para conseguir una absolución, o, en el mejor de los casos, una atenuación de su responsabilidad o su consideración imprudente.

Nos movemos en estos casos en un elemento de carácter interno relativo a "la creencia" de que obraba correctamente, el "desconocimiento" de que su conducta era ilícita, la consideración de que existía una causa de justificación que le legitimaba a actuar como lo hizo, etc. En consecuencia, estas alegaciones giran sobre aspectos subjetivos del autor del hecho que le llevan a actuar como lo hizo, bajo la absoluta creencia de que su proceder era correcto, o no era inadecuado, o ignorando que era incorrecto desde el punto de vista de lo que pertenece al ordenamiento jurídico. Y ello, con la opción de atenuar la pena si concurriera la "vencibilidad" del error (en el error de prohibición. Art. 14.3 CP), o convertir la acción en imprudente si se trata de error de tipo. ( Art. 14.1 CP).

Pero al movernos en un terreno interno del autor estas alegaciones deben reconducirse a unos estándares de conducta en los que hay que tener en cuenta las circunstancias del sujeto, el hecho que ha cometido, y el tiempo de su comisión, para poder valorar "desde fuera" si podría ser cierta esa pretendida "ignorancia" de que su actuar era ilícito. Pero sin olvidar que resulta relevante el caso concreto donde se dé ese error que se alega, porque existirán supuestos, como el homicidio, el asesinato, delitos contra la propiedad, etc, donde resulta inadecuado alegar este error por su absoluta inoperatividad ante la "evidencia" de un ilícito proceder en estos casos.

En los supuestos donde se puede aplicar, siempre en teoría, se exigirá una adecuada probanza por el autor de que era cierta, consistente y creíble esta alegación, sin tener por qué exigirse que esta posibilidad se predique de personas de bajo nivel cultural sin más, ya que su apreciación se hará siempre teniendo en cuenta sus circunstancias y las del caso concreto, ya que en caso contrario solo los conocedores de la norma jurídica podría entenderse que podría ser sujetos activos del delito, además de que su interpretación y valoración debe ser siempre restrictiva, ante lo sencillo que sería un alegato de desconocimiento de las conductas que son ilícitas, lo que conllevaría que el texto penal no se aplicara a quien "no lo conociera". Y no se trata de conocer, o no, sino de estar en condiciones de conocer o apreciar que lo que se ha hecho es ilícito desde un parámetro de "suficiencia cognoscitiva", podríamos denominarlo.

Pues bien, la teoría del error en el sujeto autor del delito está admitida en el texto penal, en cuyo art. 14 recoge tres opciones en su planteamiento, a saber:

- 1.- Error invencible sobre un hecho que es constitutivo de infracción penal: Excluye su responsabilidad penal.
- 2.- Error que se califica como "vencible" atendidas las circunstancias del hecho y las propias y personales del autor. Se castiga como imprudente.
- 3.- Error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante: No se aplica la misma.
- 4.- Error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal: Excluye la responsabilidad criminal.
- 5.- Error vencible sobre esa ilicitud: Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

Expuesta la referencia legal del art. 14 CP interesa clarificar los diferentes tipos de error para conocer dónde nos movemos en un tema muy técnico, a saber:

El error puede ser de dos tipos:

- 1.- Error de tipo ( art. 14.1 y 2 CP).

- a.- Tiene lugar sobre alguno de los elementos configuradores del tipo penal. (sobre un hecho constitutivo del delito).
- b.- Actúa sobre la tipicidad y la antijuridicidad Actúa sobre el dolo del autor. Elimina la tipicidad dolosa.
- c.- Invencible: Excluye la responsabilidad penal. Vencible: será castigado como imprudencia.





d.- Vencible: Pudo evitarse aplicando las más elementales normas de cuidado. Elimina el dolo dejando la responsabilidad culposa. (imprudencia).

Invencible: Ni aun aplicando las más elementales normas de la diligencia exigible se hubiera podido evitar el resultado.

e.- Formas: 1.- Error en el objeto. El sujeto quería realizar la acción hacia un objeto pero no se pudo efectuar tal hecho, pues se afectó debido a una confusión. 2.- Aberratio ictus. Es el error en el golpe o error en la ejecución, y se produce cuando el autor tiene la voluntad de realizar la acción, tiene el objeto de la acción y la dirige sobre él, pero se desvía. 3.- Error en el proceso causal. Es el dolus generalis donde el resultado sucede de una forma distinta a la inicialmente prevista por el sujeto (se dispara a alguien a quien se cree muerto y lo entierra, pero muere por ahogamiento, no por el disparo).

2.- Error de prohibición ( art. 14.3 CP).

a.- Existe un absoluto desconocimiento de que la acción está prohibida por el ordenamiento jurídico.

b.- Actúa sobre la culpabilidad que la elimina o la atenúa. Actúa en el conocimiento del injusto. Es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad Actúa sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta.

c.- Invencible: Excluye la responsabilidad penal. Vencible: será castigado con pena inferior en uno o dos grados.

d.- Vencible: No afecta la tipicidad dolosa o culposa. Produce el efecto de disminuir la culpabilidad. (Culpabilidad disminuida).

Disminuye la reprochabilidad del autor, y tiene consecuencia en la cuantía de la pena (uno o dos grados de pena inferior).

Invencible: Con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto. No se puede evitar la comisión del delito, empleando una diligencia normal.

e.- Formas: 1.- Error sobre el hecho de que la conducta sea ilícita. 2.- Error sobre la concurrencia de causas de justificación (por ejemplo en el delito de quebrantamiento de condena creer que el consentimiento de la víctima excluye el delito).

Con ello se pueden describir las diferencias existentes entre uno y otro tipo de error, ya que vemos que tienen un origen distinto, se manifiestan sobre elementos distintos, bien la tipicidad (error de tipo) o sobre la culpabilidad (error de prohibición), y en ellos la consecuencia de apreciarlo como vencible o invencible son distintas, en tanto se aprecia la conversión en conducta imprudente (error de tipo vencible), o bien una mera rebaja de la pena (error de prohibición vencible).

El problema surgirá en que en el error de tipo vencible en donde la conducta se castiga como imprudente existen tipos penales que no admiten la comisión por imprudencia y que son estrictamente dolosos. (como ocurre con los delitos de tráfico de drogas o los estrictamente dolosos que no admiten forma imprudente).

Por otro lado, cabe plantearnos si es posible alegar el error si es sabida y conocida la máxima de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento.

Con absoluta claridad se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo sobre esta materia en la sentencia 782/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 10413/2016 en las que se exponen las razones por las que el error forma parte de las opciones posibles que pueden concurrir en una persona que no es consciente que su actuar es constitutivo de delito. Y no se trata de exacerbar al máximo las posibilidades fáciles y sencillas de eludir la culpa, sino de no olvidar que es realmente posible que pueda concurrir una ignorancia absoluta de lo ilícito de una conducta, para lo que, obviamente, habrá que analizar cada caso concreto, la persona que se encuentra afectada, sus circunstancias personales, y el tipo de delito que ha cometido para poder apreciar si puede estimarse la concurrencia de un error que incide en su culpabilidad, y, por ende, en el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Por ello, se recoge en esta sentencia con gran claridad que "reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal -más allá del debate histórico sobre el principio de la *ignorantia iuris non excusat*- no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente."



El planteamiento del error está, pues, configurado en la propia culpabilidad del sujeto, ya que su ignorancia y/o la invencibilidad del error pueden convencer al Tribunal de que lo que alega respecto a la creencia de su correcto proceder era cierto. En cualquier caso, ello no puede ser predicado respecto de cualquier hecho, sino solo de aquellos supuestos en cuyo caso pueda llegar a dudarse de la veracidad de la posibilidad de aplicación del error en el sujeto autor del acto, ejemplo de lo cual lo encontramos, como más tarde veremos, en quien ignora la existencia del tipo penal del art. 183 CP acerca de mantener relaciones sexuales con menor de 16 años, supuesto en el que habrá que valorar su edad, la relación con el menor, su rasgo cultural, etc, a fin de valorar la existencia y viabilidad de admitir esa conciencia de un correcto proceder que incide en su culpabilidad por afectar a la ignorancia de la antijuridicidad del acto.

Lo relevante en estos casos es efectuar una tarea de medición acerca de la evitabilidad del conocimiento de la infracción, y en la medida de su graduación poder llegar a apreciar que no es inevitable que el sujeto conociera la antijuridicidad del acto infractor, y que por ello no influyeran las circunstancias de la acción en la culpabilidad del sujeto.

Por ello, en la citada sentencia se recoge que "Para definir el alcance del error y su incidencia -atenuatoria o exoneratoria- en la culpabilidad del acusado, hemos de dilucidar si la distorsión en el mensaje imperativo de la norma penal era o no evitable".

Y como nos movemos en el terreno de la "culpabilidad" por "desconocimiento de lo antijurídico" se añaden dos parámetros:

- 1.- El error de prohibición excluye tal culpabilidad, cuando es invencible.
- 2.- El acusado no es culpable cuando no pudo haber tenido la conciencia de que su comportamiento era antijurídico.

Pero, como es obvio, en el análisis de esta circunstancia del error de un ilícito proceder debe actuarse en el plano de si es evitable el desconocimiento, si nos moviéramos en un sentido inverso, porque no se trata de "no saber", o "no conocer" sino de "si es posible evitar que un hecho ilícito se desconozca". Y en este caso, y por ello, la forma de actuar del Tribunal pasa, como cita la jurisprudencia, "por la consideración acerca de si el sujeto tenía o no razones para cuestionarse, primero, e indagar, después, la eventual consideración de su acción como contraria a Derecho, con independencia de la identificación de la precisa norma al respecto."

¿Existen parámetros generales acerca de lo que es vencible, o invencible, o de tipos penales donde se puede aplicar el error en cualquiera de sus dimensiones?

No, ya que habrá que apelar a las circunstancias de cada caso y de cada sujeto, sin que, por ello, sea suficiente acudir a estándares generalizadores. De lo que se trata, como es aceptado, es de valorar si el sujeto, en el específico contexto de su comportamiento, disponía de indicadores que le avisaban de la eventualidad del carácter delictivo de su conducta. Por ello, no es posible objetivar las conductas en cuanto a la exigencia del deber de examinar el propio deber según el Derecho, y en sentido contrario tampoco es aceptable realizar una máxima subjetivización que haga depender de la "percepción del autor" la injusticia de la conducta.

En cuanto a la conciencia de la antijuridicidad como factor relevante y elemento en la culpabilidad para la apreciación del error y el análisis del factor de la duda decir que estamos moviéndonos en el terreno de la culpabilidad y el conocimiento de la ilicitud del acto, pero no desde un plano técnico. El Tribunal Supremo, en Sentencia 1070/2007 de 14 Dic. 2007, Rec. 879/2007 recuerda que cuando el sujeto actúa creyendo que su comportamiento es adecuado a Derecho, el mismo no le es personalmente reprochable, aunque sea antijurídico.

Pero no basta la "creencia", insistimos, puesto que de ser así dejaríamos a cada sujeto que sea el que fije cuando delinque y cuando no. Se trata, como se indica, que concurra un «error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal», bien entendido que, como recuerda la Sentencia del TS 865/2005 de 24 de junio tal error difiere del: "... caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal, o, añade, nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal, ni es relevante la mera equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta. Y lo que interesa aquí destacar es el error de prohibición, que no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda, como ha señalado la sentencia de 14 de noviembre de 1997, núm. 1141/1997.

Si nos movemos en el terreno de la duda, esta es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua).



Por eso en la sentencia antes citada se hace constar que hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva. Este conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Por ello, la duda no permite aplicar la teoría del error, porque el autor del hecho llega a plantearse que lo que hace es ilícito, y pese a ello llega a hacerlo, lo que debe excluir la ignorancia de la antijuridicidad y, por ello, atrae la culpabilidad en el sujeto autor del hecho y convierte en ilícito su actuar, porque esencialmente lo es, aunque este dude de si lo es o no, pero se lo llega a representar como posible. La normalidad de su reacción ante la duda debería ser no actuar, en lugar de llegar a actuar, ya que si se plantea la opción alternativa de que su acción puede ser antijurídica se debe plantear que sea típica, y, por ello, que sea punible, por lo que se excluye aplicar en estos casos el error.

La sospecha de que el actuar es, o puede ser, antijurídico, o la duda excluyen el error.

En cuanto al error de prohibición desglosa la sentencia del Tribunal Supremo 586/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2395/2016 los tipos del error de prohibición en:

- 1.- Error directo de prohibición. (ausencia de castigo).
- 2.- Error indirecto de prohibición o error de permisión. (conurrencia de causa de justificación).

Así recoge que si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la doctrina penal entiende que:

- 1.- No debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible.
- 2.- Puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible ( art. 14.3 C.Penal).

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho ( SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre; 865/2005, de 24 de junio; 181/2007, de 7 de marzo; 753/2007, de 2 de octubre; y 353/2013, de 19 de abril).

A la hora de precisar la valoración del Tribunal sobre la existencia del error y las circunstancias de apreciación decir que no puede recurrirse a un estándar generalizado u objetivado en cuanto a los requisitos del autor para entender que se aplique el error en una de sus dos modalidades, sino que habrá que ir a cada caso y en este ir desgranando qué ha ocurrido, cómo, y qué circunstancias personales tiene el autor en correlación con el hecho y la forma en la que este se ha ejecutado. Apunta, así, el Tribunal Supremo en la STS 708/2016, de 19 de septiembre que es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido.

Y una vez visto si concurre el error y es preciso apreciar si este es vencible o invencible hay que prestar atención a:

- 1.- Las circunstancias objetivas del hecho y
- 2.- Las circunstancias subjetivas del autor.

En las circunstancias del autor influyen, además, o es preciso apreciar:

- 1.- Las condiciones psicológicas y de cultura del agente.
- 2.- Las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento.
- 3.- Posibilidades de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra.
- 4.- Valorar la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo ( STS 482/2007, 30 de mayo).

En el proceso valorativo del tribunal, visto los anteriores elementos y actuando sobre el caso concreto hay que tomar en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo.

Pero no hay que olvidar que ello debe ser visto en el contexto de que hay que partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante



la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento ( SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio).

En cuanto al grado del conocimiento del error señalar que dentro del error de prohibición ( STS 816/2014, de 24 de noviembre) respecto a la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no se requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza.

De lo contrario haríamos depender de la decisión del sujeto distinguir "lo que conoce" de lo que "no conoce", como si se tratara de una cuestión de conocimiento del derecho o desconocimiento del derecho desde un punto de vista puramente técnico, y este no es el caso en la apreciación del "error".

Así, el contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar.

Interesa destacar, también el aspecto relativo a la prueba del error, por lo que resulta fundamental este punto en relación a quien tiene la carga de probar ese error, que es quien lo alega y que puede deducirse del caso concreto, pero que debe ser alegado y expuestas las circunstancias que permiten su fijación por el Tribunal. Recuerda, así, el Tribunal Supremo en Sentencia 411/2006 de 18 Abr. 2006, Rec. 421/2005 que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible ( STS de 20.2.98, 22.3.2001, 27.2.2003).

Señala el Tribunal Supremo en Sentencia 123/2001 de 5 Feb. 2001, Rec. 1519/1999-P/1999 el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse.

Tampoco se da aquél si el agente está seguro de su proceder antijurídico o tiene conciencia de la alta probabilidad de lo injusto de su conducta. Pero en todo caso las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales.

En los casos en los que sea evidente la ilicitud del acto no podrá apreciarse el error.

Respecto del error de subsunción jurídica ya hemos expresado que no estamos ante un problema de perfección o imperfección del conocimiento del derecho, y ello lo destaca el Tribunal Supremo en sentencia 411/2006 de 18 Abr. 2006, Rec. 421/2005, donde destaca que "constituye doctrina reiterada de esta Sala (STS 10.10.2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP. cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante, aun cuando concorra error sobre la subsunción técnico- jurídica correcta.

Hay que destacar que debe excluirse el error cuando se atacan vías de hecho claramente desautorizadas por el ordenamiento jurídico.

Así lo aclara el Tribunal Supremo en Sentencia 411/2006 de 18 Abr. 2006, Rec. 421/2005 al puntualizar que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» ( STS. 11.3.96 3.4.98), añadiendo que, en el caso de error iuris o error de prohibición, impera el principio ignorantia iuris non excusat, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» ( STS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987). Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras ( SSTS. 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.





A todo ello, además, hay que incidir en la consolidada figura de la ilicitud del contacto sexual con menores de edad, y la constatación probada en la sentencia del conocimiento de que Hortensia era menor de 16 años, lo que ya ha quedado acreditado en la sentencia. Por ello, no puede hablarse de que en el recurrente existe un absoluto desconocimiento de que la acción está prohibida por el ordenamiento jurídico, ante la obviedad de conocimiento público de esta ilicitud de la conducta por la que aquí se ha condenado.

En una cuestión tan evidente y obvia como se trata de relaciones sexuales con menores de 16 años hoy en día, no puede sostenerse, salvo que se acredite de manera cierta y probada un apartamiento absoluto de la realidad social y circunstancias personales constatadas pericialmente, lo que no es el caso, que determinen un alejamiento absoluto de un acusado respecto a las consideraciones y consecuencias de cualquier acto realizado en la vida real, que se desconozca la ilicitud de los actos sexuales con menores de 16 años. Así, un aspecto es la cuestión relativa a la aplicación del artículo 183 quater CP, y otra la relativa al error de prohibición sobre la ilicitud del acto, lo cual debe descartarse de forma categórica al entender que su admisión supondría una especie de *no querer conocer* la obviedad de ilicitud de los actos sometidos a enjuiciamiento, algo que es evidente y notorio en la realidad actual.

Sobre la existencia del error de prohibición sobre la ilicitud del acto sexual con menores de edad se ha pronunciado esta Sala en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 782/2016 de 19 Oct. 2016, Rec. 10413/2016, que recuerda que:

"Es evidente que la efectividad del mensaje imperativo de la norma penal exige dar por supuesta una presunción de racionalidad y no arbitrariedad, así como conectar su origen con la legitimidad del poder normativo de quien emana. Pero también exige admitir la existencia de un marco de excepcionalidad en el que tienen cabida supuestos en los que ese mensaje puede llegar distorsionado a un concreto destinatario o, incluso, neutralizado, siempre en atención a sus circunstancias personales y al contexto sociocultural en el que se desarrolla la acción antijurídica. La regulación de esos casos y la definición de sus efectos en el plano de la culpabilidad refuerzan la vigencia del mandato imperativo de la norma y le añaden dosis de legitimación, como consecuencia de la racionalidad y la humanidad del sistema jurídico.

Reconocer virtualidad jurídica a la ignorancia de la norma penal -más allá del debate histórico sobre el principio de la ignorancia iuris non excusat- no afecta a la validez de la norma, ni debilita los contornos de antijuridicidad material definidos por el legislador. Nuestro sistema no puede aferrarse ciegamente a la objetiva imposición de la pena sin detenerse en la exigencia individualizada de culpabilidad en el infractor. De lo que se trata, al fin y al cabo, es de fijar con precisión los presupuestos de la vencibilidad del error. Y no es ésta, desde luego, una tarea fácil. Resulta imprescindible definir hasta dónde alcanza el deber de información que algunos consideran inseparable a todo destinatario de la norma penal. Y es clásica la tesis que sostiene que el baremo para la determinación de la evitabilidad del error no es muy distinto del utilizado para concluir la existencia de un delito imprudente. Se ha apuntado también que para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso representarse previamente la posible antijuridicidad del hecho que se va a ejecutar. Basta un saber implícito, actualizable sin dificultad para que pueda proclamarse un verdadero conocimiento de la significación antijurídica del hecho imputado. Desde otra perspectiva, la doctrina alude al conocimiento potencial de esa antijuridicidad que, de poder ser afirmado, nos situaría en el terreno de la vencibilidad, al ser reprochable su ausencia al propio autor.

Sea como fuere, lo que es evidente es que sólo podrá exigirse un comportamiento ajustado a la norma a aquel que se encuentre en una posición de igualdad respecto de lo que el órgano judicial considere el destinatario ideal de la norma. Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala -no sin críticas doctrinales que cuestionan el presupuesto de una moral compartida por todos los integrantes de la sociedad- ha llegado a proclamar la existencia de una presunción iuris tantum respecto de lo que denomina infracciones de carácter material o natural. También lo es que la ejecución de actos sexuales con menores que carecen de capacidad de autodeterminación sexual, podría situarse, sin grandes esfuerzos argumentales, en esa categoría. El daño a la indemnidad sexual de un niño, cometido por quien convierte a éste en destinatario forzado o inconsciente de sus desahogos sexuales, no es, desde luego, cuestión menor.

... La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en numerosos precedentes sobre esta materia. Hemos dicho que constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido -error directo de prohibición-, bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación -error indirecto de prohibición-, la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (cfr. SSTS 379/2012, 21 de mayo; 1238/2009, 11 de diciembre; 753/2007, 2 de octubre y 181/2007, 7 de marzo).



Hemos dicho también que la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo ( STS 482/2007, 30 de mayo). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento ( SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio)."

En el presente caso consta el conocimiento de la edad de la menor por parte del recurrente. Consta en el hecho probado 3º que: "Que estando solamente en el salón la menor Hortensia y los tres acusados, los cuales eran conocedores de su minoría de edad y en concreto que tenía quince años, alguno de ellos apagó todas las luces de la estancia, se desnudaron, ante lo cual Hortensia fue al baño, regresando con posterioridad y sentándose en una esquina del sofá."

No existe acreditación suficiente de una desconexión ni relevante ni parcial de la realidad social por parte de los condenados por estos hechos que lleve a pensar que por un contexto de nacionalidad, cultural o desviaciones en la percepción pueda llegar a considerarse un posible error en la prohibición legal de la conducta del acceso sexual con menores de 16 años. Los autores sabían que se trataba de menor de edad, y conocían la ilegalidad de la conducta, pese a lo cual la asumen y ejecutan.

Es obvia la existencia de una presunción iuris tantum muy arraigada: el conocimiento de la ilicitud de las «infracciones penales naturales», lo que se traduce en la constatación de que todos sabemos que la relación sexual con menores incapaces de autodeterminarse sexualmente está prohibida.

También como señala esta Sala del Tribunal Supremo en sus sentencias de fechas 14 de diciembre de 2007 y 24 de junio de 2005 destacamos los supuestos de inaplicación del error de prohibición:

1. No se aplica en el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de cómo en realidad la sanciona la Ley Penal.
2. Nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal.
3. No es relevante la mera equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta.
4. El error de prohibición no puede confundirse con el caso en que exista en el sujeto una situación de duda. Como ha señalado la sentencia del TS de 14 de noviembre de 1997, la duda es incompatible con el concepto de creencia errónea. La creencia para que sea propiamente tal ha de ser firme, es decir, sin duda al respecto (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua). Hay que considerar que existe suficiente conciencia de la antijuridicidad cuando el autor duda y pese a tal duda se decide a actuar mediante la conducta delictiva.
5. El conocimiento eventual del injusto es un concepto paralelo al del dolo eventual: en estos casos hay culpabilidad del mismo modo que en los casos de dolo eventual hay dolo.

Sobre el error de prohibición establece la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006 que «La construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable, pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto.

Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha vivido durante años, sabiendo que se encontraba en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma».

En definitiva, que cada vez es más complicado admitir la alegación del art. 14 CP en torno a la absoluta creencia de la actuación con arreglo a derecho cuando, en realidad, la actuación desplegada es antijurídica, lo que en el mundo actual caracterizado por la máxima información se nos presenta ciertamente complicado.



El error de prohibición desde la teoría de la culpabilidad. La pregunta es ¿podía el sujeto autor conocer la prohibición?

Como se dice en la STS núm. 163/2005, de 10 de febrero: «el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo.

Teoría del dolo y el error de prohibición: es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico.

Teoría de la culpabilidad sobre el error de prohibición: lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo.

Con independencia de que el art. 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que:

«No basta con alegar la existencia del error, sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho ( STS 755/2003), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia.»

Como incidimos, no puede admitirse la ignorancia del conocimiento de la ilicitud de estas conductas con menores, y no puede admitirse que las condiciones socioculturales de los implicados en el caso concreto le llevaran a esta ignorancia de la antijuridicidad.

No puede ampararse el recurrente en la teoría del error de prohibición en este tipo de casos, ya que aquello supondría la admisibilidad de una especie de teoría del *desconocimiento legal interesado* que debe recetar rechazarse ante evidencias de ilicitud en supuestos como el que aquí nos ocupa.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Motivo del artículo 849.1 LECRIM. Infracción de precepto sustantivo materializado en la indebida aplicación del artículo 183 quater CP.

Solicita el recurrente aplicar el artículo 183 quater CP no como una atenuante cualificada, sino como una eximente. Apunta que el TSJ aplica indebidamente el artículo 183 quater CP, porque en vez de hacerlo en su vertiente de eximente, lo hace en forma de atenuante.

No hay que olvidar que se plantea el motivo por la vía de la infracción de ley, y ello exige el más absoluto respecto de los hechos probados, que señalan que:

*"SEXTO.- En la fecha en la que ocurrieron los hechos Severiano , Jose Manuel y Gerardo tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gerardo próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de Jose Manuel . En cuanto a Severiano , padeció un DIRECCION003 en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica."*

Señala el TSJ en su sentencia en el FD nº 12 que:

"Se hace preciso indagar si existe una simetría de edad/grado de madurez y desarrollo entre la menor y los adultos o, por el contrario, si las diferencias entre los autores y la víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso", añadiendo en el FD nº 13º que:

"En relación con Severiano y Jose Manuel , de 24 y 22 años respectivamente en el momento de acaecer los hechos, y a los que el informe forense presenta con unos rasgos intelectuales y emocionales dentro de la normalidad y con una madurez psicológica superior a la de Hortensia , ha de concluirse que no cabe la apreciación del precepto con carácter de eximente de la responsabilidad ante la falta de simetría entre sus respectivos grados de desarrollo y madurez.

Ello no obstante, en la medida que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado (la proximidad en el grado de desarrollo y maduración), cabe considerar su aplicación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 (Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez).

En el presente caso, las edades de Severiano y Jose Manuel -24 y 22 años en el momento de los hechos- podrían considerarse como "relativamente próximas", en palabras de la STS nº 946/2016, de 15 de diciembre



citada en la Circular 1/2017, teniendo en cuenta que los 15 años de la menor entrarían dentro de la franja de la pubertad en la que la protección que ofrece el precepto es susceptible de ser modulada atendiendo a las edades cronológicas y grados de desarrollo y madurez respectivos.

El informe psicológico médico-forense, relativo a la menor al que la sentencia ofrece mayor credibilidad, recoge que la menor había tenido anteriormente una relación afectiva con una primera relación sexual. A su vez en el informe sobre madurez se subraya que su estilo de acercamiento al sexo opuesto es poco adaptativo y sexualizado, caracterizándose por la superficialidad en las relaciones, el distanciamiento emocional y la proyección social, todo ello le sitúa en una posición de vulnerabilidad al exhibir una "carta de presentación" de sí misma ficticia, mostrando una mayor madurez sexual de la que le corresponde por su momento evolutivo y experiencia real.

Este mismo informe se muestra particularmente cauto a la hora de evaluar el grado de madurez de Jose Manuel y Severiano, pues, si bien los considera dentro de la normalidad en todas sus capacidades, cognitivas, sociales y personales, advierte que no existe ninguna técnica específica por parte de la psicología forense para llevar a cabo una evaluación de la madurez en la toma de decisiones.

Los informes de la psicóloga y del neuro-psicólogo aportados por la defensa de Severiano subrayan a su vez la falta de madurez, que ponen en relación con el DIRECCION003 padecido en su niñez.

Por su parte, examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos.

Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en Jose Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quater del Código Penal."

Es decir, que en modo alguno se considera por el TSJ una relevancia que conlleve una proximidad en el grado de desarrollo o madurez física y psicológica que le haga merecedor al recurrente de una exención de responsabilidad como se aplicó en uno de los acusados de 19 años de edad, pero no en los otros dos en donde la simetría de edad y grado de desarrollo de madurez física y psicológica no concurre en la medida tan relevante que por la acumulación de aproximación de conceptos que exige el art. 183 quater CP lleve a una exención que reclama el recurrente. Por ello, pese a que las acusaciones inciden en la condena de éste último es inviable, ya que desaparecida la intimidación en los hechos la concurrencia de los elementos acumulativos en Gerardo con Hortensia es evidente, tal cual determina la absolución por el TSJ de este último.

Cuestiona, además, en su defecto, que se le imponga la pena de 4 años de prisión y postula la de dos años y seis meses.

Pues bien, con respecto a la aplicación del art. 183 quater decir que la doctrina señala sobre este precepto que el artículo 183 quater, incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, la de 2012.

Se incorporó en la segunda y definitiva versión, la de 2013, de donde pasó literalmente al Proyecto y, por último, a la nueva Ley Orgánica. Se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 quater atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez.

Y se justificó la adición señalando que, en este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir "la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores". En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza. Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola.





Como doctrina jurisprudencial aplicable podemos recordar:

1.- ATS nº 67/2016, de 21 de enero: Caso de abusos sexuales en el que, en el momento de cometerse los hechos, el adulto tenía 46 años y la menor 11 años. "Resulta evidente que en el caso de autos no será de aplicación la regla prevista: "Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos "persona próxima por edad y madurez" no puede extenderse a supuestos como el presente [...]. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo.

2.- La STS nº 782/2016, de 19 de octubre contempla un caso de relaciones consentidas entre personas de 29 años y 14, respectivamente. Esta Sala considera dicha diferencia "abultada". Ahora bien, en el caso concreto, el nacimiento de la relación es anterior a la reforma de la LO 1/2015 y se inicia en una fecha en que se situaba dentro del margen permitido por la legislación penal (mayor de 13). "Se produce así la paradoja de que una relación sentimental -la sentencia habla del "amor" que Soledad sentía por el acusado y de su deseo de mantener una "relación de noviazgo"-, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el Boletín Oficial del Estado. De este modo, una decisión de política criminal -cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad".

3.- La STS nº 1001/2016, de 18 de enero examina otro asunto en el que la relación consentida se establece con una diferencia de "más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor". "El nuevo art. 183 quater "no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre", pero, "sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios". La resolución expresa que "se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

Así, como recuerda la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, en los dos últimos casos "la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio" y que "a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada".

Destaca la antes citada Circular sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal que: "El núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

La regla del art. 183 quater CP, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas. En definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del art. 183 quater. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurren elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo."

Como conclusiones de interpretación sobre el art. 183 quater destaca la citada Circular que:

1º El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 quater CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2º El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3º El art. 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4º Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5º La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatarse caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

6º En lo que atañe a la LORPM, siguen manteniendo su vigencia, mutatis mutandis, los pronunciamientos de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre. Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal.

7º En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 quater, procederá el sobreseimiento del art. 637 nº 2 LECrim.

8º Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.

Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea *muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez*.

9º La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

En relación con el delito del art. 183 ter apartado primero (grooming) podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 ter (sexting), por ser incompatible el "consentimiento libre" que se exige en el art. 183 quater con el "embaucamiento" propio de este tipo."

El texto penal no puede prohibir la relación sexual entre jóvenes, pero sí el "aprovechamiento" del mayor respecto del menor de edad en aquella. La clave está cuándo se interpreta el concepto de "mayor" en su "lejanía" de edad respecto del menor con el que ha tenido relaciones sexuales para introducir el reproche penal por la "desconexión cronológica y de madurez" entre mayor y menor.

Pues bien, el objetivo en la aplicación del art. 183 quater CP es la de que el texto penal no puede prohibir el sexo entre jóvenes. No puede el legislador introducirse en la cotidianidad de las relaciones humanas y criminalizar en pleno siglo XXI cuestiones que pertenecen a la esfera propia de las decisiones privadas de menores. En donde sí interviene el derecho penal, y debe hacerlo, es cuando la relación sexual se produce entre mayor y menor de edad, y aquí es donde se introducen los matices respecto a la edad del "mayor de edad" y la del menor, y la posibilidad de esa aproximación en edades o madurez física y psicológica que haga desaparecer esa especie de "aprovechamiento" que sanciona el texto penal cuando la relación sexual lo es entre mayor y



menor. Todo ello, para proteger al menor de que su inferioridad en su edad sea aprovechada por el mayor. Sin embargo, esta presunción del "aprovechamiento" puede decaer cuando ambos se encuentran en un mismo plano, que es lo que da a la aplicación del art. 183 quater CP para operar como eximente. Pero nótese que debe exigirse ese "mismo plano" para que opere la exención de responsabilidad que sí se dio en el caso de Gerardo, que contaba 19 años de edad frente a los 15 de Hortensia.

Este tipo de normas, en el Derecho Comparado, se conoce como "cláusulas Romeo Y Julieta". En la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido aún los 14 años. Y, así, lo que pretenden estas disposiciones es evitar que la ley, al establecer límites de edad, conlleve interpretaciones estrictas, que impidan contactos de naturaleza sexual consentidas entre personas jóvenes, semejantes en edad y madurez. Es decir, con conceptos acumulativos. Pero ello no se aplica cuando esa "semejanza" no concurre y en estos casos no puede aplicarse la exención, que es lo que en este motivo propugna el recurrente, aunque sí la atenuación analógica muy cualificada que ha admitido el TSJ en su sentencia de apelación.

Respecto de Gerardo se ha reflejado en la sentencia del TSJ que: "En el caso de Gerardo, la cuestión ha sido resuelta en la sentencia apelada, en relación con un delito de la misma naturaleza cometido con la misma persona, apreciando la exención de responsabilidad, en su FJ 4º: "Por ello se considera que la versión de la denunciante relativa a que fue penetrada en contra de su voluntad por Gerardo, no resulta debidamente corroborada, y en consecuencia procederá la aplicación del artículo 183 quater del Código Penal, que constituye una causa de exención de la responsabilidad criminal en los supuestos de proximidad al menor por edad y grado de madurez. Por el equipo psicossocial, se expuso que la madurez de Gerardo y Hortensia era similar, y la diferencia de edad, 15 y 19 años no es importante", estimación que, al no haber sido impugnada, hacemos extensiva al delito de abuso sexual integrado por los hechos ocurridos en el salón y que motivaron su condena en la instancia por un delito de agresión sexual."

Se refiere, además, en el relato de hechos probados que "no consta plenamente acreditado que Hortensia mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación. Que conforme al informe psicológico la madurez de Gerardo era similar a la de Hortensia."

Pero, sin embargo, tal extensión en el caso del recurrente de 24 años de edad, frente a los 15 de Hortensia no puede conllevar a admitir la existencia de la exención de responsabilidad que se postula, ya que aunque se aprecia una cierta disminución de madurez en el recurrente al constar en los hechos probados que "padeció un DIRECCION003 en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica", ello no puede conllevar la postulada aplicación del art. 183 quater CP.

Interesante resulta a estos efectos la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 828/2021 de 29 Oct. 2021, Rec. 4991/2019, que, sistematizando sus apreciaciones, señala que:

"1.- Las circunstancias que han de concurrir para que el consentimiento libre del menor de dieciséis años sea eficaz para excluir la responsabilidad penal del autor, es que éste sea persona próxima a él por edad y grado de desarrollo o madurez, parámetros abiertos, que dejan un amplio margen de apreciación para el que, atender a las circunstancias de cada caso, es determinante.

2.- La Circular de la Fiscalía 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: "Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima".

3.- Y en la STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017, se puede leer lo siguiente: "[...], aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios".

4.- Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso".

Pues bien, cierto y verdad que nos encontramos con un precepto que permite la exención cuando se den circunstancias concretas, y, -no lo olvidemos- concurrente en torno a próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.



Así, señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 949/2021 de 2 Dic. 2021, Rec. 10292/2021 que:

"El art. 183 quater obliga a los Jueces y Tribunales a un ejercicio valorativo del grado de desarrollo y madurez del menor que no siempre resulta bien entendido. Es comprensible que la sensibilidad social por la protección de la indemnidad sexual de la infancia genere reacciones frente a decisiones jurisdiccionales que, sin ser leídas en su integridad, son presentadas como alentadoras de la impunidad de cualquier contacto sexual de un adolescente que ya ha cumplido 13 años con un mayor de edad. Sin embargo, esta Sala ha desarrollado un marco de doctrina jurisprudencial encaminado a buscar ese delicado punto de equilibrio entre la protección integral del menor de edad frente a cualquier abuso y el reconocimiento de su capacidad de determinación en la esfera sexual, siempre que su grado de desarrollo y madurez y, sobre todo, las circunstancias personales del autor permitan concluir que el contacto sexual estuvo despojado de cualquier significación delictiva.

...la STS 699/2020, 16 de diciembre, recordaba que "...la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez".

La eficacia del consentimiento del menor de edad que acepta la práctica de actos de significación sexual, fue subrayada por la STS 294/2021, 8 de abril: "...partiéndose de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recobra la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal".

En cualquier caso, dado que el recurrente contaba con 24 años al momento de los hechos y la víctima con 15 no es posible la extensión que se propugna de la vía del art. 183 quater CP a la vía de la exención plena de responsabilidad, pese al dictado de los hechos probados en cuanto se desprende de la prueba pericial practicada, ya que no se llega a una disminución tal que permita deducir una aproximación entre recurrente y víctima en edad real y en grado de desarrollo de madurez física y psicológica que haga merecedor al recurrente de una exención como la que propugna ex art. 183 quater CP.

Con respecto a la rebaja de la pena que propugna en su defecto de los cuatro años de prisión a los dos años y seis meses, decir que el TSJ señala en su FD nº 14º que: "...Estimando proporcionada la pena de cuatro años de prisión para Severiano, por su mayor edad y por haber ejercido una suerte de liderazgo sobre los demás manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor...".

Además, se apunta por el recurrente una desproporción de la pena de cuatro años de privación de libertad. Pero ello no puede admitirse, aunque más tarde se tratará sobre la pena a imponer. Sobre todo, en torno a la exigencia de valorar "la gravedad del hecho", y en cuya gravedad habrá que analizar, en efecto, la proximidad en la edad, aunque no absoluta, y la pericial en torno al grado de madurez física y psicológica, pero sin introducir en ello juicios de moralidad o inmoralidad, corrección o incorrección física de las conductas llevadas a cabo desde el punto de vista personal por ser cuestiones ajenas al derecho penal, ya que el prisma desde el que se pueden enfocar este tipo de hechos puede ser distinto, según se perciban desde un adulto o desde una persona joven, y ello queda al margen de valoración del derecho penal. No se trata, pues, de analizar la moralidad de las conductas, sino su ilicitud.

Respecto de la pena a imponer el TSJ dispone que (FD nº 14):

*"En orden a determinar la pena privativa de libertad a imponer se estima procedente aplicar, al amparo del artículo 66.2 del Código Penal, atendiendo a la entidad de la atenuante apreciada, la pena inferior en dos grados a la prevista para el delito en el artículo 183 1º 3º y 4ºb), fijada en prisión de 10 a 12 años; lo que conduce a una pena de 2 años y medio a 5 años de prisión, estimando proporcionada la pena de cuatro años de prisión para Severiano, por su mayor edad y por haber ejercido una suerte de liderazgo sobre los demás manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor, y tres años de prisión para Jose Manuel, junto con las accesorias previstas en los artículos 56, 57.1 y 192 en sus apartados 1º y, I, y 3º."*

Al tratar el recurso del Fiscal fijaremos la penalidad a imponer y reproche penal ante estos hechos. Hay que tener en cuenta que se trata de la realización de actos de contenido sexual con una menor de 15 años de edad, y por dos condenados de 24 y 22 años con la concurrencia de las circunstancias personales de los mismos en su adaptación y grado de madurez físico y psicológico con la menor en la realización de actos sexuales. Existe diferencia en la edad de Severiano y Jose Manuel con la menor. Por ello, la penalidad a imponer será matizada ante el recurso de las acusaciones.



El motivo se desestima.

RECURSO DE Aurelio , EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA MENOR Hortensia

**SEXTO.-** 1.- Por infracción de ley al amparo del num. 2º del artículo 849 de la ley de enjuiciamiento criminal: por error de hecho en la apreciación de la prueba.

La parte recurrente propugna la reincorporación al relato de los hechos probados de los extremos suprimidos y sustituidos por el TSJ y que han dado lugar a la supresión de la intimidación ambiental.

Ya hemos hecho referencia a los condicionantes y requisitos para la vía del art. 849.2 LECRIM en cuanto al concepto de documentos a los que se puede dar virtualidad para utilizar la vía del error en la valoración de la prueba, pero nótese que se apela a la formulación de los informes periciales practicados en el juicio que dieron lugar a que el tribunal de instancia concluyera que existía intimidación ambiental, pero no el TSJ que lo suprime.

Lo basa la parte recurrente en:

"a.- Acontecimiento nº 16. Informe pericial Médico Forense de Dña. Palmira . Fecha 12 de diciembre de 2017. "Se quitaron la ropa los tres, ella estaba con el móvil, levantó la mirada y se quedó en "shock". Habían apagado la luz pero ella los veía por el reflejo de su móvil. Llevaba una camiseta con cremallera por detrás y vaqueros. Entre dos la quitaron toda la ropa. Estaba tensa. Tenía miedo. La quitaron todo menos las bragas. Ella estaba sentada en el reposabrazos del sofá y la consiguieron poner entre los dos. Con los brazos se tapaba el pecho y la tripa, quedando como encogida. Luego fue al baño y al volver se sentó entre los dos en la misma postura: encogida, tapándose. La consiguieron separar los brazos para que masturbase a esos dos. No mediaban palabra, pero la cogían de los brazos directamente. Luego la cogieron por la nuca para que les hiciera una felación esta vez a los tres."

b.- Acontecimiento nº 203. Vídeo de la exploración por el Equipo Psicosocial de las menores Rosana y Sagrario . "En la prueba preconstituida de exploración de las dos menores, prueba documental anterior y ajena al proceso, lo manifestado por las hermanas es particularmente relevante como elemento de corroboración que avala la credibilidad objetiva o verosimilitud de la declaración de Hortensia , pues gozan de autonomía probatoria como testimonios de referencia de lo que su hermana les relató al día siguiente de ocurridos los hechos enjuiciados.

Las menores fueron coincidentes en la versión que les contó su hermana sobre los hechos enjuiciados, así consta en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia de instancia, "Así en primer lugar se lo contó a sus hermanas Rosana y Sagrario , las cuales prestaron declaración en la fase de instrucción ante el equipo psico-social, que se reprodujo en el Plenario, quienes a pesar de su corta edad, entre 12 y 13 años, fueron coincidentes en la versión que les contó su hermana, incluso refirieron que la vieron moratones en los brazos y en la zona de la espalda, no constando suficientemente acreditado la forma en que se pudieron producir, si por la actuación de los acusados, o la propia denunciante al tratar de protegerse con sus brazos".

c.- Exploración por el Equipo Psicosocial de la menor Rosana .

d.- Exploración por el Equipo Psicosocial de la menor Sagrario .

e.- Acontecimiento nº 762. Informe Pericial Psicológico y Médico Forense de Dª María Luisa y Dª María Consuelo , Psicólogas Forenses, y Dª Adelina , Médico Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Burgos. Fecha 30 de mayo de 2018.

En el relato de hechos del Informe Pericial Psicológico y Médico Forense, en la primera entrevista de la Exploración psicológica, consta lo siguiente:

"En relación a los hechos, se observa que no se siente cómoda, centrando nuestra exploración en los aspectos cognitivos y emocionales relacionados con los mismos. La menor indica haber sentido miedo y bloqueo, no habiendo sabido cómo reaccionar a lo que estaba ocurriendo. Recuerda haber pensado que se tenía que haber ido, y haber "tenido la corazonada de que no pintaba bien" (...). Refiere que temía que al tratarse de tres varones con mayor envergadura física que la suya pudiera correr algún riesgo, "me cruzaba de brazos" (gestualizándolo) (...), aunque no se lo dijo explícitamente, "porque eran mayores y fuertes y tenía miedo a que me golpearan". (...) "Me ponía así para intentar que no me quitasen la ropa. Estaba mal, agobiada" (...). Manifiesta que los hechos se llevaron a cabo en silencio, no produciéndose comunicación con ellos. Con posterioridad, llama a su madre para decirla que va para casa. Una vez ahí, refiere que se mete a la ducha "porque estaba sangrando y me puse a llorar.

Manifiesta que inicialmente se lo cuenta a sus hermanas por primera vez porque no sabía a quién contárselo y es una de sus hermanas que le indica que se trata de una violación y que había que denunciarlo. Refiere que no se lo cuenta a sus padres "no quería denunciar, porque no quería consecuencias para nadie porque no me

gusta hacer daño a nadie", finalmente, lo hace y estos a su vez se lo cuentan a sus tíos, los cuales se ponen en contacto con la fundación ANAR."

En el relato de hechos del citado Informe Pericial Psicológico y Médico Forense consta que: "La menor se CRUZABA DE BRAZOS (GESTUALIZANDO), AUNQUE NO SE LO DIJO EXPLICITAMENTE, "PORQUE ERAN MAYORES Y FUERTES Y TENIA MIEDO A QUE ME GOLPEASEN"."

Por ello, señala la recurrente que "la sentencia recurrida mutila la declaración de hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, sin expresar razones que lo justifiquen, llegando a conclusiones divergentes, habiendo alterado relevantemente su sentido originario, y cambiando el sentido del fallo."

Postula, por ello, la apreciación de la intimidación ambiental y el regreso a la condena de la Audiencia Provincial.

Pues bien, hay que señalar que cuando se utiliza la vía del art. 849.2 LECRIM es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos sea la única prueba sobre ese extremo, lo que no es el caso.

Como hemos señalado recientemente en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 180/2021 de 2 Mar. 2021, Rec. 10242/2020:

"Dichos informes no son en realidad documentos sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación ( SSTS. 5.6.2000, 5.11.2003).

Por ello la Sala Segunda solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable ( SSTS. 182/2000 de 8.2, 1224/2000 de 8.7, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3, 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo ( STS. 2144/2002 de 19.12).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia a pesar de la frecuencia con que se plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación. Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan ( artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación.



En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, ( SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

En la misma dirección la STS 19/2020, de 28-1, precisa que: "Hay que advertir que los informes periciales no resultan vinculantes para el órgano de enjuiciamiento. Los informes periciales, como decimos, no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen."

Pero hay que precisar que lo que la parte recurrente pretende es que sobre la base de los informes periciales se produzca una alteración del contenido de los hechos probados en la alteración que determina del TSJ y en el contexto propio de la valoración de la prueba introduciendo el factor que reclama de la intimidación ambiental por la vía del contenido de los informes periciales en lo atinente a lo que resulta de la versión que la recurrente propone de la declaración de la víctima en la versión facilitada a su entorno familiar más cercano.

Sin embargo, no hay que olvidar que no puede darse en la utilización de esta vía casacional del error en la valoración de la prueba en lo que se refiere a documentos, un valor al alza de los informes periciales, de tal manera que se otorgue un valor preeminente a las pericias que suponen la recepción del contenido de la versión de la declaración de la víctima, y alterando la construcción de los hechos probados modificados por parte del TSJ y el juicio de racionalidad en la valoración probatoria que ha llevado a cabo este órgano de apelación ante el recurso de apelación interpuesto y que ha determinado la supresión de la existencia de la intimidación ambiental.

Quiere esto decir que resulta inviable modificar el relato de hechos probados y regresar al construido por la Audiencia Provincial de Burgos en base a periciales, tomando por base un signo de veracidad absoluta de lo que informan los peritos con respecto a la credibilidad de la declaración de la víctima. Pues bien, en sede casacional esta construcción resulta inviable, ya que no puede formularse en esta sede del recurso de casación la postulación de que los informes periciales tratados como documental en la vía del artículo 849.2 permitan una alteración del hecho probado, y en base a un pretendido error en la valoración de la prueba que determine la preeminencia de los informes periciales psicológicos como si de pruebas tasadas se tratara a la hora de tener en cuenta la absoluta credibilidad en la declaración de la víctima en lo que resulta del contenido de las periciales psicológicas, o de deducción de lo que ha podido ocurrir en la relación que existió entre la menor y los acusados.

Es por ello, por lo que hemos señalado reiteradamente que no se puede otorgar un valor de prueba tasada a los informes periciales que se refieren al alcance del contenido de la valoración de la credibilidad del testimonio, al punto de pretenderse que se construya sobre ellos en sede de casación un alegato de error en la valoración probatoria cuando el tribunal de apelación ya ha expuesto el juicio de racionalidad en la valoración probatoria, y ha concluido de forma razonada sobre la ponderación de la declaración de la víctima y sus distintas vertientes, tanto en lo que se refiere a su entorno familiar, y en lo que se refiere a su entorno social. Ella expuso a este último, y primero, que se trató de relaciones consentidas y alardeó de ello, según consta. Para después negarlo a su entorno familiar y más directo y ampararse en la concurrencia de la intimidación.

Por ello, la desestimación del motivo se centra en una cuestión puramente de técnica procesal, en tanto en cuanto la vía del error en la valoración probatoria, en cuanto se relaciona con documental, y, a su vez, con informes periciales psicológicos, no tiene virtualidad para otorgar un mayor valor a la deducción valorativa que expuso la Audiencia Provincial con respecto a los informes y la conclusión a la que llega en este caso el TSJ, excluyendo la idea de la intimidación ambiental, de tal manera que en sede de casación no es posible proceder a una nueva valoración de los informes periciales psicológicos en cuanto a la veracidad de la declaración de la víctima en los extremos que se refieren por el recurrente respecto a que concurría la intimidación ambiental cuando ya existe el juicio de racionalidad de valoración probatoria realizado por el TSJ en sentido que se fija en



la sentencia. Tampoco cabe anular la sentencia para que se vuelvan a redactar los hechos probados cuando el juicio de racionalidad de la valoración probatoria llevado a efecto por el TSJ es correcto, suficiente y racional.

Señala, así, el TSJ que: "La realidad es que la prueba pericial psicológica, practicada a la menor por dos psicólogas forenses y una médico forense, destaca la preocupación por su imagen, lo que, junto con su edad (acababa de cumplir 15 años el 28 de agosto), no invita a darle credibilidad desde un punto de vista subjetivo, como tampoco, desde este mismo punto de vista puede descartarse el móvil espurio, pues, pese a sus buenas relaciones iniciales con los condenados, a partir del momento en que los hechos llegan al conocimiento de las personas cercanas a la menor y su familia, toma conciencia del escándalo, llegando a pensar que ha podido quedarse embarazada, según relatan sus amigas y compañeros de colegio, pudiendo ser el miedo a la reacción de sus padres lo que le lleva a modificar la mantenida primeramente ante sus amistades, como se pone de manifiesto en la conversación inicial con sus hermanas pequeñas, que han respondido a las preguntas de las partes que les fueron trasladadas por las dos psicólogas forenses de manera espontánea con una sinceridad fuera de toda duda.

Únicamente así podría explicarse la contradicción entre esta versión inicial con la que va elaborando al recapacitar en cómo iba a ser valorada su actuación en su entorno familiar, pasando a ofrecer otra en la que, sin negar los hechos, cambia radicalmente la forma en que ocurrieron, versión que se retroalimenta con la preocupación que despierta en sus padres y el resto de su familia y que desemboca en la que va a mantener a partir de la denuncia presentada por su padre, pasadas dos semanas, previa consulta con un abogado."

Resulta evidente que en el análisis de la valoración de la pericial psicológica es preciso proceder en sus justos términos en cuanto a la veracidad de la declaración del testimonio efectuada por peritos y analizar el contexto de la prueba en su conjunto como se ha llevado a efecto en este caso por el TSJ en su sentencia, comprobando lo que la víctima declaró de forma contradictoria según exponía lo que ocurrió en el inmueble, ya fuera en su entorno social, o su entorno familiar, que es lo que lleva a dudar al TSJ de la realidad de la concurrencia de la intimidación que fue recogida por la Audiencia Provincial y rechazada por el TSJ en su sentencia ahora recurrida.

Sobre la prueba pericial psicológica hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 474/2022 de 18 May. 2022, Rec. 10775/2021 que:

"Decíamos en reciente Sentencia 414/2022, de 28 de abril de 2022 "que el dictamen pericial sobre la credibilidad del testimonio de la víctima no debe convertir al experto en un *amicus-curiae* que ayuda al órgano jurisdiccional en la esfera en la que no necesita ayuda. Es innegable el insustituible papel de la psicología para ofrecer herramientas útiles que desgranen la credibilidad de un menor que, por razón de su edad, tiene dificultades para expresarse con precisión y que puede confundir el plano fabulativo con la realidad. Distinto es el caso de una joven de 16 años que rememora un episodio como el que ha constituido el objeto del presente juicio. En supuestos de esta naturaleza, hacer depender, siempre y en todo caso, la conclusión jurisdiccional sobre la credibilidad de la menor de lo que diga el psicólogo que comparece como perito supone invadir el espacio valorativo que con carácter exclusivo incumbe a Jueces y Tribunales".

También hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 293/2020 de 10 Jun. 2020, Rec. 3322/2018 que:

"El fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos ( art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional. Pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria. Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar a desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado. Hacer del dictamen de los peritos psicólogos un presupuesto valorativo sine qua non, llamado a reforzar la congruencia del juicio de autoría, supone atribuirles una insólita capacidad para valorar anticipadamente la credibilidad de una fuente de prueba. Téngase en cuenta, además, que ese informe sobre la credibilidad de la víctima, para cuya confección el Juez instructor suministra a los técnicos copia de las distintas declaraciones prestadas en la fase de instrucción, se elabora con anterioridad al juicio oral. Se favorece así la idea de que, antes del plenario, algunos testigos cuentan con una anticipada certificación de veracidad, idea absolutamente contraria a nuestro sistema procesal y a las reglas que definen la valoración racional de la prueba. En suma, la existencia de un informe pericial que se pronuncie sobre la veracidad del testimonio de la víctima, en modo alguno puede desplazar el deber jurisdiccional de examinar y valorar razonablemente los elementos de prueba





indispensables para proclamar la concurrencia del tipo y para afirmar o negar la autoría del imputado (cfr. SSTS 648/2010, 25 de junio y 485/2007, 28 de mayo)."

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 290/2020 de 10 Jun. 2020, Rec. 3489/2018:

"En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 742/2017 de 16 Nov. 2017, Rec. 10259/2017 se concluye que estos informes "se trata de instrumentos de auxilio a la función judicial, que no la sustituyen los dictámenes periciales psicológicos sobre credibilidad de los menores, pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento; pero, a sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas ( SSTS 10/2012, de 18 de enero; 381/2014, de 23 de mayo; 517/2016, de 14 de junio; 789/2016, de 20 de enero; y 468/2017, de 22 de junio)".

Incluso, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 592/2017 de 21 Jul. 2017, Rec. 304/2017 se apunta la condena del acusado pese a que el informe pericial concluyera que el relato del menor carecía de calidad narrativa y que no cabía excluir la posible sugestión de otros menores, pues "los informes periciales no vinculan de modo absoluto, al destacar que "Lo que sucede realmente es que los peritos emiten un dictamen psicológico "indeterminado" sobre la credibilidad del menor, es decir, que no puede afirmar ni la credibilidad ni la falta de credibilidad del testimonio cuestionado. Ello no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal sentenciador, ponderando el testimonio de la víctima y las demás pruebas testificales que figuran en la causa, llegue a la clara convicción de que el acusado es autor de los hechos objeto de acusación".

Por ello, no pueden ser el sustento de un motivo por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal el contenido de informes periciales psicológicos sobre los cuales se pretende sostener el error en la valoración probatoria, dando mayor rango al contenido de la apreciación del recurrente en cuanto a estos informes periciales psicológicos para regresar a la aceptación de la intimidación ambiental que fue reconocida por la Audiencia Provincial y rechazada por el TSJ.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 2.- Por infracción de ley al amparo del num. 1º del artículo 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por haberse infringido, por aplicación indebida e inaplicación, preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en aplicación de la ley penal; en relación con los artículos 183.1, 2, 3 y 4) quater del Código Penal, en relación con el 21.7º del Código Penal; al no proceder ni la exclusión de la responsabilidad penal ni la atenuante analógica muy cualificada de la cercanía de edad y la proximidad en el grado de desarrollo o madurez con la víctima.

En este caso concreto hemos visto que hay que analizar:

- a.- La ilicitud de los actos por la concurrencia o no de la intimidación que transformaría el hecho en agresión sexual.
- b.- La ilicitud de los actos por tratarse de su contenido sexual con menor de 16 años aunque concurra el consentimiento.
- c.- De la ilicitud atenuada del acto por la concurrencia parcial de la cláusula del artículo 183 quater del código penal.
- d.- De la litud por la aplicación de la exención del artículo 183 quater del código penal.

Respecto de la concurrencia, o no, en este caso de la intimidación que llevaría al juicio de tipicidad a la aplicación de la agresión sexual, y no al abuso sexual señalar que incide, en primer lugar, la parte recurrente en que "La distinción entre la agresión sexual y el abuso sexual en el presente procedimiento viene determinada por la circunstancia de que los actos de acceso carnal que los acusados han mantenido con la víctima lo hayan sido interviniendo intimidación."

La versión que expone la recurrente es que: "los hechos consisten en que los tres acusados apagan la luz, se desnudan, rodean a la víctima en esa situación de oscuridad, víctima que tiene quince años, no le dirigen la palabra, la víctima se resiste a que le quiten la ropa, sujetándose los brazos cruzados para impedirlo, los condenados le agarran los brazos y se los separan quitándole toda la ropa y dejándole únicamente la braga, le cogen las manos sucesivamente o incluso aunque no le cogieran las manos para que, tomando el pene de cada uno, le realice una masturbación a cada uno y, posteriormente y de manera sucesiva, le introducen cada uno



de ellos el pene en la boca, sujetándole la cabeza por la nuca con las manos, o incluso aunque no le sujetaran la cabeza, para que realice una felación a cada uno de ellos, llegando uno a eyacular en la boca de la niña. La menor, como consecuencia de esa intimidación ambiental que se ha producido, se queda completamente bloqueada y sin capacidad de reacción, sometida a la voluntad de los agresores, hasta el punto de que va al baño en dos ocasiones sin que se plantee siquiera la posibilidad de huir. Huida que, en todo caso, estaría muy limitada por su situación de desnudez. La víctima en ningún momento pudo prestar su consentimiento libremente, ante esa actitud intimidatoria que le bloquea su posibilidad de reacción".

Sin embargo, no olvidemos que nos movemos en el territorio de la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM que exige el más absoluto respeto de los hechos probados, y los que llegan a esta Sala en virtud de la casación ante la sentencia que lo es la del TSJ, no la de la Audiencia Provincial, no lo olvidemos, son los siguientes:

*PRIMERO.-* *Apreciadas en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas practicadas en el Plenario se considera probado y expresamente se declara:*

*Que Hortensia , en el mes de noviembre de 2017 tenía la edad de quince años (nacida el NUM000 /02), residiendo en la localidad de DIRECCION000 (Burgos), y por ello tuvo conocimiento de que en la temporada de 2017 habían sido fichados nuevos jugadores por el club de futbol local "La Arandina", entre los cuales se encontraba el acusado Severiano , mayor de edad y sin antecedentes penales.*

*Que la menor acudía a los partidos o entrenamientos del equipo y le gustaba el citado Severiano , por lo que conociendo que tenía una cuenta en la red social denominada Instagram, le envió una petición de seguimiento, la cual este aceptó, sin haberla conocido personalmente.*

*Que a través de dicha red social, en la cual Severiano era conocido como " Corsario ", mantuvieron numerosas conversaciones y publicaciones, habiéndose remitido mutuamente fotografías, en ropa interior.*

*Que el 21 de noviembre de 2017 Hortensia realizó una llamada telefónica a Severiano , el cual se encontraba en compañía del resto de los acusados, y poniéndola en modo de altavoz, en el que se dijo: " hola (dice Corsario ) ( Hortensia ) hola Corsario : "eh Hortensia y a mi me la dejas metértela por el culo"yo soy Corsario ,( Hortensia ) si te dije que a los tres...(otro) yo paso de hacer eso... Corsario .- entonces el viernes hacemos trío u orgía? Hortensia .- los tres... Corsario .-Los tres?. Hortensia "Dios que estrés..."Otro.- yo creo que los cuatro " más divertidito y nos tocaríamos entre nosotros, (risas)*

*Ello consta en el acontecimiento NUM003 , Oficio atestado policial, anexo I Wap n° 36.*

*Que no ha resultado probado que dicha conversación se realizase con seriedad, por ninguna de las partes, ni que tampoco los acusados le propusieran en forma seria a Hortensia mantener dichas relaciones sexuales.*

*SEGUNDO.-* *Que el día 24 de noviembre de 2017 Hortensia sobre las 19.40 de la tarde fue al bar DIRECCION001 , ubicado en la calle del mismo nombre donde en el n° NUM001 residían los acusados, en el piso NUM002 , que tenían alquilado y compartían, disponiendo cada uno de ellos de una habitación, así como un salón común y dos baños.*

*Que Hortensia había realizado previamente 18 llamadas a Severiano , (acontecimiento 460) sin que este la respondiese, sin constar el motivo de las mismas, y encontrándose él en el referido bar, la invitó a subir al domicilio, con el pretexto de realizar un video musical mediante una aplicación denominada Musica Ly.*

*Que una vez en el interior de la vivienda, fueron llegando el resto de los compañeros de piso, los acusados Jose Manuel , y Gerardo .*

*Posteriormente llego un compañero del equipo llamado Eleuterio , el cual no conocía a Hortensia , y estuvo en el salón mientras Hortensia grababa el video musical*

*Posteriormente Eleuterio fue a cambiarse a la habitación de Severiano , no resultando probado si permaneció en la misma, o abandonó el piso después de cambiarse de ropa.*

*TERCERO.-* *Que estando solamente en el salón la menor Hortensia y los tres acusados, los cuales eran conocedores de su minoría de edad y en concreto que tenía quince años, alguno de ellos apagó todas las luces de la estancia, se desnudaron, ante lo cual Hortensia fue al baño, regresando con posterioridad y sentándose en una esquina del sofá.*

*"Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, seguidamente les masturbó y les hizo una felación , llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, ante lo cual y sintiendo asco fue al baño, que se encontraba la final del pasillo, para escupir".*

*CUARTO.-* *Que el procesado Gerardo , que contaba entonces con la edad de 19 años, fue detrás de la menor y cuando esta salió del baño, le indicó cual era su habitación y Hortensia entró en la misma y se reclinó sobre*

la cama, sin resultar probado que se cayese accidentalmente o lo hiciese previo empujón de Gerardo , y tras ponerse un preservativo la penetró vaginalmente.

Que no consta plenamente acreditado que Hortensia mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación.

Que conforme al informe psicológico la madurez de Gerardo era similar a la de Hortensia .

Que dicho acto duró aproximadamente entre 10 y 15 minutos, tras lo cual, Hortensia volvió al salón de la casa, recogió sus ropas y abandonó la vivienda.

Que del informe pericial se desprende que los teléfonos móviles de los acusados estuvieron inactivos desde las 20 a las 21.30 horas del referido día.

Como consecuencia de estos hechos Hortensia , ha presentado sintomatología de tipo DIRECCION002 propias (DSM V) de un DIRECCION002 , precisando tratamiento farmacológico y seguimiento médico y psicológico.

QUINTO.- Que de la documental practicada y reproducida en el Plenario, resulta acreditado que el día anterior al de los hechos denunciados, es decir el 23 de noviembre de 2017, quedó registrada una conversación en el grupo de wassap, llamado " DIRECCION008 ", al que pertenecía Severiano , en la que consta, como hechos relevantes : a las 22.17 .- Corsario dice la hemos liao en el piso hoy es muy parda...Le preguntan que pasó y dice : si la jamba esta que vino y nos la chupó a los tres....que guarra...( otro) pero juntos? Corsario .- si en el salón ...yo comiéndola las tetas y tal y llegó Gerardo y se unió. Otros wassap hermano Jose Enrique dice. ¿Os la follaría? Corsario , no tenía la regla...mañana vuelve .otros que locura, a los tres ,...vais a partirla. Tras otras conversaciones similares preguntando por detalles , Jose Enrique pregunta "pero cuantos años tiene", y Corsario dice "16" ...le preguntan si está buena y les manda fotos, Corsario dice 22.22 horas, "ome somos unos degenerados". Continúa la conversación mencionada que es una cerda ( Largo )

Así mismo como documental de audio existen conversaciones en los acontecimientos del atestado policial nº NUM003 Anexo 1, waps 73 y 74.

Si bien dichos hechos no son objeto de acusación, ni han sido denunciados por Hortensia , han resultado objeto de prueba en el Plenario, y por ello, sin declarar acreditado si lo relatado, pudiera haber ocurrido en la realidad, debemos dar por probado la existencia de dichos mensajes de wasaap y audios."

SEXTO.- En la fecha en la que ocurrieron los hechos Severiano , Jose Manuel y Gerardo tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gerardo próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de Jose Manuel . En cuanto a Severiano , padeció un DIRECCION003 en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica.

Con ello, se suprime la referencia a que *ella se cruzó los brazos y no supo como reaccionar, quedándose paralizada, procediendo los acusados a cogerla las manos para que les masturbase, y posteriormente sujetándole la cabeza para que les hiciera una felación, a cada uno de ellos.*

*El TSJ concluye que la existencia de dos versiones contradictorias en la que en una de ellas, primera e inicial, señala Hortensia la voluntariedad de los actos sexuales llevados a cabo con los acusados impide apreciar la persuasión coercitiva o intimidación.*

De esta manera, el TSJ concluye en este punto en su argumentación jurídica para excluir la intimidación y pasar la condena de agresión sexual a abuso sexual por realizar el acto con menor de 16 años que:

"SEXTO: Si bien Hortensia ha mantenido en todo momento que acudió al piso voluntariamente y que realizó las acciones descritas en la Sentencia, primero con los tres en el salón y luego con Gerardo , el relato sobre la forma en que ocurrieron los hechos difiere radicalmente, pues, mientras que, a su círculo de amistades, les transmitió que se sentía satisfecha, ante la orientadora y sus familiares cambió su versión en los términos recogidos en la denuncia planteada por estos.

Los recurrentes, que insisten en su versión inicial ("no ocurrió nada anormal"), subrayan la falta de lógica que se desprende de la relación mantenida con Gerardo , tal y como se recoge en la sentencia recurrida, amparada en el consentimiento libre de la menor y la proximidad en edad y grado de madurez con este último, con la situación de bloqueo, motivada por el miedo que le forzó a masturbarles y realizarles las felaciones en el salón, inmediatamente antes (*ella se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada*), lo que asimismo les parece difícilmente compatible con su conducta previa a que apagaran las luces, regresando al salón tras ir al cuarto de baño y permaneciendo en él a pesar de detectar que los tres condenados estaban desnudos y que ninguno hizo nada por impedirle abandonar el piso en ningún momento, según reconoce.



SÉPTIMO.- La realidad es que la prueba pericial psicológica, practicada a la menor por dos psicólogas forenses y una médico forense, destaca la preocupación por su imagen, lo que, junto con su edad (acababa de cumplir 15 años el 28 de agosto), no invita a darle credibilidad desde un punto de vista subjetivo, como tampoco, desde este mismo punto de vista puede descartarse el móvil espurio, pues, pese a sus buenas relaciones iniciales con los condenados, *a partir del momento en que los hechos llegan al conocimiento de las personas cercanas a la menor y su familia, toma conciencia del escándalo, llegando a pensar que ha podido quedarse embarazada, según relatan sus amigas y compañeros de colegio, pudiendo ser el miedo a la reacción de sus padres lo que le lleva a modificar la mantenida primeramente ante sus amistades*, como se pone de manifiesto en la conversación inicial con sus hermanas pequeñas, que han respondido a las preguntas de las partes que les fueron trasladadas por las dos psicólogas forenses de manera espontánea con una sinceridad fuera de toda duda.

Únicamente así podría explicarse la contradicción entre esta versión inicial con la que va elaborando al recapacitar en cómo iba a ser valorada su actuación en su entorno familiar, pasando a ofrecer otra en la que, sin negar los hechos, cambia radicalmente la forma en que ocurrieron, versión que se retroalimenta con la preocupación que despierta en sus padres y el resto de su familia y que desemboca en la que va a mantener a partir de la denuncia presentada por su padre, pasadas dos semanas, previa consulta con un abogado.

OCTAVO.- A esta falta de credibilidad subjetiva se une la dificultad de hallar un enlace mínimamente lógico entre la intimidación, que le dejó súbitamente paralizada a merced de los tres condenados, y la conducta inmediatamente anterior, por una parte, subiendo al piso voluntariamente y permaneciendo en él junto a ellos sin abandonarlo, tras comprobar que se habían desnudado, a pesar de que nadie hizo nada para impedirlo, y, por otra, el episodio inmediatamente posterior, manteniendo una relación sexual completa con Gerardo, de la que ha sido absuelto al amparo de la exención de responsabilidad del artículo 183 quater del Código Penal, calificación ante la que se han aquietado tanto el Fiscal como las acusaciones, como antes se ha dicho, y que implica consecuentemente estimar probado que la menor consintió mantenerla libre y voluntariamente.

La abundante prueba testifical practicada y recogida en la Sentencia, junto con los mensajes telefónicos aportados (washaps y audios), abona esta falta de credibilidad en lo que respecta al miedo como factor desencadenante de la actuación de la menor en el salón. La propia sentencia recoge los testimonios de Tomás, Ariadna, Aurelia y Jose Ignacio, jugador de un equipo visitante al que llevó a su casa unos días después de los hechos y se los describió como una orgía en la que había participado. Ninguno de ellos recibe de Hortensia, ni a través de las conversaciones, ni mediante los mensajes que les envía, la idea de que su actuación hubiera sido causada por el miedo.

Incluso en las declaraciones a sus hermanas, al día siguiente, confiesa que actuó "en parte obligada y en parte no" y que *el miedo le había invadido después, cuando calibró la resonancia de los hechos en el momento en el que llegaron a conocimiento de sus padres a través de terceros*.

En definitiva, la credibilidad del testimonio de la menor, en lo que se refiere a la intimidación causada por la presencia de los tres condenados, presenta fisuras relevantes en su lógica interna, y carece de elementos periféricos que le sirvan de apoyo, lo que convierte en difícilmente homologable la valoración aceptada por la Audiencia desde la lógica y la razonabilidad."

Por ello, nos encontramos con un razonamiento lógico y coherente del TSJ a la hora de resolver el recurso de apelación, con la existencia de dos versiones radicalmente opuestas por parte de la víctima, y la duda que puede existir respecto de la veracidad de su declaración a su entorno familiar más directo, propiciado, según el razonamiento que expone el TSJ, por el miedo al escándalo derivado de las declaraciones que estaba efectuando en su círculo de amistades sobre el consentimiento y voluntariedad de los actos realizados en el inmueble con los tres acusados. Es por ello, por lo que el análisis del juicio de racionalidad en la valoración probatoria del TSJ debe estimarse correcto, lógico y coherente ante la existencia de dos versiones de la víctima contradictorias y contrapuestas que el TSJ analiza desde el punto de vista que procede en beneficio del reo.

El TSJ señala, pues, que los hechos constituyen un delito de abuso sexual definido en el apartado 1º del artículo 183, en relación con el apartado 3º del mismo precepto y penado en el apartado 4 b del mismo. Pero rechaza la existencia de la intimidación ambiental que no puede concurrir en base a la prueba practicada que es analizada por el TSJ llevando a cabo su juicio de racionalidad de la expuesta por la Audiencia Provincial en su sentencia recurrida ante el TSJ.

Así, ante la evidencia de dos versiones dispares de la declaración de la víctima; una en su entorno social y otra en un entorno familiar, resulta evidente que el TSJ, ante el recurso de apelación formulado, ha optado por la aplicación en beneficio del reo de las dudas que pudieran existir en base a dos versiones radicalmente distintas y ante unos hechos que pueden ser graves o menos graves, por tratarse de actos sexuales con menor de 16 años.





En cualquier caso, no resulta lógica la conducta de la víctima en el uso externalizado de lo que ocurrió en el inmueble en una versión que conllevaría la ilicitud menos grave frente a la ilicitud grave de la concurrencia de la intimidación en la versión facilitada a su entorno directo más cercano y familiar.

Pero, en todo caso, el TSJ, en el uso de la racionalidad de la valoración de la prueba, ha recogido la tesis favorable al reo y no puede ser tildada de irracional, y, en consecuencia, casada ante el recurso formulado por la acusación particular.

Podría verificarse en esta sede casacional ante el recurso formulado por la víctima y la acusación popular una irracionalidad en la valoración de la declaración de la víctima plasmada en una argumentación ilógica e incoherente y apartada de lo que ocurre en la prueba practicada en el plenario, lo cual podría llevar a la nulidad de la sentencia y al dictado nuevo de la misma, valorando lo que realmente ocurrió en el acto del juicio oral y la prueba practicada. Pero no es este el caso en donde concurren dos versiones de lo ocurrido en el inmueble por la propia víctima en dos entornos distintos, lo cual ofrece dudas sobre la gravedad, o menor gravedad, de la licitud de los actos sexuales ocurridos dentro del inmueble.

*Las particularidades en la declaración de la víctima en delitos sexuales.*

Hemos señalado en varias ocasiones de que los hechos relativos a delitos sexuales y de violencia de género conllevan que la respuesta de la víctima en su aspecto reaccional ante los ilícitos de los que son víctimas muchas mujeres conlleve una respuesta distinta a la víctima de cualquier otro hecho delictivo. De esta manera, las víctimas en este tipo de casos pueden tardar en denunciar los hechos, o pueden silenciarlos, pero no es este el caso en concreto en el que de forma evidente se produce, en primer lugar, una plasmación exteriorizada y pública de los hechos que conllevan la realización consentida de actos sexuales, para, más tarde, proceder en su entorno más cercano a cambiar esa versión de los hechos por la concurrencia de una intimidación determinante de una agresión sexual.

*La exigencia del consentimiento de la mujer en la realización de actos de contenido sexual.*

También hemos apuntado que en materia de actos sexuales debe existir el consentimiento, no bastando presunciones de quienes quieren participar en un acto sexual sobre la aceptación de la mujer en la participación de los actos de contenido sexual. Pero en este caso, de la prueba practicada y de la versión misma facilitada por la víctima, debe entenderse la concurrencia del consentimiento expreso de la víctima en la realización de los actos sexuales llevados a cabo en el inmueble. La sentencia recurrida lo expone, e, incluso, la menor contó que había tenido sexo con ellos, pero consentido. La circunstancia de que en su entorno más directo cambie el dato del consentimiento por las razones que fueran no pueden afectar penalmente a los condenados finalmente por abuso sexual con menor de 16 años.

Además, en este caso no se trata de la que la versión de Hortensia en su entorno social haya sido expuesta por miedo, o temor o algún tipo de condicionante que determinara que la primera reacción de la misma, tras la consecución de los actos de contenido sexual, fuera la de la explicación de lo que ocurrió en el inmueble y su publicitación. No tiene sentido que si en realidad hubo persuasión coercitiva o intimidación ambiental Hortensia reaccionara de inmediato como lo hizo afirmando que tuvo relaciones sexuales consentidas. No existe sospecha alguna de que lo hiciera porque tuviera miedo de ellos, como sí que ha ocurrido en muchos casos en los que la víctima altera la realidad de lo ocurrido por miedo al autor. Ella no vivía con ellos. No era ninguno su pareja a la que pudiera tener miedo de que le agrediera o la matara, incluso, si contaba que la relación no fue consentida. No había razón alguna para contar que las relaciones sexuales fueron consentidas, no siendo cierto en realidad, por lo que se concluye que esa era la verdad, como así admite el TSJ. Por ello, la tesis del TSJ es coherente y racional.

Por ello, no existe razón alguna para contar lo sucedido en un entorno social, siendo incierto lo que inicialmente cuenta, como después expone de una forma contraria a lo primeramente expuesto dentro de su entorno familiar. Las razones por las que lo hace deben pertenecer a su esfera personal, pero en ello entra el TSJ y lo analiza para llegar a una conclusión acertada de exclusión de la intimidación ambiental.

Por ello, la explicación que da el TSJ a esa versión contradictoria que ofrece Hortensia en ambos entornos no puede nunca operar en perjuicio del reo, ya que el consentimiento se entiende producido por parte de Hortensia en la realización de los actos de contenido sexual a los efectos de determinar la concurrencia, o no, de la intimidación ambiental, ya que, aunque no concurra la intimidación, en todo caso la ilicitud del acto es evidente al tratarse de una menor de 16 años, pero por otra vía punitiva.

Nótese que de lo expuesto por el TSJ se evidencian dos aspectos de relevancia para excluir la intimidación, a saber:



1.- "A partir del momento en que los hechos llegan al conocimiento de las personas cercanas a la menor y su familia, toma conciencia del escándalo, llegando a pensar que ha podido quedarse embarazada, según relatan sus amigas y compañeros de colegio, pudiendo ser el miedo a la reacción de sus padres lo que le lleva a modificar la mantenida primeramente ante sus amistades"

2.- "Que el miedo le había invadido después, cuando calibró la resonancia de los hechos en el momento en el que llegaron a conocimiento de sus padres a través de terceros."

*No hubo intimidación o persuasión coercitiva.*

Pero lo que ahora nos ocupa se centra en determinar si existió agresión sexual por concurrencia de la intimidación ambiental, o coerción sexual, al modo de la persuasión coercitiva, o se trató de una aceptación de Hortensia a los actos que se llevaron a cabo dentro del inmueble el día de autos.

De esta manera, la argumentación que ofrece en este caso el TSJ no es irracional, o arbitraria, sino que se corresponde con la prueba practicada en una exposición de Hortensia respecto de lo que ocurrió y lo que se deduce la existencia del consentimiento.

No se trató, tras lo que cuenta Hortensia en su entorno social, de que ellos *interpretaron* que ella tenía quería tener el acto sexual, sino que existía un consentimiento por parte de ella a la realización de los actos que se describen probados en el relato expuesto por la Audiencia Provincial y completado por el TSJ. Porque el consentimiento no debe entenderse como presunto, sino como expreso y el mismo se deduce de la propia reacción de Hortensia en la exposición de lo sucedido en su entorno social, que queda lejos en ese relato de entender que adoptó una actitud pasiva al tratarse de tres individuos en un sitio cerrado y en un entorno de coerción sexual o persuasión coercitiva por parte de los acusados.

Esta es la versión que ofrece ella en su entorno familiar, y que dista mucho de la que realiza en su entorno social, y, por ello, la existencia de versiones contradictorias nos ofrece esa versión argumental del TSJ que apuesta por excluir la intimidación ambiental en este caso.

Por otro lado, la circunstancia de que se trate de tres personas no determina por sí mismo la concurrencia de una persuasión coercitiva por el hecho de que se trate de una actuación sexual entre tres hombres y una mujer, ya que la justicia no puede entrar a valorar la corrección, o incorrección, de conductas desde un punto de vista social, sino jurídico. La justicia no entra a valorar conductas que sean morales o inmorales, sino ilícitas, típicas y antijurídicas. Este es el escenario de aplicación de la justicia y no otro.

Es cierto que en varias ocasiones se ha admitido que la persuasión coercitiva desde el punto de vista de la coerción psicológica ambiental puede existir cuando la mujer se encuentra en un escenario con varios hombres que pueden coartar su libertad de decidir y pueden determinar la existencia de la intimidación ambiental, como hemos señalado en varias resoluciones de la Sala. Pero distinto es cuando de la prueba practicada y de la propia declaración de la víctima en su entorno social se determina que esa actuación sexual ha sido realizada de modo voluntario, como así expone el TSJ de forma racional.

Cierto y verdad es que la versión que ella misma ofrece en su entorno más cercano familiar es distinta, y en la misma se ofrece una visualización de la concurrencia de la intimidación por haber sido vencida en su capacidad decisoria por la concurrencia de las tres personas que le provocaron esa intimidación ambiental y la anulación de su capacidad de decidir, quedándose inmovilizada y sin capacidad de reacción en sus posibilidades de oposición.

Pero cierto y verdad que no es esta la admisión valorativa llevada a cabo por el TSJ en el análisis del juicio de racionalidad de la valoración probatoria, ya que la primera reacción de Hortensia fue la de narrar lo sucedido en un marco ajeno a la persuasión coercitiva o intimidación ambiental; es decir, alejado de todo tipo de coerción psicológica sexual, aunque concurren en el hecho tres personas, ya que por sí mismo considerado no siempre es determinante de la existencia de intimidación, sino cuando se produce un vencimiento de la capacidad decisoria de la mujer por la presencia simultánea de varias personas que le anulan su capacidad de decidir, y, además, ante la inexistencia del consentimiento expreso de la mujer en estos supuestos, lo que no es el caso.

Sin embargo, ese consentimiento puede deducirse perfectamente, como ha expuesto el TSJ, en esa versión primera inicial que ofrece Hortensia con respecto a lo que realmente sucedió, y en cuyo marco la concurrencia de los tres acusados no determinó en modo alguno un vencimiento de su capacidad decisoria para poder apartarse en su caso de ellos y abandonar el inmueble, lo que no hizo en ningún momento y no tuvo obstáculo alguno para llevarlo a cabo. Nada se lo impidió, ni hubo intimidación psicológica según se desprende de lo que ella misma cuenta.



Lejos de ello, en la versión inicial que ella misma ofrece a su entorno social permaneció en el lugar concluyendo los actos de contenido sexual que son típicos precisamente por la existencia de la concurrencia de la minoría de 16 años en Hortensia .

Pero no vislumbra el TSJ en ningún momento que la presencia de mantenimiento de la misma en el inmueble estuviera presidida por la coerción ya física, ya psicológica.

*La perspectiva de género debe ser observada en los delitos sexuales y de violencia de género.*

Además, no hay que olvidar que hemos analizado en diversas ocasiones que este tipo de hechos tiene que contemplarse con perspectiva de género, porque en los casos de violencia de género y sexual nos movemos en parámetros distintos al resto de modalidades delictivas. Y no se trata de realizar valoraciones probatorias en compartimentos estancos distintos cuando se trata de estos delitos y otros distintos, sino de contemplar que la perspectiva de género debe tener un marco de aplicación práctica en estos supuestos para verificarse desde un punto de vista en el que la capacidad de oposición por parte de la víctima o mujer se encuentra en muchas ocasiones vencida por las circunstancias particulares del agresor o agresores y la dificultad o imposibilidad de la víctima de oponerse a la conducta ilícita.

Por ello, este tipo de supuestos deben analizarse con "*miras de género*", lo que no implica en ningún caso que se alteren, por ello, las reglas de la valoración de la prueba y deba tener que probar su inocencia el acusado y/o que no concurre la intimidación. En modo alguno.

Sin embargo, contando también con el enfoque de esta perspectiva de género, es cierto que los parámetros de la valoración de la prueba en el proceso penal deben hacerse respetando siempre la presunción de inocencia y una valoración probatoria racional coherente y lógica que mantenga siempre la perspectiva de que las dudas deben siempre favorecer al reo. Y aquí una cosa es que se contemple la perspectiva de género en el marco de la justicia penal y otra que el análisis de la valoración probatoria tenga que llevarse a cabo bajo la preeminencia de las reglas de la presunción de inocencia y que en el marco de la duda el beneficio es del reo. Todo ello, aun contemplando la perspectiva de género en la reacción de la víctima ante hechos en los que su capacidad opositora quedan muchas veces reducida, o anulada, precisamente, por su condición de mujer ante el ataque del agresor o agresores.

Sin embargo, dicho esto la realidad aplicable al caso concreto nos lleva a entender que la interpretación del TSJ es correcta, como ya hemos puntualizado, ya que la propia versión de la víctima en una de sus modalidades lleva implícito la *exposición pública inmediata a los hechos contada de la propia víctima* de que el acto fue voluntario y consentido, y no bajo la perspectiva de una intimidación ejercida por la concurrencia de los tres acusados en la realización de los actos sexuales, lo que aleja la existencia de la intimidación ambiental o persuasión coercitiva.

Además, esto es lo que se desprende de los hechos probados de forma literal, ya que la supresión del párrafo de los mismos por parte del TSJ en modo alguno puede permitir mantener la existencia de la intimidación ambiental como sostiene la parte recurrente, ya que en ningún caso puede deducirse la existencia de una coerción sexual con el relato final de hechos probados sobre el que se ha accedido a la sede casacional. Y el ámbito de la infracción de ley por *error iuris* exige el más absoluto respeto de los hechos probados en los que, en modo alguno, se desprende la existencia de esa intimidación ambiental que reclama la parte recurrente.

*Consideraciones jurisprudenciales sobre la declaración de la víctima ante delitos sexuales.*

Hay que recordar que esta Sala ya ha mantenido diversos pronunciamientos a tener en cuenta en estos casos que deben ponerse de manifiesto:

1.- La mujer tiene perfecto derecho a asentir una relación sexual y negarla en otros con la misma persona, no existiendo derecho a mantenerla el varón cuando él quiera, sino cuando ambos quieran, ya que la unilateralidad decisoria en la relación sexual, y empleando violencia o intimidación es una violación ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2022 de 11 May. 2022, Rec. 10515/2021).

2.- "El tribunal ha tenido en cuenta el denominado "triple test" de la valoración de la declaración de la víctima, y en este caso así lo lleva a cabo el TSJ cuando compara ambas versiones absolutamente contrapuestas."

En este caso, el análisis de la credibilidad y verosimilitud de una incriminación tendente a admitir la concurrencia de la intimidación ambiental no puede admitirse, tal y como así expuso el TSJ. Las dudas expuestas por el Tribunal de que los actos sexuales fueran dirigidos por una persuasión coercitiva son dudosos.

3.- En la sentencia del Tribunal Supremo 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018 se fijan una serie de parámetros a tener en cuenta en estos casos que no operan en cuanto deban concurrir los once que se citan,



sino que se trata de puntos a tener en cuenta por el juez o tribunal en cuanto a la forma y fondo de la declaración de la víctima a la hora de evaluar si expone la realidad de lo ocurrido o la altera. Y sobre todo en su comparación en un marco global de lo que dijo en un momento y lo que dice después. Y no se trata de que se le *juzgue* a la víctima por lo que dice después del hecho a su entorno, sino que ello es un elemento valorativo a tener en cuenta en su comparación con la posterior versión contraria de lo que realmente ocurrió.

4.- "La circunstancia de que una persona haya sido víctima de un delito no lleva consigo que exista un resentimiento hacia el autor capaz de alterar la realidad de lo ocurrido agravando los hechos para que el reproche penal sea mayor. Resulta evidente y hasta humano el odio que puede existir en una víctima hacia el autor de un delito que lo ha cometido sobre su persona. Y más aún en casos de hechos graves y/o perpetrados con violencia o intimidación. Pero si eso fuera así ninguna víctima podría ser aceptada en su veracidad en sus declaraciones dudando de que lo que dice lo es por venganza o animadversión. Evidentemente que puede existir rechazo y hasta odio hacia el autor de un delito por su víctima, pero ello no hace crear una especie de "desconfianza natural" hacia ella por la circunstancia de haber sido víctima.

Ser víctima no comporta una especie de presunción de que va a declarar contra su agresor faltando a la verdad."

En el presente caso no se trata de que hubiera animadversión de Hortensia hacia los acusados, pero el TSJ analiza la incoherencia de ambas versiones ante unos mismos hechos por la propia víctima. No se trata de una sola versión inculpativa, sino de dos versiones opuestas, sobre lo que solo la menor conoce la razón de sus versiones.

5.- "Las víctimas de delitos sexuales exponen una línea de progresividad en su declaración que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes, pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima. La progresividad en la declaración de la víctima es importante, porque estos datos que para el recurrente son alteraciones relevantes no son más que construcciones expositivas realizadas por la víctima que puede ser interrogada en cada fase de distinta manera, se pueden cambiar las observaciones en las preguntas y la víctima, sobre todo, puede ir explicando con más detalle, conforme pasa el tiempo lo ocurrido, añadiendo datos que antes no había relatado.

Esto suele tener importancia en delitos como el aquí analizado por el sufrimiento e impacto emocional que les supone a las víctimas haberlo sido, por lo que esta declaración de impacto del daño sufrido que trasluce en las declaraciones de las víctimas es analizado y percibido por los jueces y tribunales a la hora de valorar la credibilidad en esa declaración, como aquí ha ocurrido. Una declaración de impacto en la víctima es posible en estos casos de agresiones sexuales al describir el daño físico o emocional, el daño a la propiedad o la pérdida económica que ha sufrido la víctima de un delito."

( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2/2021 de 13 Ene. 2021, Rec. 891/2019).

En este caso no se trata de un supuesto de "progresividad en la declaración", sino que la propia víctima dio dos versiones en la fase inicial a dos entornos distintos. Y ello lo viene a reconocer la propia Audiencia Provincial cuando reconoce que: "Siendo conscientes de que si bien a unos testigos, de referencia, les contó que los hechos habían ocurrido voluntariamente y a otros que habían sido en contra de su voluntad, ha entrañado para esta Sala una mayor dificultad a la hora de llegar a una conclusión segura" y a continuación se añade que "se correspondía con la de una persona de 13 años, la cual se encontraba totalmente influenciada por su las redes sociales, y la imagen que pretendía mostrar de ella, en Instagram y delante de sus conocidos o compañeros de clase.

Así deseaba aparentar mayor edad, y ser considerada como una mujer, adulta y con experiencia sexual."

Sin embargo, el TSJ no admite, como resulta obvio, tal conclusión, ya que no es preciso contar lo sucedido en un determinado entorno y manifestar la voluntariedad de lo sucedido y narrarlo en un contexto expositivo de cuestiones sexuales voluntarias con otras personas, para luego, en otro entorno, referir la negativa a esa versión y exponer otra contraria de no voluntariedad. Lo que lleva a cabo el TSJ es analizar la racionalidad de la valoración en torno a estas versiones contradictorias que no son expuestas en sede judicial, sino mucho antes, incluso, de la investigación policial. Y realizadas primeramente de modo voluntario en su entorno social sin que tuviera necesidad alguna de hacerlo. Pero lo hizo.

6.- "Las víctimas de esta clase de delitos pueden ir venciendo barreras para ir concretando más aspectos de detalle que puede que no precisaran en las primeras declaraciones, al enfrentarnos a hechos que muchas víctimas prefieren ocultar, o que el impacto del delito les provoque una merma que no les lleva a expresarse con total detalle, y que solo el paso del tiempo permite que se extiendan en los mismos."





Cierto y verdad que en este caso luego sostiene la versión expuesta a su entorno familiar, pero resulta incoherente con una primera expuesta públicamente, y corroborado por testifical de que los hechos sucedieron en un marco de consentimiento y voluntariedad.

7.- "La víctima no puede estar sometida a un doble proceso de victimización que se ejerce sobre su propio agresor y, además, sobre el entorno del agresor que oculta y silencia los hechos de malos tratos.

Es por ello por lo que la víctima puede llevar a cabo hechos que luego se alegan en su contra pero que no pueden hacer dudar su credibilidad y que se refieren, entre otros a:

1- Silenciar los hechos de maltrato y luego relatarlos cuando decide denunciar por un hecho más grave o no poder seguir soportándolos.

2- Realizar unas primeras declaraciones más pobres en detalles y más adelante en el plenario poner más matices sobre los hechos.

3- Negar primero que los hechos han ocurrido por miedo a la reacción de su agresor, o razones de dependencia emocional o económica y luego contar la verdad.

La falta de denuncia de hechos previos por la víctima no puede convertirse en dudas acerca de su credibilidad por su denuncia tardía. Problemas ante la presión ejercida por el entorno del autor"

( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 495/2019 de 17 Oct. 2019, Rec. 10202/2019).

En este caso todo ocurre al revés, ya que lo primero que se expone es la voluntariedad de lo sucedido y una exposición pública de consentimiento que era innecesaria y que no entra en parámetros de reacción ante este tipo de sucesos, que en todo caso podrían haber sido de silencio inicial por miedo o vergüenza por la victimización, o, incluso, hasta sentimiento de culpa por algunas víctimas, para luego acabar denunciando los hechos. No fue así, ya que expuso públicamente lo que había hecho y que lo consintió según se deduce de la forma y contenido.

8.- "No puede atribuirse a las víctimas de agresión sexual un comportamiento concreto y determinado al modo y manera que los autores de una violación consideren, o sean ellos, los que marquen cómo debe reaccionar una víctima de agresión sexual cuando lo ha sido, como si existiera una especie de "protocolización de actuaciones de víctimas de violación tras ocurrir los hechos", y que si no se siguieran esas pautas conductuales o reactivas, ello quisiera decir que las víctimas mienten.

Hay que tener en cuenta que la víctima de una violación se encuentra de repente en un escenario tras el que ha sido forzada sexualmente y puede que no sepa cómo actuar, o a dónde dirigirse". ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2022 de 11 May. 2022, Rec. 10515/2021).

Sin embargo, en este caso el marco de las primeras reacciones por Hortensia determina que el TSJ llegue a una interpretación en la que se ponga en duda con racionalidad la existencia de la agresión sexual.

9.- "Respecto a las reacciones de las víctimas ante este tipo de delitos, ya hemos señalado con frecuencia que no puede equipararse este tipo de hechos, y víctimas que los sufren, con cualquiera otro, lo que determina que no pueda medirse con una vara de igual trato la victimización de una violación, que la otro tipo penal, ya que se trata de una reacción lógica en muchos casos el esconder lo ocurrido por vergüenza, o por otras causas que solo el proceso de victimización que ha sufrido una mujer a la que han agredido sexualmente, y en este caso, nada menos que tres personas al mismo tiempo, puede explicar. Ello determina que no pueden establecerse criterios igualitarios en las "reacciones de las víctimas" ante un determinado tipo de delitos, como la violencia de género, o las agresiones sexuales, dado que es comprensible el silencio inicial de estas víctimas y que al final se deciden a contar lo ocurrido, sin que este proceso pueda mermar en modo alguno la credibilidad de las víctimas." ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020, Rec. 10613/2019).

En este caso se dijo lo contrario, ya que expuso voluntaria e inmediatamente lo ocurrido en un ambiente de consentimiento y voluntariedad. La propia Audiencia Provincial llega a reconocer que no quería "ante sus conocidos, con los que tenía menos confianza, supieran la verdad de lo ocurrido, de tal forma que optó por decirles que había realizado los actos sexuales de forma voluntaria, e incluso alardear de ello". Pero ello no tiene sentido, y menos jactarse de ello. No había necesidad y ello es lo que lleva a la duda al TSJ en su juicio de racionalidad de la valoración probatoria.

10.-"La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.



Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.

Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última".

El consentimiento y la voluntariedad de la víctima lo expone ella misma. No había razón para ello, y menos para alardear de ello, como asumió la propia Audiencia Provincial. Sin embargo, la propia Audiencia Provincial reconoce que "Sin embargo ante aquellas personas, familiares o que tenía mayor confianza, mantuvo que los actos sexuales no habían sido consentidos por ella."

Resulta una actuación contradictoria de Hortensia exponer dos versiones distintas según sea el destinatario de las mismas, y ello no puede entenderse bajo un contexto de inmadurez, o no, sino que no es lógico exponer la voluntariedad y consentimiento y la no voluntariedad de los hechos posteriormente a haber expuesto que los actos sexuales fueron voluntarios, y, además, hacerlo públicamente.

La Audiencia Provincial expone que: "motivado por la gran relevancia que la menor otorgaba a su imagen y apariencia de mujer experimentada, frente a sus conocidos, compañeros de clase, y redes sociales, les manifestó que había realizado los actos sexuales en forma voluntaria, alardeando de ello, lo cual consideramos que es una causa más de su inmadurez y de la importancia que otorgaba a la opinión que el resto de la sociedad tuviera de ellas relatando parte de su vida íntima como una hazaña, para sentirse superior a sus compañeros de clase o amigos".

Ello es rechazado por el TSJ en el juicio de racionalidad de la valoración probatoria, y resulta admisible, ya que por muy distintas que sean las reacciones de las víctimas en estos casos este argumento empleado por la Sala de instancia no puede entenderse correcto, ya que no puede admitirse que alardear de actos sexuales voluntarios pueda más tarde negarse ante su entorno familiar cuando trasciende todo ello negando la voluntariedad.

*Consideraciones jurisprudenciales sobre la existencia de la intimidación ambiental.*

Por otro lado, esta Sala tiene declarado sobre la concurrencia de la intimidación entre otras resoluciones que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 22 May. 1996, Rec. 2487/1995.

*"En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May. 1988 , 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992 , entre otras). La gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones".*

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Oct. 1999, Rec. 1799/1998.

*"La intimidación que precisa el delito de agresión sexual, apreciada por el Tribunal de instancia y cuestionada en el presente motivo, entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona".*

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2006 de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006.

*"La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.*

*Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre , "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero , que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre , se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones,*



desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima ( SSTS de 18 de octubre de 1993 , 28 de abril , 21 de mayo de 1998 , y 1145/1998, de 7 de octubre ).

Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre ). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y, por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas"".

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 32/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 1382/2014.

"En los hechos consta la existencia de la intimidación, y ya se ha visto que esta fue hábil, hábilmente utilizada y suficiente para producir el efecto buscado. Consta asimismo que es de ese modo y por el uso de ese medio, como se produjeron luego diversos contactos sexuales con penetración vaginal y bucal. Y, en fin, está fuera de duda que... usó a ...fuertemente atemorizada, como simple objeto para obtener una gratificación sexual contra su voluntad.

Al respecto, la naturaleza de esos contactos está mutuamente aceptada y fuera de discusión, por tanto. Y el dato de que Rita se avino a ellos, luego del primero, simplemente por temor y no como efecto de una decisión libre, resulta suficientemente acreditado, incluso con llamativa plasticidad, en vista de la crudeza de las expresiones con las que... manifestó sus exigencias mediante los mensajes de texto transmitidos a través del teléfono.

Concurrió por tanto el supuesto previsto en el art. 178 C penal , del modo que ha sido interpretado en multitud de sentencias de esta sala (por todas, la de n.º 307/2009, de 29 de enero )".

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012.

El delito de agresión sexual requiere violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito "la agresión sexual ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones ( STS. 686/2005 de 2.6 , 28.9.96).

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 609/2013 de 10 Jul. 2013, Rec. 1917/2012.

"Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

También ha señalado la doctrina de esta Sala (sentencias 381/97, de 25 de marzo , 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado".



7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 480/2016 de 2 Jun. 2016, Rec. 10975/2015.

*"La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta ( STS 609/2013, de 10 de julio de 2013 )".*

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007

*"Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003 , que el art. 178 CP. que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.*

*La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo ( S.S.T.S. de 05/04/00 , 04 y 22/09/00 , 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02 , 23/12/02 ).*

*Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla.*

*El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre ).*

*En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción".*

*Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar "intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores", debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.*

*Pero en estos casos, el vencimiento psicológico de los menores para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o psychological intimidation del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.*

*Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se denomina*





*Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.*

*De esta manera, la emotional violence anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.*

*Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way; es decir, la coerción sexual como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física."*

*A tenor de los hechos probados y la prueba analizada, así como la argumentación jurídica de la sentencia confirmada por el TSJ hay que señalar que consta claramente que se ha utilizado por los condenados la fuerza física, pero, a la vez, la intimidación para doblegar la voluntad de la víctima. Se emplea fuerza, pero también se colman las exigencias típicas de la intimidación para doblegar a la víctima menor de edad (utilizando un clima de temor que anula su capacidad de resistencia).*

*De esta manera, tras lo expuesto no se desprende de los hechos declarados probados que pueda aplicarse la concurrencia de la intimidación en ninguna de las modalidades, o supuestos, que se contempla en la jurisprudencia de esta sala, ya que la redacción de los hechos probados no determina la concurrencia de esta persuasión coercitiva analizada según se ha expuesto.*

*En consecuencia, moviéndonos en el marco de la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM y visto el resultado final de los hechos probados expuesto por el TSJ no tiene cabida alguna la concurrencia de la intimidación ambiental.*

*Cuestiona también la parte recurrente la aplicación de la atenuante analógica muy cualificada de la cercanía de edad y proximidad en el grado de desarrollo o madurez con la víctima.*

*Hay que señalar que la absolución de Gerardo es correcta, ya que se le aplica la exención de responsabilidad penal ex art. 183 quater. No hay intimidación, y, por ello, no existe agresión sexual. Y, por otro lado, tampoco existe en este acusado absuelto por el TSJ conducta ilícita del art. 183 quater por la proximidad en edad con Hortensia .*

*Hay que señalar que estamos en el "territorio" del error iuris y que los hechos probados fijados finalmente señalan que:*

*SEXO.- En la fecha en la que ocurrieron los hechos Severiano , Jose Manuel y Gerardo tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gerardo próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de Jose Manuel . En cuanto a Severiano , padeció un DIRECCION003 en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica.*

*En este sentido, señala el TSJ en el FD nº 13 que:*

*"En relación con Severiano y Jose Manuel , de 24 y 22 años respectivamente en el momento de acaecer los hechos, y a los que el informe forense presenta con unos rasgos intelectuales y emocionales dentro de la normalidad y con una madurez psicológica superior a la de Hortensia , ha de concluirse que no cabe la apreciación del precepto con carácter de eximente de la responsabilidad ante la falta de simetría entre sus respectivos grados de desarrollo y madurez.*

*Ello no obstante, en la medida que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado (la proximidad en el grado de desarrollo y maduración), cabe considerar su aplicación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 (Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez).*



En el presente caso, las edades de Severiano y Jose Manuel -24 y 22 años en el momento de los hechos- podrían considerarse como "relativamente próximas", en palabras de la STS nº 946/2016, de 15 de diciembre citada en la Circular 1/2017, teniendo en cuenta que los 15 años de la menor entrarían dentro de la franja de la pubertad en la que la protección que ofrece el precepto es susceptible de ser modulada atendiendo a las edades cronológicas y grados de desarrollo y madurez respectivos.

El informe psicológico médico-forense, relativo a la menor al que la sentencia ofrece mayor credibilidad, recoge que la menor había tenido anteriormente una relación afectiva con una primera relación sexual. A su vez en el informe sobre madurez se subraya que su estilo de acercamiento al sexo opuesto es poco adaptativo y sexualizado, caracterizándose por la superficialidad en las relaciones, el distanciamiento emocional y la proyección social, todo ello le sitúa en una posición de vulnerabilidad al exhibir una "carta de presentación" de sí misma ficticia, mostrando una mayor madurez sexual de la que le corresponde por su momento evolutivo y experiencia real.

Este mismo informe se muestra particularmente cauto a la hora de evaluar el grado de madurez de Jose Manuel y Severiano, pues, si bien los considera dentro de la normalidad en todas sus capacidades, cognitivas, sociales y personales, advierte que no existe ninguna técnica específica por parte de la psicología forense para llevar a cabo una evaluación de la madurez en la toma de decisiones.

Los informes de la psicóloga y del neuro-psicólogo aportados por la defensa de Severiano subrayan a su vez la falta de madurez, que ponen en relación con el DIRECCION003 padecido en su niñez.

Por su parte, examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos.

Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en Jose Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quáter del Código Penal."

Se ha analizado ya la vía del uso del art. 183 quater CP anteriormente en el FD nº 5 al que nos remitimos. Y no cabe aplicar la exención, dado que no concurren todos los requisitos y las edades son de 24 y 22 años en los condenados que distancia el arco diferencial de la edad en 9 y 7 años respectivamente. Muy por encima de los 5 años de edad.

Hay que analizar que lo que señala el art. 183 quater CP es que:

*"El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica".*

Con ello, debemos hacer las siguientes consideraciones en torno a la admisibilidad de esta atenuante muy cualificada que ha admitido el TSJ y si es posible su introducción según la actual redacción del texto penal tras la LO 10/2022, a saber:

1.- Es cierto que los hechos probados describe en Jose Manuel, de 22 años de edad una *madurez psicológica ligeramente superior a la de Hortensia por parte de Jose Manuel*. En cuanto a Severiano, (24 años) padeció un DIRECCION003 en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica."

2.- El TSJ admite en su argumentación que "Será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez".

3.- Con ello, el TSJ apunta una atenuante por esta razón pero, y aquí está la clave de nuestra desestimación, "sin anclaje legal".

4.- Admite la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal que:

"8º.- Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar



necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación."

Pero la pregunta que nos hacemos es si puede construirse una atenuante ex novo, porque así lo sería, bajo el apoyo de la citada Circular, pero sin cobertura legal habilitante que permita a los jueces aplicarla en los casos del nuevo art. 183 bis CP.

5.- Nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima.

Pero, al mismo tiempo, no ha construido un "espacio intermedio" entre la total responsabilidad y la total irresponsabilidad.

6.- En la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 828/2021 de 29 Oct. 2021, Rec. 4991/2019 señalamos que: "no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que ha combinado la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y la de simetría de madurez entre ambos, factores no sujetos a reglas fijas, en que la formación y condicionantes culturales de cada cual juega un papel importante, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración."

Pero esta aplicación de la exención o de la atenuante analógica muy cualificada solo puede ir en el actual estado de la cuestión en favor o de la exención absoluta cuando concurren todos los factores, y si no concurren con la absoluta responsabilidad. El texto penal no permite una opción intermedia.

El art. 21.7CP hace referencia para aplicar atenuantes analógicas a: 7.<sup>a</sup> *Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*. Pero solo dice "las anteriores", no cualquier causa de exención de responsabilidad penal en el CP. (Y entre ellas la del art. 183 bis CP

Ello nos llevaría, por ejemplo, siguiendo este criterio, que tampoco podría admitirse en materia de responsabilidad de personas jurídicas cuando el art. 31 quater utiliza el adverbio "solo" para referirse a las atenuantes, y señala que:

*1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

Así, la cuestión es si cabrían en este caso atenuantes analógicas cuando el legislador ha fijado de forma expresa en el art. 21.7 CP que solo lo son respecto a las *circunstancias anteriores*, y este precepto ( art. 21.7 CP) no se refiere en nada al art. 31 quater CP, (Y podría haberlo hecho y al art. 183 bis CP; pero no fue decisión del legislador) y, además, hace mención a la expresión *Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal*, la cual no es baladí, y que, aunque se comparta o no, es disposición legal que no admite interpretación en contrario.

Pues lo mismo ocurre en este caso con el art. 183 bis CP, el cual solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación. Ni simple ni muy cualificada.

7.- Señala también la doctrina especializada que con relación a las expresiones "desarrollo", separado de "madurez", apunta a que la primera mención venga referida al aspecto puramente físico, mientras que la segunda se refiera al "estado en que se encuentre su proceso de progreso cognitivo y emocional. Debe considerarse, no solo las distintas diferencias de edad entre los involucrados en la actividad sexual de los menores, sino, también la proximidad y equilibrio (de desarrollo y madurez) que debe predicarse de los que realizan actos sexuales en dichas franjas de edad. El denominado "consentimiento libre" del menor no bastará para no castigar la conducta; por cuanto, debe darse esa "proximidad" entre el/la menor y el sujeto activo que exige la participación de periciales psicológicas y médicas que determinen dicho extremo.



En el presente caso todo ello ha sido analizado debidamente, y se ha concluido que no exime de responsabilidad lo acontecido entre víctima y condenados.

8.- Es cierto, de todos modos, que, como consta en el estudio *"Who's to blame? Perceptions of adolescents' maturity and responsibility in sexual relationships with an older partner"*, en *Psychology, public policy and Law*, número 22, existen notabilísimas diferencias entre la percepción que los jóvenes (en concreto, personas de 18 a 24 años) tienen sobre la madurez de los adolescentes para consentir relaciones sexuales con personas mayores que ellos y la percepción que sobre ello tienen los adultos con hijos adolescentes.

Así, con ello, el problema con el que nos encontramos en este caso es que no es posible una creación jurisprudencial ex novo de una atenuante analógica que no permite "anclarla" en otra precedente sobre la que construir la "analogía", ya que en el art. 21.7 CP se permite una construcción referida a las precedentes cuando se de *Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*

Con ello, en el presente caso no existe un "previo" soporte donde poder situarnos para permitir esa atenuación. Y no es posible construir "edificios atenuatorios" de responsabilidad sin una base estructural que permita llevarlo a cabo, por cuanto no es válido el argumento de que, si admitimos la exención del art. 183 quater en la inexistencia de culpabilidad, pero tampoco de antijuridicidad y, por ello, punibilidad, se puedan construir una especie de "espacios intermedios" sin soporte legal por atentar al principio de legalidad. Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya construido en ocasiones opciones que, más tarde, ha recogido el legislador, pero con una mínima base legal en la que "anclar" esta opción, que en este caso no existe.

Por ello, en la actualidad, a falta de una mención legal en el art. 183 bis CP resulta imposible aplicar la atenuante ni como simple ni como muy cualificada por no ser la citada Circular, pese a su correcta explicación, un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde ésta no se puede aplicar ex lege.

Además, el acceso sexual con menores de edad es hecho sancionado en el CP en la protección de los menores frente a actos sexuales sobre ellos realizados por mayores de edad y que se contempla, precisamente, en la propia garantía y protección de los menores como víctimas frente a los ataques frente a ellos realizados como reflejó claramente la LO 8/2021, de 4 de Junio, de protección de la infancia.

También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

Ello llevaría a que se suprimiría la atenuante muy cualificada aplicada en la sentencia del TSJ y la imposición de la pena sería la correspondiente al delito objeto de condena, que lo es del art. 183.1.3 y 4 b) CP, que si bien es cierto que antes de la reforma reciente del CP fijaba la pena en el arco entre los 10 y 12 años de prisión es preciso, en beneficio del reo, aplicar la ley penal más favorable, a raíz de la LO 10/2022 de 6 de Septiembre que ahora sitúa el arco de base entre los 6 y los 12 años de prisión en estos casos ( art. 181.3 CP) en relación con el art. 181.4 a) CP en su mitad superior, lo que lleva a la pena de entre 9 años y un día y 12 años de prisión frente a los 10 años y un día a 12 años de la regulación anterior.

Explicando este extremo con detalle hay que señalar que en este caso es preciso acudir a una imposición menor de la pena que hubiera correspondido con el texto legal anterior al de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de Septiembre de reforma del código penal, habida cuenta que la pena a imponer antes de esta reforma en los casos de acceso carnal con una agravante específica llevaba pena en el arco de 8 a 12 de prisión en mitad superior y ahora esta pena se ha rebajado al arco de entre 6 y 12 años de prisión en mitad superior. Ello lleva que la mitad superior fuera antes de esta ley con una pena de entre 10 años y 1 día a 12 años y ahora lo es entre 9 años y 1 día a 12 años, en virtud de lo cual se impone la pena de 9 años y un día de prisión a cada uno de los dos condenados al desaparecer cualquier circunstancia atenuatoria por razón de la edad y ser la pena que ahora corresponde tras la LO 10/2022 de 6 de Septiembre, es decir un año inferior de prisión a la que le hubiera correspondido con el texto de la norma anterior a esta ley que lo hubiera sido de 10 años y un día de prisión.

Hay que recordar que el Fiscal de Sala en su recurso cuando plantea el motivo ahora estimado ya pidió instar la pena mínima en su momento aplicable, que antes de la LO 10/2022, de 6 de septiembre era de 10 años, aunque luego en su escrito de alegaciones instara 10 años, pero esa pena mínima ahora es la de 9 años y 1 día de prisión, que es lo que motiva ahora esta imposición, por ser esta ahora la mínima imponible y más beneficiosa al reo, señalando el Fiscal que en ese arco no concurrían atenuantes ni agravantes, de ahí que ahora la pena a imponer sea la mínima, pero que con el nuevo marco penal es de 9 años y 1 día de prisión aunque ahora se





insten diez años, pero la mínima aplicable en este margen es la ahora impuesta y sin existir datos que permitan pena superior y ser los mismos que cuando se recurrió.

La acomodación de la pena al nuevo texto penal tras la LO 10/2022 es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable al reo en virtud de ley posterior más beneficiosa, (aplicando el art. 2.2 CP) como en este caso ha ocurrido, lo cual alcanza a un proceso de revisión de penas no solo a las que se encuentren en fase de ejecución, sino, también, a las que se encuentren en fase de dictado de sentencia, bien en plena terminación de juicio oral, bien en virtud de resolución de recurso de apelación o de recurso de casación, valorando si la pena a imponer puede ser más beneficiosa.

La pena ahora impuesta es el resultado de ajustar la proporcionalidad de la culpabilidad a la penalidad imponible.

Con ello, suprimiendo la atenuante muy cualificada aplicada por el TSJ la pena a imponer sería la de 9 años y un día de prisión para cada uno de los condenados ahora recurrentes con sus accesorias ya impuestas, es decir, la mínima a imponer, dado que con ello existe ya el proporcionado reproche penal a las conductas desplegadas, teniendo en cuenta que no es aplicable el art. 183 bis CP actual de exención, y que ha existido acceso carnal con menor de 16 años, siendo el consentimiento irrelevante.

Por último, en cuanto a la absolución de Gerardo ya hemos hecho referencia a este extremo en cuanto que, desapareciendo la concurrencia de la intimidación ambiental y en base a la cercanía en los elementos que fija el artículo 183 cuatro del Código Penal, el TSJ de forma acertada le ha absuelto al apreciar la concurrencia de la cláusula del citado precepto, y por esa cercanía en edad y grado de madurez física y psicológico de Gerardo con la menor Hortensia, por lo que la absolución es correcta y acertada en este extremo, como ya se ha expuesto, además de tratarse de sentencia absolutoria con las connotaciones que ello lleva consigo.

El motivo se estima.

#### **RECURSO DE LA ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR**

**OCTAVO.-** 1.- Por infracción de ley al amparo del num. 2º del artículo 849 de la ley de enjuiciamiento criminal, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Debemos remitirnos a lo expuesto en el fundamento de derecho número sexto, en la respuesta dada al motivo planteado por la acusación particular en torno a los límites de aplicación de la vía del motivo de casación del artículo 849.2 de la ley procesal penal, en tanto en cuanto no puede utilizarse la vía casacional para postular una nueva valoración de la prueba basada en dictámenes periciales, para llevar a cabo una alteración en el contenido de la valoración expuesta por el TSJ en su sentencia, remitiéndonos al contenido de la argumentación ya verificada en el fundamento número quinto y respuesta dada ya a la acusación particular ante el mismo motivo planteado.

Los informes periciales y el contenido del whatsapp no pueden constituir el carácter de documento literosuficiente a los efectos de esta vía procesal para articular un motivo de casación, y, por ello, no puede dar lugar a una modificación de los hechos probados que postula en este caso la parte recurrente.

El motivo se desestima.

**NOVENO.-** 2.- Apartado a) por infracción de ley, al amparo del num. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este punto vuelve a postularse la percepción de la existencia de la intimidación ambiental para la determinación de la concurrencia de la agresión sexual en lugar del abuso sexual por el que ha sido objeto de condena los condenados, para lo cual nos remitimos a lo recogido en el fundamento de derecho número séptimo ante el mismo motivo planteado por la acusación particular y la desestimación del mismo ante la inexistencia de su apreciación en cuanto a la persuasión coercitiva, o intimidación ambiental postulada por la parte recurrente.

Apartado b) por infracción de ley, al amparo del num. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Lo mismo cabe señalar en este caso al remitirnos, de igual manera, al fundamento de derecho número séptimo en cuanto a la atenuante muy cualificada del artículo 21.7 del Código Penal en relación con el artículo 183 quater del Código Penal y artículo 66 1.2 del Código Penal, que ya ha sido resuelta.

El motivo se estima parcialmente.

#### **RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL**



**DÉCIMO.- ÚNICO.-** Por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de la atenuante analógica como muy cualificada del art. 21.7 en relación con el art 183 quater del código penal, y consiguiente indebida aplicación del art 66. 1. 2 a e indebida inaplicación del art 66. 1. 6 a CP en relación con el art 183. 1, 2, 3 y 4 b) CP.

Plantea el Ministerio fiscal su oposición a la admisión de la circunstancia atenuante muy cualificada del artículo 21.7 CP en relación con el artículo 183 quater CP y 66.1.2º del Código Penal en los términos expuestos por la sentencia del TSJ. Sin embargo, nos tenemos que remitir a lo ya argumentado en los fundamentos de derecho números quinto y séptimo, en tanto en cuanto se desarrolla todo lo concerniente a la relación entre la cláusula del artículo 184 quater del Código Penal y la consideración de la atenuante muy cualificada del artículo 21.7 CP en relación con el artículo 66.1.2 del Código Penal que han sido expuestos en la presente sentencia en los fundamentos anteriormente expuestos.

El motivo se estima.

RECURSO DE Jose Manuel

**DÉCIMO PRIMERO.-** 1.- Al amparo de los artículos 849.1º y 2º de la L.E.Crim., por error de hecho en la apreciación de la prueba, y consecuente infracción de ley, por aplicación indebida de preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter en relación con el artículo 183.1 del Código Penal en relación con los números 2, 3 y 4 b) del mismo, y el artículo 24 de la Constitución, por quebranto de la presunción de inocencia, tal y como ampara el art 852 L.E.Crim.

Se articula el recurso de casación por el recurrente no de forma directa, sino en virtud de la vía de la adhesión al presentar el escrito de impugnación a los recursos formulados por la acusación y se verifica de una forma que a limine debería dar lugar a la inadmisión, dado que se incumple el contenido del art. 874 LECRIM de articular de forma separada y numerada cada motivo de casación que desee interponer, y en este caso se formula bajo un motivo único varios motivos centrados en los arts. 849.1, y 2 LECRIM y, por otro lado, en el art. 852 LECRIM, mezclando los motivos y alegatos en un solo motivo, lo que debería dar lugar a la inadmisión del recurso.

En cualquier caso, se postula en primer lugar la quiebra del principio de presunción de inocencia, señalando que no se han tenido en cuenta las pruebas de descargo articuladas.

Pues bien, nos remitimos a lo ya expuesto en esta sentencia en el FD nº 2 en cuanto al mismo alegato formulado por el primer recurrente y la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia y la valoración que se ha llevado del conjunto de las pruebas practicadas, tanto la de cargo como las de descargo. Se pone el acento en la declaración de la víctima que, con los matices a los que hemos hecho referencia para excluir el TSJ la concurrencia de la intimidación, debe entenderse que los actos de contenido sexual sí que se llevaron a cabo, aunque no con intimidación ambiental y ello se evidencia de todas las pruebas testificales que se llevaron a cabo e informes periciales expuestos por el Tribunal de instancia, incluidas las testificales que cita el recurrente como prueba de descargo que se valora en su conjunto con la propuesta por la acusación y practicada ante el Tribunal.

Hay que recordar al respecto que la prueba de descargo suele significarse como el "reverso" de la aportada por la acusación para fundar una declaración de condena. Pero no quiere decir que cuando existan pruebas de descargo la condena es inviable, sino que la construcción de la prueba de descargo se enmarca en un proceso valorativo a llevar a cabo por el Tribunal en torno al peso probatorio de unas y otras pruebas, del que debe deducir y extraer el Tribunal un proceso valorativo que le lleve a concluir si la prueba de cargo es bastante para enervar la presunción de inocencia, que en este caso sí ha ocurrido.

La prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado ( SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Cierto y verdad es que la defensa puede limitarse a negar los hechos, pero que aporte prueba de descargo no altera la fuerza de la prueba de la acusación. El Tribunal deberá valorarlas todas y compararlas en orden a admitir la existencia o inexistencia de prueba de cargo "suficiente", no desvirtuada por la aportada como de descargo.

De lo que se trata en estos casos, a fin de valorar si existe prueba de cargo, o si la de descargo es relevante, es lo que la doctrina refiere sobre el adecuado proceso de motivación de la sentencia y si existe motivación en torno a la prueba.



Así, cuando la sentencia sólo está fundada en el análisis parcial de la prueba; ya sea de cargo o de descargo, o cuando la parte no ve valorada la prueba propuesta de acuerdo con la dialéctica que marca todo proceso definido por la contradicción entre las partes, entra en escena la posibilidad de incurrir en arbitrariedad, además de conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no solo se ha impedido obtener de la jurisdicción una respuesta adecuada y conforme a derecho, sino que la resolución judicial no ha respondido al estándar de motivación exigible constitucionalmente, lo que resulta también reprochable.

Y la conexión constitucional se extiende al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que opera en el campo de la prueba a modo de contrapeso. La libertad valorativa de que goza el Tribunal de instancia y su racional discreción en cuanto a la prueba practicada, queda compensada y de alguna forma limitada, por mor del art. 120.3 CE, con la necesidad de explicitar y exteriorizar en la sentencia los razonamientos y argumentos que llevaron a tomar la correspondiente decisión judicial. De esta forma, es posible proteger el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva y a la prohibición de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, porque conociendo los motivos adoptados en la resolución, es posible su control casacional, y sobre esa base, deducir, si los argumentos elegidos por el juzgador, son los adecuados en derecho, o por el contrario, están al margen de aquello que la comunidad social a la que pertenece y vive, considera como razonable, dentro de la lógica del caso, ajustándose a los parámetros de las máximas experiencias y los conocimientos científicos que son exigibles para una valoración correcta de la prueba. Por lo que, un déficit valorativo, o una falta de lógica en el razonamiento empleado para deducir la culpabilidad o inocencia del sujeto a través de la prueba practicada.

Pero en este caso tal déficit de motivación de la sentencia no ha ocurrido, ya que una cosa es que la parte recurrente no esté de acuerdo con el canon de relevancia de la prueba de cargo expuesta por el tribunal en su sentencia, y validado por el TSJ, y otra que pretenda darle mayor preeminencia a la prueba de descargo que ha propuesto y se ha practicado en torno a las testificales que cita en su recurso. Pero que exista prueba de descargo no conlleva que se haya vulnerado la presunción de inocencia, y en este caso que existan testigos que puedan dar una versión distinta a otros no significa esa vulneración de la presunción de inocencia al amparo del artículo 852 de la ley procesal penal como propone la parte recurrente.

El TSJ describe en su sentencia lo ocurrido en este caso en el salón, pero llegando a la conclusión de que, aunque los actos de contenido sexual ocurrieron, no lo fueron con la concurrencia de la intimidación ambiental que sí aprecia en este caso el Tribunal de instancia, por lo que suprime la concurrencia de la agresión sexual y califica los hechos como de abuso sexual, en virtud de lo cual se produce la rebaja de la pena en la sentencia del tribunal en su sentencia de apelación.

Pero la circunstancia de que la víctima hubiera dado una versión distinta a su entorno social que con respecto a su entorno familiar no altera la realidad de lo acontecido respecto a los actos de contenido sexual, sino con respecto a la concurrencia o no de la intimidación ambiental, que es lo que suprime el TSJ en su sentencia. Sin embargo, que los hechos de acceso sexual ocurrieron no ofrece ninguna duda, ni tanto para el Tribunal de instancia, ni para el TSJ en sus respectivas sentencias en base a la prueba practicada en el acto del juicio oral, y teniendo en cuenta, también, la prueba de descargo ofrecida por la defensa en el conjunto de valoración de la prueba practicada.

En la sentencia de instancia y del TSJ se describe la concurrencia de testigos que comparecen para declarar lo que la víctima les fue contando con respecto a lo sucedido, pero alterando la esencia de la concurrencia, o no, de la intimidación; disparidad que es la que ha sido tenida en cuenta por el TSJ para anular la existencia de la misma y, con ello, anular la condena por la agresión sexual para dejarla en la de abuso sexual por la existencia del acceso sexual con una menor de 16 años aún con su consentimiento. Pero esta prueba tenida en cuenta por el Tribunal de instancia y el TSJ ha sido suficiente, valorando también la prueba de descargo a la que refiere la parte recurrente, con lo cual no existe la pretendida vulneración de la presunción de inocencia.

Ello determina que el TSJ describa en su sentencia en el FD nº 9 que la realidad de los actos sexuales con la menor "cuya realidad se halla indubitadamente establecida por la declaración de la menor corroborada por la prueba practicada, documental, testifical y pericial psicológica, constituye un delito de abuso sexual definido en el apartado 1º del artículo 183, en relación con el apartado 3º del mismo precepto y penado en el apartado 4 b del mismo."

Con ello, la alegación que efectúa la parte recurrente de que existe prueba de descargo, y que cita, no supone una patente de corso que lleve consigo, siempre en cualquier caso, la absolución por entenderse que la aportación de testigos que se opongan a la versión ofrecida por los de la acusación determinaría siempre y en cualquier caso la presencia de la absolución y la imposibilidad de la condena, lo que no es el caso, ya que lo que lleva a cabo el Tribunal de instancia y valida el TSJ es la valoración conjunta de toda la prueba, que es la que lleva a la conclusión de que los actos sexuales con consentimiento existieron en el inmueble, y es lo que determina la condena por abuso sexual.



Por ello, el TSJ ya ha llevado a cabo el proceso de análisis del juicio de racionalidad de la valoración probatoria y ha valorado la existencia de esa prueba de descargo en concurrencia con la prueba de cargo ofrecida por la acusación, con lo cual el proceso de análisis de la existencia de prueba suficiente de cargo para la condena ya ha sido llevado por el TSJ y no puede convertirse la sede de casación en un nuevo análisis de valoración de la prueba de descargo, que cita en este caso el recurrente, para entender que la casación determina que se valore de nuevo la prueba que cita la parte recurrente y se lleve a cabo un tercer proceso de valoración de la prueba practicada cuando ya ha existido un recurso de apelación en donde el TSJ ha realizado este proceso de valoración del juicio de racionalidad de la prueba tenida en cuenta en este caso por el Tribunal de instancia.

Cuestiona, por ello, el recurrente la valoración de la declaración de la víctima, pero ésta ya ha sido tenida en cuenta por ambos tribunales en cuanto a que lo que se deduce del proceso de las manifestaciones expuestas por la misma es que no concurrió la intimidación ambiental que se admite el Tribunal de instancia y que es suprimido por el TSJ, pero que el contexto básico de lo que ocurrió con respecto a los actos de contenido sexual sí que ha sido admitido por ambos tribunales, en cuanto se desprende del contenido básico de la declaración de la víctima referido a que el acceso sexual sí que existió, pero no la intimidación determinante de la agresión sexual. Y ello se corrobora con las diversas testificales que han sido tenidas en cuenta, documental, así como los informes psicológicos al respecto, y aunque exista prueba de descargo que cita en este caso el recurrente ha sido valorada en conjunto con el resto de la prueba practicada, pero entendiendo que la prueba de cargo suficiente ha existido y es lo que ha determinado la condena por el delito de abuso sexual.

Así, el tribunal de instancia apunta con contundencia y claridad que la víctima no miente sobre los hechos expuestos al comparar las versiones que da sobre lo sucedido, pero con el matiz de si fue, o no, voluntario. Pero que los hechos de contenido sexual existieron es algo que no ofrece duda alguna y es validado por el TSJ en el análisis de la racionalidad de la valoración de la prueba.

De esta manera, comparecieron en el plenario los testigos a los que la víctima les contó lo sucedido, así como los informes periciales al respecto, pero que existieran testigos que cita el recurrente que lo nieguen no impide, como decimos, que de la conjunta valoración se dé lugar a la condena, pero en este caso por abuso sexual, no por violación.

Señala, así, el tribunal de instancia, ante las diferentes versiones que: "de su declaración en el Plenario y demás pruebas practicadas, valoradas por esta Sala, no se llega a la conclusión de que los hechos denunciados fueran falsos, a pesar de que mantuvo diferentes versiones, en cuanto a la voluntariedad, frente a los testigos de referencia, dependiendo de la relación que con ellos mantuviera."

Es, además, concluyente en lo que en este punto nos ocupa, lo expuesto por el tribunal de instancia en el FD nº 6 en relación a que:

"en cuanto a Eleuterio ....Entendemos que su testimonio no es creíble, puesto que, si realmente hubiese estado en el domicilio de los acusados, los cuales habían sido detenidos el día 11 de diciembre e ingresado en prisión al día siguiente, no acudió a la Comisaría o al Juzgado hasta el día 28 de enero, de 2018, cuando su testimonio podría ser determinante para modificar la situación personal de los acusados.

Escasa credibilidad merece el testimonio prestado por Carmen la cual admitió que estaba empezando una relación con Severiano ; o conociéndole, presentando unas fotocopias, relativas a pantallazos de wasap del día 24 de noviembre sobre las horas en las que se datan los hechos denunciados, en las que constan conversaciones con dicho acusado, para quedar y después para cenar etc. Sin embargo, dichos wasap no han sido analizados por la Policía y carecer de la necesaria fiabilidad, al tiempo que resulta incompatible con el análisis realizado por el agente de la PN nº NUM004 el cual realizó los volcados de los teléfonos móviles de los acusados, comprobando que desde las 20 a las 21,30 horas, del día 24 de noviembre de 2017 no habían tenido actividad.

De la entrada y registro en el piso de los acusados, autorizada mediante resolución judicial, el día 11 de diciembre de 2017, resulta que no se encontraron restos biológicos, lo cual pudo estar motivado por el tiempo transcurrido, y si bien se apreció desorden en la casa, no se puede afirmar que se hubieran lavado determinadas prendas, sábanas etc. por ello no resulta un elemento probatorio válido para corroborar o no los hechos denunciados.

Por todo ello y tras el análisis de todos los testimonios prestados consideramos que la denunciante, Hortensia , ha relatado en forma persistente y sincera los hechos objeto de enjuiciamiento, y si bien respecto de sus conocidos ha mantenido que lo había realizado voluntariamente, entendemos que ello estaba motivado por su inmadurez, y la postura que venía manteniendo en las redes sociales, en las cuales pretendía figurar como la protagonista, (tomando decisiones) en vez de la víctima. Del examen pericial de su teléfono móvil se comprobó que tenía una carpeta con el nombre de "mis lios" y en la misma anotaba sus relaciones sexuales, resultando





que con posterioridad a los hechos también había anotado las relaciones mantenidas con los acusados, anotación que manifiesta la denunciante que no fue realizada por ella, sin embargo entendemos que no habiéndose acreditado que otra persona tuviese acceso a su teléfono debemos entender que ella misma fue la autora de tales anotaciones, lo que dentro del contexto de inmadurez y prevalencia de la imagen social que caracterizaba todas las conductas de Hortensia, resulta comprensible y no puede inferirse que dichos actos hubieran sido consentidos."

El recurrente realiza una extensa exposición sobre el contenido de la versión ofrecida en las pruebas de descargo por los testigos que se propusieron por la defensa, pero hay que tener en cuenta que es el conjunto de la valoración probatoria el que determina la convicción en este caso del Tribunal de instancia y su validación por el TSJ, con lo que no existe la pretendida vulneración de la presunción de inocencia ante la concurrencia de la prueba de cargo expuesta y citada por el Tribunal de instancia y refrendada en la sentencia de apelación. Todo ello, además de la inviabilidad procesal de plantearse el motivo postulando una nueva revisión de la valoración probatoria proponiéndose en sede casacional que se otorgue más valor a unas pruebas que a otras, lo que ya hemos expuesto que es inviable, porque cuando ya se ha llevado a cabo el proceso de revisión de esa valoración de la prueba por el TSJ no cabe en el nuevo modelo de la casación pretender llevarlo a cabo de nuevo en virtud del recurso de casación y, como se ha expuesto, en un motivo único articulado con otros motivos distintos.

El recurrente insiste en su recurso de forma extensa en que no concurren los requisitos del test de valoración de la declaración de la víctima, pero nos remitimos a lo ya expuesto en relación a que pese a las diferentes versiones que ha dado respecto a lo ocurrido solamente existe la discrepancia en torno a la concurrencia de la intimidación, pero no al supuesto base de la existencia de los actos de contenido sexual. En consecuencia, sí que se han analizado por el Tribunal de instancia, y validado por el TSJ, la concurrencia de los requisitos analizados por esta Sala para la valoración de la declaración de la víctima y que ha sido corroborado por las pruebas que han sido citadas por el Tribunal de instancia y refrendadas por el TSJ en la sentencia de apelación.

Por último, pese a que el recurrente cita en su único motivo la referencia a la infracción de ley ex art 849.1 y 2 LECRIM no existe cita que lo desarrolle en cuanto, en primer lugar, a la infracción del precepto legal objeto de condena o la referencia a documentos literosuficientes sobre los que basa el error en la valoración de la prueba, centrando la queja en la quiebra del principio de la presunción de inocencia. En cualquier caso, en cuanto al art. 849.2 LECRIM nos remitimos a lo expuesto en el FD nº 3 de la presente sentencia en cuanto a lo alegado por el primer recurrente.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- Al proceder la estimación parcial del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional, a los recurrentes Aurelio, en nombre y representación de la menor Hortensia y la acusación popular Asociación Clara Campoamor, junto a la posición institucional del Ministerio Fiscal en el ámbito de este recurso de casación (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y se le imponen a los recurrentes Severiano y Jose Manuel incluidas las de la acusación particular.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el Ministerio Fiscal, con estimación de su motivo único y **PARCIALMENTE** por las representaciones de la Acusación Particular Aurelio en nombre y representación de la menor Hortensia y de la Acusación Popular Asociación Clara Campoamor, con estimación parcial de su motivo segundo (en ambos casos); y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 18 de marzo de 2020, que estimó parcialmente los recursos de apelación formulados por las representaciones de Severiano y de Jose Manuel absolviéndoles de los delitos de agresión sexual por los que habían sido condenados y condenándoles por un delito de abuso sexual, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de fecha 11 de diciembre de 2019, que los condenó por delito de agresión sexual. Se declaran de oficio las costas procesales correspondientes a los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por las Acusaciones Particular y Popular.

Y, asimismo, **DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados Severiano y por adhesión de Jose Manuel, contra indicada sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales correspondientes a sus respectivos recursos incluidas las de la acusación particular. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, al mencionado Tribunal Superior de Justicia 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.

Julián Sánchez Melgar Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 2811/2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras. D. Julián Sánchez Melgar D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García D. Vicente Magro Servet D.<sup>a</sup> Susana Polo García D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 30 de noviembre de 2022. Esta sala ha visto el rollo de apelación 8/2020, dimanante de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en causa seguida por delito de agresión sexual contra los acusados Severiano, con DNI NUM005, nacido el NUM006 /93, en DIRECCION004 (León) hijo de Luis Angel y Rosaura, con domicilio en la CALLE000 NUM007, de dicha localidad, en situación de libertad provisional por esta causa; Gerardo, con DNI NUM008, nacido el NUM009 /98, en DIRECCION005 (Zamora), hijo de Juan Ramón y Valentina, con domicilio en dicha localidad CALLE001 n° NUM010, en libertad provisional por esta causa; y contra Jose Manuel, con DNI NUM011, nacido el NUM012 /95, nacido en DIRECCION006 (León) hijo de Alberto y María Antonieta, con domicilio en DIRECCION007 (León), AVENIDA000 n° NUM013, en libertad provisional por esta causa; y en la que se dictó sentencia por el mencionado Tribunal Superior de Justicia, con fecha 18 de marzo de 2020, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy, haciendo constar lo siguiente: Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos fijar la pena a imponer a los condenados por el delito del actual artículo 181.3 y 4 a) del Código Penal (anterior art. 183 CP) por aplicación retroactiva en beneficio del reo por LO 10/2022, de 6 de Septiembre en la de 9 años y un día de prisión para Severiano y Jose Manuel, manteniendo las accesorias ya fijadas, aunque con la modificación de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en cinco años a la de prisión impuesta y responsabilidad civil, declarando de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso respecto de la acusación popular y particular y el Fiscal y con condena en costas a los recurrentes Severiano y Jose Manuel incluidas las costas de la acusación particular.

Hay que tener en cuenta que la aplicación de la ley 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería de 10 años y un día debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual art. 192.3, 2º párrafo CP (modificado por la LO 8/2021), que señala que: "La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave".

Con ello, esta pena lo es de 5 años superior a la de prisión según la aplicación más beneficiosa que se ha hecho de rebajar la pena en un año de prisión, pero ante la exigencia de aplicar la LO 10/2022 en su conjunto, y no por partes. En el plano de la comparación normativa en su conjunto entendemos más gravoso para el penado un año de privación de libertad, que dos de la mencionada privación de derechos.

### FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos fijar la pena a imponer a los condenados por el delito del artículo 181.1 , 3 y 4 a) actualmente en vigor (183 .1, 3 y 4 b) vigente a la fecha de los hechos) en la de 9 años y un día de prisión para Severiano y Jose Manuel , manteniendo las accesorias ya fijadas, aunque con la modificación de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en cinco años a la de prisión impuesta y responsabilidad civil, declarando de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso respecto de la acusación popular y particular y el Fiscal y con condena en costas a los recurrentes Severiano y Jose Manuel incluidas las costas de la acusación particular.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

**VOTO PARTICULAR** que formula el Excmo. Sr. Magistrado, D. Ángel Luis Hurtado Adrián a la Sentencia dictada en Recurso de Casación 2811/2020, de esta misma fecha.

Vaya por delante que, no obstante mi discrepancia con la sentencia mayoritaria, es siempre desde el respeto que me merece el criterio de mis compañeros, lo que no debe ser óbice para disentir de ella, como iré exponiendo en los siguientes

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**PRIMERO.-** El único motivo de recurso que formula la representación procesal del condenado Jose Manuel lo intitula de la siguiente manera:

«Al amparo de los artículos 849.1º y 2º de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba y, consecuentemente infracción de ley, por aplicación indebida de preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas del mismo carácter en relación con el art. 183.1 del Código Penal en relación con los números 2, 3 y 4 b) del mismo, y el artículo 24 de la Constitución, por quebrantamiento de la presunción de inocencia, tal y como ampara el art. 852 L.E.Crim.».

1. Ciertamente, el desarrollo del motivo no es el mejor ejemplo de una correcta técnica procesal, en cuanto que, en uno único, se incluye lo que debería ser objeto de tres distintos, y su mayor parte se dedica a aspectos probatorios, lo que no quita para que, en la medida que se está quejando por aplicación indebida de determinados preceptos sustantivos del Código Penal, nos lleva a un puro motivo por *error iuris*, del art. 849.1 LECrim, pues está cuestionando el juicio de subsunción, por lo que en este punto nos hemos de centrar, si se quiere en atención a la denominada «voluntad impugnativa» que subyace en el motivo, siendo significativo en este sentido lo que decíamos en STS 412/2007, de 16 de mayo: «En consecuencia, si bien el motivo debe ser desestimado, en virtud del principio de voluntad impugnativa, observada por la Sala una aplicación errónea de la Ley, en contra de reo, procede efectuar la oportuna corrección de acuerdo con el rol de policía jurídica que le corresponde a esta Sala como último intérprete de la legalidad penal ordinaria. Procede la estimación del motivo por esta vía con las consiguientes rectificaciones, a la baja, de la pena a imponer, lo que se efectuará en la segunda sentencia».

Pero también, porque, como tenemos dicho, «la jurisprudencia de esta Sala ha venido examinando de oficio cuestiones, que sean por error iuris, favorables al acusado, con independencia de que formalmente las introdujera la defensa» ( STS 828/2021, de 29 de octubre), y ello debido a que, en último término, corresponde a esta Sala corregir, en beneficio del reo, si aprecia cualquier error de subsunción.

Así las cosas, y puesto que se trata de un motivo por *error iuris* del art. 849.1 LECrim., partiré del más escrupuloso respeto a los hechos tal como quedaron definitivamente probados, tras la sentencia del TSJ, más cuando comparto con mis compañeros la verificación que sobre los mismos hacen en su sentencia , al haber rechazado cuantas impugnaciones se han realizado por las distintas partes, entre ellas la propia defensa de este condenado, bien por cuestiones probatorias bien por vulneración de derechos fundamentales.

2. Pues bien, a criterio de este Magistrado, se produce un error en el juicio de subsunción en lo que concierne a la aplicación del subtipo agravado del apdo. 4 b) del art. 183 CP, exactamente igual redactado que el apdo. 4 a) del art. 181, según redacción por LO 10/2022, de 6 de septiembre, conforme a los cuales, la pena de prisión correspondiente al delito por el que se condene, habrá de serlo en su mitad superior, «cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas».



Por utilizar una terminología que facilite la comprensión del discurso, emplearé los términos con que se denominan los delitos en las sentencias de instancia y de apelación, que en la primera se condena a los distintos acusados como autores de un delito de agresión sexual, por la que materialmente perpetra él, y como cooperadores necesarios de la que cometen los otros, mientras que en la segunda solo se condena a cada uno de ellos como autor de un único delito de abuso sexual, que materialmente perpetra él.

Sin perjuicio de remitirme a la Sentencia de la Audiencia Provincial, transcribiré uno de los pasajes de su fundamentación que explica los términos de la condena, en que se consideran los hechos como agresión sexual, por entender que se está ante un caso de agresión sexual grupal por concurrencia de «intimidación ambiental». Dice así: «En la llamada "intimidación ambiental", debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 Código Penal. En estos casos cada uno es autor del nº 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido ( SSTS. 7. 3. 97 y 481/2004 de 7.4)».

Dicho de manera resumida, en la medida que el tribunal consideró que todos y cada uno de los acusados contribuyeron a que se crease esa situación de intimidación ambiental, que todos fueron autores de distintos actos sexuales con penetración y contribuyeron a la realización de los que realizaron los demás, siempre sin consentimiento de la víctima, el razonamiento era correcto y correcta la aplicación del subtipo agravado del apdo. 4 b).

Sucede, sin embargo, que con ocasión del recurso de apelación, cambia el escenario, pues lo que, en principio, se consideraron distintas agresiones sexuales grupales, pasa a ser un único abuso sexual individualizado y desaparece la intimidación en el acceso carnal, que pasa a considerarse que se realiza con el consentimiento de la víctima; no se define, por tanto, esa actuación conjunta de dos o más personas, sino que, según como quedan redactados los hechos probados, se trata de acciones individualizadas de cada acusado, y lo que es más importante, desaparece esa intimidación, y, en su lugar, se habla de un acto consentido por la víctima, lo que hace incompatible la aplicación del referido subtipo de agravación.

**3.** La sentencia de la mayoría, en la verificación que, desde el marco del control casacional que le corresponde, hace de la sentencia del TSJ, no solo convalida, con argumentos que comparto, el juicio de racionalidad que le lleva a descartar la «intimidación ambiental» que apreció la sentencia de instancia y, en su lugar, considerar que concurrió el consentimiento de la víctima, sino que abunda con consideraciones propias en el mismo sentido.

Es importante lo que dice en el fundamento de derecho séptimo, al que me remito, y del que solo reproduzco alguno de los pasajes más significativos, como cuando dice, «es por ello, por lo que el análisis del juicio de racionalidad en la valoración probatoria del TSJ debe estimarse correcto, lógico y coherente [...]», o más adelante que «en este caso, de la prueba practicada y de la versión misma facilitada por la víctima, debe entenderse la concurrencia del consentimiento expreso de la víctima en realización de los actos sexuales llevados a cabo en el inmueble»; y no solo eso, sino que dedica un bloque que encabeza como «no hubo intimidación o persuasión coercitiva», en que expone las razones propias por las que entiende que así fue, del cual reproduzco el siguiente pasaje:

«Por otro lado, la circunstancia de que se trate de tres personas no determina por sí mismo la concurrencia de una persuasión coercitiva por el hecho de que se trate de una actuación sexual entre tres hombres y una mujer», pasando a explicar cuando un escenario de ese tipo permite hablar de tal tipo de persuasión, que descarta que se diera en el caso que nos ocupa, diciendo que «pero distinto es cuando de la prueba practicada y de la propia declaración de la víctima en su entorno social se determina que esa actuación sexual ha sido realizada de modo voluntario, como así expone el TSJ de forma racional».

Como también me parece significativo que la mayoría, como consideraciones propias, diga que «de esta manera, tras lo expuesto no se desprende de los hechos declarados probados que pueda aplicarse la concurrencia de la intimidación en ninguna de las modalidades, o supuestos, que se contempla en la jurisprudencia de esta sala, ya que la redacción de los hechos probados no determina la concurrencia de esta persuasión coercitiva analizada según se ha expuesto. En consecuencia, moviéndonos en el marco de la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM y visto el resultado final de los hechos probados expuesto por el TSJ no tiene cabida alguna la concurrencia de intimidación ambiental».

**4.** No obstante las anteriores consideraciones, la sentencia de apelación mantiene el subtipo agravado del art. 183.4 b), que solo cabe entender que haya sido así por una inercia que viene arrastrada de la sentencia de instancia, pero que no se corresponde con el radical cambio fáctico que da a los hechos probados, al suprimir el





párrafo en que se describe el escenario intimidatorio, por otro en el que desaparece, y se considera que medió consentimiento por parte de la víctima, cuando la esencia de esa agravación está en el empleo de cualquier tipo de presión o persuasión que fuerce ese consentimiento.

Según criterio mantenido por jurisprudencia de esta Sala, la razón de la aplicación de dicha circunstancia de agravación se encuentra en la intensificación de la violencia o intimidación que sufre la víctima, lo que solo es comprensible si estamos hablando de agresión sexual [vuelvo a la terminología del CP por el que se condena], porque son estos elementos lo que definen el delito; esto es, ha de haber una violencia o intimidación de origen, a la que se añade un algo más que las intensifica, lo que es inviable en el delito de abuso sexual, pues, desde el momento que aparezca en escena el menor rasgo de persuasión coercitiva, lo convierte en agresión sexual.

La cuestión ha sido abordada en nuestra STS 828/2021, de 29 de octubre, en la que, sobre la viabilidad de aplicar la circunstancia al delito de abuso sexual, comenzábamos por decir que el M.F., en su escrito de contestación al recurso de casación ya consideraba que «esta solución sería cuestionable, como se expone en el recurso, en la generalidad de los casos, toda vez que a los delitos de abuso sexual del art. 181 CP no les son de aplicación las agravantes 1ª y 2ª del núm. 1 del art.180 (art. 181.5), siendo que solo se aplican en las agresiones sexuales de los art. 178 y 179».

En dicha sentencia reconocíamos que en el capítulo relativo a los atentados a la libertad sexual de los menores de 16 años no había una previsión expresa al respecto, pero, sin embargo, hacíamos extensiva su aplicación a ellos con el siguiente razonamiento:

«Con estos antecedentes, nos parece razonable que el M.F. se haya cuestionado la aplicación de la agravante, tanto que, en nuestra opinión, ha de ser suprimida, y, para llegar a tal conclusión, comenzaremos haciendo un repaso por nuestra jurisprudencia, de la que tomamos la STS 713/2020, de 18 de diciembre de 2020, en la que, tras una serie de consideraciones para distinguir un delito de otro, decía que, de lo expuesto "se desprende que en el delito de abuso sexual el consentimiento se encuentra viciado como consecuencia de las causas legales diseñadas por el legislador, y en el delito de agresión sexual, la libertad sexual de la víctima queda neutralizada a causa de la utilización o el empleo de violencia o intimidación. Dicho de otro modo, el delito de abuso sexual supone un consentimiento viciado por las causas tasadas en la ley, y por eso el Código Penal se expresa disponiendo que "se consideran abusos sexuales no consentidos" los que hemos reseñado con anterioridad. En todos ellos, la víctima o era incapaz de negarse a mantener cualquier tipo de relación sexual o se encontraba en una posición que le coartaba su libertad. En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis phisica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males».

Por su parte, seguíamos añadiendo que, en la STS 585/2014, de 14 de julio de 2014, decíamos lo siguiente:

«La ratio agravatoria de la cualificación, según la doctrina mayoritaria tendría su base, entre otras, en las siguientes razones: a) en la acusada superioridad que proporciona al sujeto activo la intervención de otros. b) se produce un mayor aseguramiento de los designios criminales, al intensificarse la intimidación con la efectiva disminución de la capacidad de resistencia de la víctima. c) existen menos posibilidades de defensa de la víctima y por contra mayores facilidades para plegarse a las pretensiones de los agresores, consecuencia de la mayor potencialidad lesiva. d) mayores dificultades para defenderse o intentar la huida. Facilita la ejecución del delito por la mayor indefensión que ocasiona».

Y concluíamos nuestro razonamiento de la siguiente manera:

«Como vemos, la razón de agravación de la circunstancia, que se pone en relación con actuaciones de contenido violento y/o intimidatorio, se encuentra en la superioridad que genera sobre la víctima, a quien coloca en una situación en la que quedan disminuidas sus posibilidades de defensa frente a actuaciones que no consiente, con lo que, al ser esto así, en una interpretación sistemática del propio art. 183, debe llevar a la conclusión de que, por más que en el mismo se agrupen ambos delitos, a cada cual le han de ser de aplicación las circunstancias que sean compatibles con él, por ello que no quepa en el delito de abusos sexuales, pues, siendo consentidos, no se aprecia el menor vestigio de violencia o intimidación, y es que no tiene por qué haber



un tratamiento penal distinto por la circunstancia de que la víctima sea menor, o mayor, ya que los elementos para la valoración de la conducta, que están en función de los medios para vencer la oposición de la víctima, no tienen por qué diferir en razón a la edad, cuando no hay ninguno que aplicar ante el consentimiento de ésta. Y esto que decimos, hasta tal punto es así, que el propio legislador ha caído en la cuenta del diferente tratamiento al que deben quedar sujetas estas ilícitas conductas sexuales, según haya mediado violencia o intimidación, caso de las agresiones sexuales, o no, de los abusos sexuales, como resulta de los términos en que ha quedado redactado el art. 183 quáter, tras la reciente reforma habida por LO 8/2021, de 4 de junio, en que ha limitado el efecto de exclusión de la responsabilidad criminal por el consentimiento libre del menor de 16 años, únicamente a los delitos previstos en el art. 183. 1 CP».

5. En mi opinión, por tanto, debiera haberse suprimido la específica agravación del apdo. 4 b) del art.183 CP, actual 181. 4 a), lo que debería tener sus consecuencias en la determinación de la pena, como expondré en el tercero de los fundamentos.

**SEGUNDO.**- Una segunda discrepancia la muestro con la supresión que hace el voto mayoritario de la atenuante analógica del anterior art. 183 quáter, cuyo parangón sería el actual 183 bis, tras la reforma operada por LO 10/2022.

1. Dicho voto, a la hora de rechazar la aplicación de la atenuante analógica, que, con base en el art. 183 quáter, aprecia la sentencia recurrida, realiza determinadas consideraciones, en línea con la exposición que hace el M.F. en su recurso, del que, por otra parte, me sorprende que no siga las pautas de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del referido artículo, que sí contempla la posibilidad de tal atenuante, y que, además, ha sido tenida muy en cuenta por la sentencia recurrida para su apreciación.

De entre esas consideraciones destacaré dos, que me parecen determinantes para la conclusión final que mantiene: una, cuando argumenta que más compleja parece la posibilidad de apreciar una circunstancia de análoga significación conforme al art. 21.7ª CP, que el voto mayoritario acaba rechazando, porque entiende que no tiene «anclaje legal», donde coloca la clave para su desestimación y, entre las reflexiones que hace al respecto, esgrime que no puede construirse una atenuante *ex novo*, porque carecería de cobertura legal habilitante, e invoca el art. 21.7 CP, que establece que, para aplicar una atenuante analógica, se refiere a «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores», de manera que, si solo dice «las anteriores», no cabe en él cualquier otra causa de atenuación de responsabilidad que se encuentre en otro articulado del CP, como sucede con el derogado el art. 183 quáter, actual 183 bis.

En otra de sus alegaciones, referido a la aplicación de dicha circunstancia de atenuación, dice el M.F. que «esta Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de manifestarse sobre la materia».

Sobre estas dos cuestiones, con las que discrepo, daré la respuesta que me lleva a ello, pero antes quiero avanzar que utilizaré en unas ocasiones el concepto atenuante analógica muy cualificada y en otras el de semiximente o eximente incompleta, sin parar en matizaciones diferenciales entre una y otra, porque a efectos penológicos, que es lo que nos ocupa, cabría llegar a igual reducción por la vía del art. 66.1.2ª CP, que por la del art. 68 CP.

**2.1.** Comenzando por esta segunda cuestión, esto es, la relativa a pronunciamientos anteriores de esta Sala, me referiré a la STS 699/2020, de 16 de diciembre de 2020, recaída en Recurso de Casación 794/2019.

Dicho recurso tiene sus antecedentes en la Sentencia 54/2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en que, formulada acusación por el M.F por un delito de abuso sexual de menor de 16 años, interesó la aplicación de la circunstancia atenuante analógica de prestación de consentimiento del art. 21.7ª/183 quáter, circunstancia que fue apreciada en la referida sentencia como muy cualificada, que da las correspondientes explicaciones al respecto.

Aun así, la sentencia fue recurrida en apelación por la defensa, cuyo recurso fue desestimado en Sentencia 9/2019, de fecha 4 de febrero de 2019, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a su vez recurrida en casación, también por la defensa, que dio lugar a nuestra STS 699/2020, en que se estima el recurso y se vuelve a hacer una serie de consideraciones en favor de la aplicación, que tienen como resultado que la atenuante analógica que, en la sentencia recurrida había dado lugar a la reducción de la pena en un grado, se rebaje en dos, porque se consideró que la «relación entre el acusado y la menor era muy cercana a la simetría en cuanto a desarrollo y madurez, o, por lo menos, que no existían unas diferencias tan sustanciales como para no reducir la pena en dos grados».

**2.2.** La sentencia recurrida que aquí nos ocupa, en su fundamento de derecho 13º, que parte de que ni en Severiano ni en Jose Manuel cabe apreciar lo que llama eximente del art. 183 quáter, pasa a las



consideraciones para su aplicación como una eximente incompleta o una atenuante analógica cualificada, con el siguiente razonamiento:

«Ello no obstante, en la medida que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado (la proximidad en el grado de desarrollo y maduración), cabe considerar su aplicación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 (Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 quáter cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez)».

Continúa con una serie de consideraciones al respecto, tras las que acaba decantándose por aplicar la atenuante como muy cualificada, con el siguiente discurso:

«Por su parte, examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos. Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en Jose Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7º del Código Penal con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 quáter del Código Penal».

El anterior discurso no difiere mucho del que hacíamos en nuestra STS 699/2020, y, por lo tanto, no debería habersele puesto reproche alguno y mantener la atenuante apreciada en la sentencia recurrida.

**2.3.** Además, en el repaso por nuestra jurisprudencia, en el fundamento jurídico 136 de la STS 749/2022, de 13 de septiembre de 2022, recogiendo doctrina asentada en relación con la creación de circunstancias atenuantes por analogía decíamos como sigue:

«Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía: a) En primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y característica de las cinco restantes (hoy 6) del art. 21 del Código penal; b) En segundo lugar, aquéllas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) En un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) En cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico Protegido; e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas».

Y más en concreto, en favor de su apreciación como muy cualificada para los casos de delito de abuso sexual y en relación con el art. 183 quáter, en la STS 672/2022, de 1 de julio de 2022, se admitía expresamente. Decíamos así:

«El Tribunal Supremo ha considerado que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía "las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido" ( SSTS nº 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras). La propia rúbrica del Capítulo II bis, al referirse a "abuso" (excluyendo las conductas de agresión sexual por no obedecer a actos consensuados, como ya se dijo), indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación. Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al art. 183 quáter cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento».



Por lo tanto, sí existen antecedentes de esta Sala manifestándose sobre la creación de una atenuante analógica, incluso como muy cualificada, a partir de la cláusula de exoneración del art. 183 quáter .

**3.1.** En relación con el argumento que, poniendo el acento en la «análoga significación que las anteriores», como dice el art. 21.7ª CP, mantiene el voto mayoritario que la referida circunstancia no tendría «anclaje legal», sino que sería construir una atenuante *ex novo*, que carecería de cobertura legal habilitante, tampoco lo considero obstáculo alguno para su apreciación.

Parto en mi razonamiento de que el voto mayoritario no niega que puedan existir situaciones intermedias entre la total y no total exoneración de responsabilidad, pues considera que, según la cláusula del art. 183 quáter, la solución solo puede ser o exención absoluta, cuando concurren todos los factores, o, si no concurren, la absoluta responsabilidad, de manera que, aunque puedan darse esas situaciones intermedias, no es viable construir una atenuante analógica a partir de él, lo que es tanto como admitir la argumentación que hace la sentencia recurrida que establece que en el caso se dan, con distinto alcance para cada condenado, como también comparte este Magistrado, de ahí que mi discurso girará en torno a esta cuestión, esto es, a exponer las razones por las que, en mi opinión, la atenuante apreciada en la sentencia recurrida se debería haber mantenido, reconociendo, como reconoce el voto mayoritario, que nos encontramos con situaciones intermedias.

Como digo, esa línea argumental de que no cabe apreciar la atenuante en situaciones intermedias es la que siguen mis compañeros con extensión; por un lado, en los quince folios del fundamento de derecho quinto, más en otros cinco en el fundamento séptimo, pero, sin embargo, introducen un párrafo al final, de solo ocho líneas, en el que varían dicho discurso, con otro que tampoco comparto, y al que dedicaré la atención en el apartado 3.6 de este mismo fundamento, donde reproduciré dicho párrafo.

**3.2** En efecto, entre las consideraciones que hace el voto mayoritario en contra de apreciar la atenuación, entiende -reitero- que, tal como resulta del texto del art. 183 quáter, éste no permite opciones intermedias, sino que, según dicha cláusula, la solución solo puede ser en favor de la exención absoluta, cuando concurren todos los factores, y, si no concurren, la conclusión ha de ser la absoluta responsabilidad, pues el texto legal no permite otra alternativa, lo que se encuentra en línea con la frase con que comienza la fundamentación de su recurso el M.F. que dice como sigue:

«La dicción del art. 183 quáter plantea la disyuntiva entre exoneración o responsabilidad íntegra sin matices o soluciones intermedias simplemente atenuatorias cuando aparezcan episodios de cierta penumbra como una madurez solo relativa que, sin llegar a cumplir todos los requisitos de la norma, se aproximen a la situación allí contemplada».

Con los respetos que me merece dicha opinión, digo que no la comparto, porque, leído el referido artículo, se puede comprobar que lo que dice es que el consentimiento libre del menor de 16 años «excluirá la responsabilidad penal», pero no dice que sea una exclusión ni total ni parcial, sino que lo pone en relación con esos factores de proximidad en edad y desarrollo o madurez entre quienes mantienen la relación sexual, que no son factores absolutos, sino modulables en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, y que no impide acudir a valoraciones a la hora de determinar la extensión o intensidad con que se den en cada relación.

**3.3.** Tampoco comparto que el art. 21.7 CP sea un obstáculo para aplicar por analogía, como atenuante/semieximente, el art. 183 quáter. Es cierto que no se trataría de una circunstancia de análoga significación a las demás que se encuentran el dicho art. 21, pero ello no es óbice que impida que la analogía, en la pura comprensión que de su uso y sentido cabe hacer acudiendo al art. 4 del Código Civil, pueda entrar en juego. De hecho, así lo ha considerado este Tribunal en Sentencias como las más arriba mencionadas 672/2022 y 749/2022.

En efecto, según opinión de un sector autorizado de la doctrina, lo que el art. 21.7 CP recoge es lo que se conoce como una «cláusula legal de analogía», que no deja de ser un instrumento de interpretación, pero que debe distinguirse de la analogía, ya que, en realidad, cuando se acude a esta circunstancia, más que una aplicación analógica de la ley, se aplica la propia ley a la que se dota de contenido a través de la interpretación, con lo que estaríamos hablando de interpretación analógica, no incompatible ni excluyente con hacer uso del referido art. 4 del Código Civil.

En todo caso, se comparta, o no, el anterior criterio, en mi opinión la cuestión ha de resolverse desde el alcance que a la analogía corresponde a partir de este art. 4 del Código Civil, que reproduzco en su integridad:

«1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente





en ellas. 3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

En la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se aprobó el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, tras recordar que el método idóneo para salvar las lagunas de la ley es la analogía, continúa diciendo que «esta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto», con lo que lo que se está diciendo es que, en caso de laguna legal, si el supuesto de hecho no está expresamente contemplado en la norma, pero tiene una similitud jurídica esencial con otro previsto, la analogía es el instrumento para cubrir esa laguna legal, en cualquier rama del ordenamiento jurídico, por lo tanto, también, en el penal, porque así lo establece ese apdo. 3 del art. 4 del Código Civil.

Cierto que el apdo. 2 establece una excepción a esa aplicación analógica para las leyes penales, lo que conlleva a adentrarnos en las peculiaridades que se dan en el ámbito del derecho penal sustantivo, en que, regido por el principio de legalidad, tal mención ha de venir referida, exclusivamente, a aquellas normas penales perjudiciales para el reo, como las que sean fundamento de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad, mientras que, para las que le sean favorables, por más que se encuentren recogidas en el Código Penal, no les alcanza tal prohibición; es el distinto tratamiento que corresponde según se trate de la analogía permitida o *in bonam partem* y la prohibida o *in malam partem*.

**3.4.** Decía más arriba que lo que el art. 183 quáter establece es que el consentimiento libre del menor de 16 años «excluirá la responsabilidad penal», pero no dice que sea una exclusión ni total ni parcial, sino que lo pone en relación con esos factores de proximidad en edad y desarrollo o madurez entre quienes mantienen la relación sexual.

Sin entrar en el debate en profundidad sobre la naturaleza jurídica de dicha cláusula exoneratoria, y sin perjuicio de que hay autores que la consideran como una excusa absolutoria, esta Sala en STS 700/2020, 16 de diciembre, ha etiquetado el art. 183 quáter como «[...] una causa de exención de la responsabilidad, cuya naturaleza se aproxima a una causa de exclusión de la tipicidad ...». Así la trataré, esto es, como una cláusula de exclusión de la tipicidad, por prestación de un consentimiento, que, como tal, exime de responsabilidad, como sucede con las circunstancias eximentes, quizás más próxima a la genérica de consentimiento; y cláusula a la que el legislador, insisto, ha anudado algunos requisitos, lo que necesariamente ha de llevar a una valoración sobre la concurrencia e intensidad de los mismos, para, en función de ello, determinar el alcance de tal exoneración, que, como digo, no la concreta el precepto.

Este es el criterio que sigue la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, sobre la aplicación del art. 183 quáter del CP, en que, poniendo el acento en la eficacia del consentimiento, entre otras consideraciones, mantiene que «el legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez)». Y puesto que estos parámetros son difusos, o si se quiere, conceptos jurídicos indeterminados, el precisar con exactitud qué situaciones tienen cabida en el precepto, o no lo tienen, sobre todo si nos encontramos en situaciones limítrofes, no es fácil, sin olvidar que, en atención a la rigidez con que se interprete la norma, puede depender de ello una absolucón o una condena sin pasar por una zona intermedia, lo que, en mi opinión, podría generar roces con el principio de proporcionalidad, al que no debe ser ajeno el aplicador de la ley penal.

**3.5.** Si miramos al art. 21 CP, vemos que la 1ª circunstancia atenuante es la relativa a las eximentes incompletas, esto es, como dice el precepto, «las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

Por su parte, el art. 20 CP se inicia proclamando que «están exentos de responsabilidad criminal», y pasa a definir las distintas eximentes, al igual que sucede con el 183 quáter; y es en el 21.1ª donde se contempla la hipótesis de que falte a alguna de ellas algún requisito para valorar como semieximente lo que el artículo anterior ha definido como eximente.

Si el art. 183 quáter contempla un caso de exención de responsabilidad penal, conectado con el consentimiento, no veo razón que impida extender a él, por razones de analogía, el mismo régimen de atenuación que para otras eximentes se establece en el art. 21.1ª CP; con más razón si se entiende que la dicción del propio artículo, cuando establece que el consentimiento del menor de 16 años «excluirá la responsabilidad penal», no impide apreciar zonas intermedias entre la total responsabilidad y la total exoneración de responsabilidad. El que se niegue que tal proceso se pueda aplicar al 183 quáter, es negar la operatividad de la analogía a favor de reo en el ámbito penal, en contravención de lo dispuesto en el art. 4 de Código Civil, porque, si el legislador ha previsto que, desde la definición de una eximente completa, quepa



llegar a una incompleta, no veo razón que impida seguir el mismo criterio para conformar, a partir de la causa de exoneración del 183 quáter, una causa incompleta, y, si se quiere, una analógica a ella.

Así, habiendo admitido la sentencia mayoritaria que caben situaciones intermedias que pueden favorecer al reo, y ofreciendo el ordenamiento jurídico instrumentos para darles respuesta, en lugar de dejar de acudir a los mismos mis compañeros, con la quiebra que puede suponer para el principio de proporcionalidad, creo que deberían haber hecho uso de ellos, pues, de esta manera, no se haría sino seguir una doctrina de esta Sala, que encontramos en Sentencias, como la 404/2022, de 22 de abril, en que decíamos que «el principio de proporcionalidad establece la necesidad de que la pena a imponer ha de estar necesariamente en función de la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal, de tal manera que esta no resulte desproporcionada al hecho cometido. Este principio sirve de base para la graduación de las penas en el derecho penal español. La idea de lo proporcional es hasta tal punto imprescindible en la graduación de las penas que se erige en principio general del Derecho Penal».

En resumen, si se reconoce la existencia de situaciones intermedias, como sucede en el caso, no es razonable que se les dé una respuesta penal extrema, como hace el voto mayoritario, sino que debería ser en ese marco intermedio, lo que es posible mediante la apreciación de la atenuante cualificada que, con buen criterio, aplica la sentencia recurrida. No operar así, lo considero incoherente, por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena, en relación con ese reproche intermedio que la propia mayoría admite que merece la conducta, cuando ello puede ser evitado conforme al principio de interpretación conforme a parámetros de proporcionalidad, como entiendo que tiene cabida por medio de instrumentos como los que he ido exponiendo, y en la medida que acudir a ese principio de proporcionalidad no deja de estar dentro de las funciones del órgano judicial en su tarea de individualización de la pena, pues, como decíamos en STS 397/2021, de 10 de mayo de 2021, «dentro de los límites legales, el principio de proporcionalidad ha de presidir la tarea de individualización penológica en cada caso atendiendo a los criterios del Código que remiten a esos cánones de proporcionalidad».

**3.6.** No obstante ser la línea argumental del voto mayoritario, para no apreciar la atenuante, la expuesta, esto es, que no caben zonas intermedias, introduce ese párrafo de solo ocho líneas al finalizar, en apoyo de su tesis, que supone un cambio radical en su discurso, y que, si su razón de ser es para abundar en el rechazo de la atenuante, no veo su necesidad, y no acabo de entenderlo, cuando no le encuentro apoyo en el hecho probado. Lo transcribo:

«También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal».

Si acudimos a los hechos probados y nos fijamos en los relativos al día 24 de noviembre, que es por los que se condena, en mi opinión, no dan cabida a tal aseveración.

Es cierto que, en esos hechos probados, se recoge una conversación mantenida entre Severiano y Hortensia el día 21, en que se habla de temas sexuales, entre los cuales, aquél dice a ésta: «entonces el viernes hacemos trío u orgía?», pero, sin embargo, en el propio hecho probado, se precisa «que no ha resultado probado que dicha conversación se realizase con seriedad, por ninguna de las partes, ni que tampoco los acusados le propusieran de forma seria a Hortensia mantener dichas relaciones sexuales».

Y en esos hechos probados, tal como quedan, tras la redacción que les da el TSJ, básicos para la estimación de su recurso, tampoco encuentro vestigio alguno de relación sexual grupal; es más, se descarta la intimidación ambiental que tiene en cuenta sentencia de instancia, como también la participación de cada uno de los acusados en la relación sexual de los otros, y se individualizan los actos sexuales de cada uno de ellos; y no solo lo dice la sentencia del TSJ, sino que lo ratifica expresamente el voto de la mayoría, cuando añade, y repito su pasaje transcrito más arriba (FJ 1º.3): «de esta manera, tras lo expuesto no se desprende de los hechos declarados probados que pueda aplicarse la concurrencia de la intimidación en ninguna de las modalidades, o supuestos, que se contempla en la jurisprudencia de esta sala, ya que la redacción de los hechos probados no determina la concurrencia de esta persuasión coercitiva analizada según se ha expuesto. En consecuencia, moviéndonos en el marco de la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM y visto el resultado final de los hechos probados expuesto por el TSJ no tiene cabida alguna la concurrencia de intimidación ambiental».

Pues bien, si la sentencia mayoritaria, además asumir la línea argumental de la recurrida, que descarta la intimidación ambiental, dice esto, no veo razón para que introduzca un pasaje como el que he reproducido en el párrafo segundo de este mismo apartado, a los efectos de descartar la atenuante con otro argumento, no ya porque fuera innecesario para incidir en su no concurrencia, cuando con anterioridad y en extensión lo



había defendido con otro discurso, sino por la carga peyorativa que añade, que no debería haber introducido en contra de reo.

Y, si no fuera así, que se diga que la atenuante no sería de aplicación en un marco de orgía sexual como el que se describe en los hechos probados, no acabo de verlo, porque, como he expuesto más arriba, tal marco, del que se habla en una conversación del día 21, lo descarta el hecho probado, y si se considera que se produjo el día 24, cuando se cometen los hechos, debiera haber merecido alguna explicación por parte de mis compañeros, y en qué términos y circunstancias tuvo lugar.

Como tampoco entiendo que se diga que el escenario en que se producen los hechos fue cercano a una relación sexual grupal, cuando tal circunstancia se ha descartado y es algo que es difícil compatibilizar con algún otro pasaje, como el que reproduzco, traído del F.J. 1º 3, en que recojo argumentaciones que hay en la sentencia mayoritaria:

«Por otro lado, la circunstancia de que se trate de tres personas no determina por sí mismo la concurrencia de una persuasión coercitiva por el hecho de que se trate de una actuación sexual entre tres hombres y una mujer», pasando a explicar cuando un escenario de ese tipo permite hablar de tal tipo de persuasión, que descartan mis compañeros que se diera en el caso que nos ocupa, diciendo que «pero distinto es cuando de la prueba practicada y de la propia declaración de la víctima en su entorno social se determina que esa actuación sexual ha sido realizada de modo voluntario, como así expone el TSJ de forma racional».

**3.7.** Por las consideraciones realizadas en el presente fundamento, entiendo que no debió suprimirse la atenuante analógica contemplada en la sentencia recurrida.

**TERCERO.-** Mi último punto de discrepancia con el voto mayoritario es en cuanto a la pena a imponer, que, necesariamente, ha de ser menor que la que fijan mis compañeros, desde el momento que, como he expuesto en los fundamentos anteriores, ni debería ser de aplicación el subtipo agravado del art. 183.4 b), tras la reforma art. 181.4 a), ni suprimirse la atenuante muy cualificada, análoga al art. 184 quáter, actual 183 bis.

**1.** Comparto con la mayoría que, por imperativo de lo dispuesto en el art. 2.2 CP, deberá ser aplicada la ley penal más favorable al reo, lo que no es sino consecuencia de la coherencia que guarda con el art. 9.3 CE, que garantiza, entre otros principios, «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables», de manera que, en la medida que solo se prohíbe la irretroactividad de lo desfavorable, cabe mantener que está autorizada la retroactividad de lo que sea favorable, con lo que no estoy diciendo nada que no haya dicho el TC, como hizo en Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, en que se puede leer que este problema «viene regulado por nuestra Constitución en su art. 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable».

A partir de aquí, si el legislador ha decidido minusvalorar el reproche penal de una conducta, no parece coherente con ello que se busquen fórmulas para soslayar su voluntad, de manera que el reo siga padeciendo unas consecuencias que no son acordes con esa nueva norma, sino que, por puro mandato legal, lo procedente habrá de ser su adaptación a ella, y por razones de proporcionalidad individualizar la pena a la que corresponda conforme al nuevo marco penológico, si éste es más favorable.

Quiero significar, también, que, el caso, no se trata de uno de revisión de sentencia firme, porque no lo es la recurrida, sino que estamos en trámite de un recurso de casación, donde se plantea un problema de individualización de la pena, como se puede plantear en cualquier recurso de casación, en cuyo proceso ha de comenzarse por la determinación del marco penal abstracto, esto es, por la legislación aplicable, para que, desde ahí, descienda el juez al concreto de su individualización, lo cual, insisto, supone la necesidad de observar la legalidad aplicable.

Dicho de otro modo, si el legislador ha entendido que una conducta ha de ser considerada delito, para el que ha establecido un arco penológico determinado, es porque ha decidido intervenir en esos términos, el que luego el juez, dentro de ese marco legal abstracto, concrete la pena, es una cuestión de individualización judicial, sujeta al arbitrio del juez que ha de imponerla en función de los criterios que también el legislador ha puesto en sus manos.

Como digo, en el caso no estamos ante un caso de revisión de sentencia firme, sino que, entre que se dictó la sentencia recurrida y su revisión en casación, ha habido una reforma legislativa que resulta más favorable al reo, con lo que en este trámite, vistos los términos en que vienen regulados los hechos delictivos por los que se condena, esa individualización habrá de hacerse, al tener que pasar por la determinación de la ley aplicable, adaptándonos a la nueva legalidad, por ser, precisamente, más favorable al reo.



2. En la sentencia recurrida, se codena por un delito de abuso sexual a menor de 16 años, comprendido en el art. 183.1.3. CP, vigente en la fecha de los hechos, que contemplaba una pena de prisión de 8 a 12 años, y que al concurrir el subtipo agravado del apdo. 4 b), la pena sería de 10 años y 1 día a 12 años; ahora bien, como consecuencia de la apreciación de la atenuante analógica cualificada a la cláusula del art. 183 quáter, cabe reducir la pena en dos grados, en uno, de 5 a 10 menos 1 día de prisión, y en dos de 2 años y 6 meses a 5 años menos 1 día de prisión.

Conforme a la nueva legislación, los hechos por los que vienen condenados los acusados, serían constitutivos de un delito, de lo que la LO 10/2022 llama realización de actos de carácter sexual con menor de 16 años, con acceso carnal, del art. 181. 1 y 3, que, descartada la aplicación del subtipo agravado del apdo. 4 a), lleva aparejada una pena de prisión de 6 a 12 años; ahora bien, como consecuencia de la apreciación de dicha atenuante cualificada, que sigo considerando que debió ser mantenida, cabe reducir la pena en dos grados; uno, de 3 años a 6 años menos 1 de prisión, y dos, de 1 año y 6 meses a 3 años menos 1 día de prisión.

Al margen la reducción penológica, sucede que en la sentencia recurrida ha habido un proceso de individualización judicial, en tanto en cuanto el tribunal ha dado unas explicaciones, que considero suficientes y razonables a los efectos de esa individualización que al mismo correspondía, de manera que, habiendo cumplido con su deber de motivación y debiendo ser respetado su arbitrio en la concreción de las penas, ningún reproche merece su decisión, y ese criterio se mantendrá, con la adaptación que, por razones de proporcionalidad, ha de hacerse al nuevo marco penológico.

Hubiera procedido, en mi opinión, una reducción de la pena impuesta en la sentencia recurrida, que, siguiendo el criterio de individualización del tribunal *a quo*, y en atención a razones de proporcionalidad con dicha rebaja, entiendo que la de cuatro años de prisión que fue impuesta a Severiano, debería haber quedado en dos años y seis meses de prisión, y la de tres años impuesta a Jose Manuel en dos años de prisión.

Fdo. Ángel Luis Hurtado Adrián