



Roj: **STS 3325/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3325**

Id Cendoj: **28079120012022100756**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2022**

Nº de Recurso: **5215/2020**

Nº de Resolución: **750/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Vizcaya, Sección 6ª, 30-06-2020 (rec. 85/2018),
STSJ PV 384/2020,
STS 3325/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 750/2022

Fecha de sentencia: 14/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5215/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO SALA CIV/PE

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

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5215/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 750/2022

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por **Juan Carlos**, representado por la procuradora D.^a Mónica Fente Delgado y defendido por el letrado D. José Félix Fernández López; siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 56/2020, de 15 de octubre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el rollo de apelación 69/2020.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 2 de los de Bilbao recibió atestado instruido por la Ertzaintza, e incoó diligencias previas contra **Juan Carlos**, por **delito** de abuso sexual a menor, entendiéndose que los hechos aparentemente delictivos podían llevar aparejadas elevadas penas de prisión, emitiendo auto el 15 de noviembre de 2018, en el que se incoa procedimiento sumario ordinario. Se prosigue con la investigación judicial, y el 7 de julio de 2019, se emite auto de procesamiento. Remitida la causa a la Audiencia Provincial de Vizcaya Sección Sexta, en el rollo penal ordinario 85/2018, se dictó sentencia n.º 36/2020, de 30 de junio, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- Resulta probado y así se declara que hacia la primavera-verano del año 2016, D. Juan Carlos y D.^a Gregoria contactaron a través de una red social y quedaron para conocerse En aquellas fechas Gregoria tenía trece años de edad (había nacido el NUM000 de 2002) y D. Juan Carlos 21 años de edad. Ambos supieron de inmediato la edad de una y otro.

Resulta probado que pocas semanas después (entre un mes y dos meses) de conocerse comenzaron a tener relaciones sexuales completas, con penetración vaginal, anal y bucal. Durante las relaciones sexuales D. Juan Carlos mordía a Gregoria, produciéndole lesiones cuya entidad no ha podido precisarse, al no haber acudido la joven a ningún centro médico, ni haberlas denunciado en su día.

SEGUNDO.- Resulta probado y así se declara que en verano de 2017 dejaron la relación a requerimiento de la madre de ella, y de común acuerdo entre Gregoria y Juan Carlos, retomándola a principios del año 2018.

Resulta probado y así se declara que la relación entre Gregoria y Juan Carlos se reanudó cuando la madre de Gregoria se dirigió a Juan Carlos. D.^a Inmaculada veía muy triste y afectada a su hija por la ruptura de su relación con Juan Carlos, y consideró la mujer que lo adecuado era que volvieran a estar juntos. Ante esa petición, Juan Carlos y Gregoria reanudaron su relación sentimental en enero de 2018.

Resulta probado y así se declara que desde esa fecha (enero de 2018) y hasta el 25 de marzo de 2018, D. Juan Carlos y D.^a Gregoria mantuvieron relaciones sexuales frecuentes y completas, con penetración vaginal, bucal y anal, y en el curso de esas relaciones sexuales siguieron dándose mordiscos y tirones de pelo por parte del acusado a la joven Gregoria.

TERCERO.- Resulta probado y así se declara que en la madrugada del 25 de marzo de 2018, llegaron ambos al domicilio en que residía Juan Carlos, y mantuvieron relaciones sexuales completas, produciéndose un episodio de tal violencia que alertó a la familia de D. Juan Carlos, que se encontraba en la casa. Por razones ajenas a estos hechos, se presentó en el domicilio una patrulla de la policía autonómica con el fin de localizar e identificar a D. Juan Carlos (denunciado por robo de un teléfono móvil) y en ese momento constataron la presencia de la joven Gregoria junto a Juan Carlos. Solicitada su identificación, constatan que es menor de edad y que presenta lesiones, por lo que llaman a la madre de Gregoria para que se haga cargo de su hija.

Resulta probado y así se declara que, como consecuencia de esa intervención, Gregoria y su madre interponen denuncia contra Juan Carlos, imputándole agresiones de todo tipo (sexual y física) siendo examinada por el médico forense al día siguiente (inmediatamente después de interponer la denuncia) que objetiva las siguientes lesiones en el cuerpo de la joven Gregoria:

- . - tumefacción de la parte izquierda del labio superior, asociado, a una solución de continuidad de la mucosa labial.
- . - solución de continuidad de unos 2 cm de la parte medial del labio inferior (estas lesiones provocadas por mordedura)
- . - en zona supramamaria derecha, una erosión reciente lineal de 7 cm, desconociendo el mecanismo exacto de producción.



. en zona superior de la mama izquierda, una lesión figurada compuesta por dos erosiones de 2 cm de forma arqueada (en "espejo") de unos 2 cm, que están englobadas en una equimosis ovalada de color tenue de unos 4 cm (refiere producida por mordedura)

- en zona superior de cara interna de brazo izquierdo, una equimosis rojiza de unos 2 cm.

, - en cara anterior, borde cubital de muñeca derecha, una excoriación de 2 cm de tamaño.

- en 3º dedo de la mano derecha, articulación interfalángica distal, una erosión de 1 cm., asociado a edema local; en mano izda, en 2º dedo, articulación interfalángica distal; y en 3º dedo, articulación interfalángica proximal, otras lesiones de similares características, Estas lesiones, de morfología no figurada, refiere que son secundarias a mordedura.

- en cara dorsal, 1/3 inferior de antebrazo izquierdo, una lesión figura ovalada de contorno de color rojizo de unos 3x5 cm, compatible con el mecanismo de mordedura por ella alegado.

- en rodilla derecha, tres erosiones de 3 cm

Estas lesiones se las produjo D. Juan Carlos en el curso del encuentro sexual que ambos mantuvieron en la habitación del domicilio del acusado, el día 25 de marzo de 2018.

CUARTO.- Juan Carlos nació el NUM001 de 1995 en Colombia, y su número de identificación personal es el NUM002. Le consta condena anterior a dos años de prisión por **delito** de robo con violencia, que fue suspendida por resolución de 6 de julio de 2017, emitida por el Juzgado de lo Penal de Bilbao."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS "Que debemos condenar y condenamos a D. Juan Carlos, como autor responsable del **delito** de abuso sexual cometido a mujer menor de edad, a la pena de diez años y un día de prisión, y las penas accesorias siguientes: accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; prohibición de aproximarse a D.ª Gregoria a menos de quinientos metros del lugar en que resida, estudie, trabaje o frecuente; prohibición de comunicarse con D.ª Gregoria por cualquier medio. Estas prohibiciones se imponen por ocho años, e igualmente se le prohíbe por tres años la tenencia y porte de armas.

Que debemos condenar y condenamos a D. Juan Carlos, como autor responsable del **delito** de maltrato habitual, a la pena de un año de prisión, y las penas accesorias siguientes: accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; prohibición de aproximarse a D.ª Gregoria a menos de quinientos metros del lugar en que resida, estudie, trabaje o frecuente; prohibición de comunicarse con D.ª Gregoria por cualquier medio. Estas prohibiciones se imponen por dos años, e igualmente se le prohíbe por dos años la tenencia y porte de armas.

Que debemos condenar y condenamos a D. Juan Carlos, como autor responsable del **delito** de maltrato, a la pena de seis meses y quince días de prisión, y las penas accesorias siguientes: accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; prohibición de aproximarse a D.ª Gregoria a menos de quinientos metros del lugar en que resida, estudie, trabaje o frecuente; prohibición de comunicarse con D.ª Gregoria por cualquier medio. Estas prohibiciones se imponen por un año y seis meses, e igualmente se le prohíbe un año y seis meses, la tenencia y porte de armas.

Que debemos absolver y absolvemos al acusado D. Juan Carlos de dos **delitos** de maltrato, así como el de injurias leves y absolvemos de otro **delito** de abuso sexual del que también ha sido acusado.

Por la vía de responsabilidad civil deberá indemnizar a D.ª Gregoria (en la persona de su representante legal) en la cantidad de ocho mil euros (9.000€).

Le imponemos el pago de las costas causadas en este juicio, incluyendo las devengadas por el ejercicio de la acusación particular.[...]."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la defensa de **Juan Carlos**, dictándose sentencia n.º Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el rollo de apelación 69/2020. que contiene la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMAMOS el Recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Juan Carlos contra sentencia de fecha 30 de junio de 2020, dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Sexta en el Rollo penal ordinario 85/2018, por los **delitos** de abuso sexual a menor de 16 años, maltrato habitual y maltrato, que se confirma.

Con imposición de costas a la parte recurrente.[..]"

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Juan Carlos**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones



necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, con base procesal en el art. 5.4 de la L.O.P.J., al haber infringido la Sentencia que recurro, los artículos de la Constitución 24-1 y 2 por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

SEGUNDO: Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 14-3 Código Penal, con la consecuente aplicación indebida del art 183-1 y 3 y 74 del mismo Texto legal.

TERCERO: Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del art 9-3 de la Constitución Española, que regula el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, vulnerando la Sentencia los principios de motivación y congruencia de las Sentencias.

CUARTO: Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, al haberse infringido por inaplicación el art 183 *quáter* Código Penal .

QUINTO: Por infracción de Ley del nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 183 *quáter* Código Penal , con la consecuente aplicación indebida del art 183-1 y 3 y 74 del mismo Texto legal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de junio de 2022 se señala el presente recurso para fallo para el día 13 de septiembre, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia que en apelación de la dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, condena al recurrente como autor responsable de un **delito** de abuso sexual cometido a menor de edad y como autor de un **delito** de maltrato habitual, siendo absuelto de otro **delito** de maltrato. En síntesis, el hecho probado refiere que el acusado, de 21 años de edad, conoció en la primavera-verano del año 2016 a la víctima de 13 años de edad, conociendo ambos la edad de uno y otro. A las pocas semanas de conocerse comenzaron a tener relaciones sexuales, con penetración, en el curso de las cuales causó diversas lesiones a consecuencia de mordiscos del acusado hacia su víctima. Al año siguiente de comenzar a salir interrumpieron la relación a requerimiento de la madre de ella, y en enero del 2018 reanudaron la relación, también a instancias de la madre. Desde esa fecha y hasta marzo desde 2018, mantuvieron relaciones sexuales con penetración y la producción de mordiscos y tirones de pelo. El día 25 de marzo del 2018 mantuvieron relaciones sexuales completas "produciéndose un episodio de tal violencia que alertó a la familia del acusado... Presentándose la policía que requirió la identificación, comprobando las lesiones en la menor, y que era menor de edad por lo que llaman a su madre para que se haga cargo de su hija". Como consecuencia de esta intervención se interpone la denuncia siendo examinada por el Médico Forense que refiere las lesiones causadas el día 25 de marzo de 2018.

Formaliza un primer motivo de oposición en el que denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, reiterando en esta sede casacional la misma argumentación que planteó ante el Tribunal Superior de Justicia cuando sostuvo la apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia

La sentencia objeto de la casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación de la dictada por la Audiencia Provincial que ha conocido del objeto del proceso penal en el que, en la primera instancia, se celebró el juicio oral con la práctica de la prueba, y en la segunda se ha procedido a la revisión del pronunciamiento condenatorio dictado en la primera instancia. Ambas, han realizado el enjuiciamiento de los hechos. Por lo tanto, cuando se plantea la casación ya se han pronunciado dos instancias jurisdiccionales sobre la conformación de los hechos y se ha satisfecho el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria conforme a las exigencias del proceso penal. Como hemos reiterado, por todas STS 20/2019, de 8 de enero, la casación que surge de la reforma operada por la Ley 41/2015, ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su



inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la actividad probatoria.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia aparece correctamente enervado en las sentencias recaídas en autos. Las relaciones sexuales, con penetración, aparecen afirmadas por el acusado y la víctima, y la sentencia declara que los intervinientes en la relación en ningún momento niegan su existencia. El cuestionamiento referido a la presunción de inocencia se refiere al conocimiento de la edad de la víctima en los hechos por parte del acusado. La cuidada motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial refiere los elementos probatorios para afirmar ese conocimiento cuestionado en el recurso. Su constancia parte de la declaración de la víctima, quien afirmó haberla dicho al inicio de la relación al acusado y a sus amigos. También las declaraciones del acusado. Este no declaró en el juicio oral a las preguntas de la acusación, dándose lectura a las declaraciones del sumario, donde declaró conocer la edad de la víctima en los hechos, y fue indagado sobre el contenido de esa declaración. En el mismo juicio oral sí que manifiesta haber oído a la madre de la víctima que esta era menor de edad. El tribunal afirma ese conocimiento, además, por las declaraciones de la madre de la menor y la madre del acusado, al referir ambas que el acusado conocía que la víctima iba al colegio. Por último, la policía que se personó en la vivienda el 25 de marzo de 2018, afirma que el acusado le manifestó conocer que la víctima tenía 15 años y que llevaban saliendo dos años, por lo tanto el tribunal deduce, de forma racional, el conocimiento de la edad de la víctima por el acusado.

En el recurso el acusado se limita a manifestar su desconocimiento de la edad sin oponer ningún argumento que enerve la convicción racional expresada en la sentencia del enjuiciamiento a la que se remite la sentencia de revisión que es la que es objeto del presente recurso de casación. Esta Sala, en su función de controlar la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, constata que sobre el hecho objeto del cuestionamiento planteado a través del motivo formalizado por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. El tribunal dispuso de la precisa actividad probatoria, las declaraciones personales oídas en el juicio oral, y sobre esa base ha conformado una convicción sobre el conocimiento derivado no solo de la información testifical recibida, sino también de las conjeturas lógicas que se extraen de los comportamientos que resultan de esa testifical, cómo es que la víctima fuera al colegio, que terceros testigos constatan esa minoría de edad, y que manifestaran, tanto los padres como la policía, la verbalización por el acusado del conocimiento de la edad.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo el recurrente denuncia el error de derecho producido en la sentencia al inaplicar el artículo 14.3 del Código Penal, el error de prohibición, sobre lo prohibido de mantener relaciones sexuales con menores de 16 años. Desarrolla su impugnación reseñando el contenido esencial del error de prohibición derivado de la falta de conocimiento de la antijuridicidad y transcribe sentencias de esta Sala, 155/2018 de 4 de abril, y 13/2020, de 28 de enero, en la que han apreciado la existencia de un error de prohibición

Como repetidamente ha señalado este Tribunal, la existencia de un error relevante, tanto cuando el mismo recaiga sobre aspectos constitutivos de la infracción, como cuando tenga por objeto la ilicitud penal del hecho, es un aspecto que, naturalmente, no puede ser presumido en beneficio del acusado. Además, la vía impugnatoria elegida exige que el recurrente parte del respeto al hecho declarado probado, y éste declara que el acusado conocía la edad de su víctima y, como se ha expuesto en el anterior fundamento, ese extremo fue objeto de una actividad probatoria que no puede ser cuestionada por este motivo. Consecuentemente las alegaciones del recurrente sobre el desconocimiento de la edad, son ajenas a este motivo de casación.

Por otra parte, la afirmación de un error de prohibición por desconocimiento de la antijuridicidad de la acción, ni resulta del hecho declarado probado, ni es posible afirmarlo a partir de la propia argumentación del recurso. El acusado vive con su familia en España, ha cursado estudios en España y conoce las normas jurídicas apoyadas en normas culturales propias del país en el que reside, sin que pueda afirmarse ese desconocimiento



del ámbito de lo prohibido a partir de su alegación en este recurso, máxime cuando durante la instrucción de la causa afirmó conocer la edad, y en ejercicio de sus derechos se negó a declarar a las preguntas de la acusación. El presupuesto fáctico del error de prohibición requiere, dada la vía impugnatoria elegida, sea declarado probada, o, al menos, que el recurrente exponga un criterio de lógica y de racionalidad que haga posible el cuestionamiento de un elemento de la tipicidad, en el caso la afirmación del tribunal referida al conocimiento de la edad y del ámbito de lo prohibido por la norma. Nada de eso hace el recurrente quién se limita a reproducir pronunciamientos jurisprudenciales sobre el error de prohibición y señalar su concurrencia en el acusado con la única afirmación referida a que en su país de origen las jóvenes se casan a temprana edad, extremo no acreditado en la causa. Se trata de una afirmación carente de base fáctica alguna que choca con el enraizamiento del acusado en la sociedad.

Dijimos en la STS 322/2019, de 19 de junio, y reprodujimos en la STS 672/2022, de 1 de julio, que "Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala, no basta con alegar la existencia del error. El error ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Cuando esta información 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 (STS 1219/2004, de 10 de diciembre; 163/2005, de 10 de febrero; 698/2006, de 26 de junio y 24/2010, de 4 de marzo). Ello no supone un desplazamiento de la carga de la prueba sobre el imputado. Éste, en la medida que ya forma parte de la sociedad, deberá acreditar su auto exclusión, que desconoce de forma errónea e invencible aquello que es de común conocimiento por todos (STS 22/2007, de 22 de enero). Además, la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error (STS 898/2014, de 22 de diciembre y 684/2014, de 21 de octubre)."

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia la vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad contenido en el artículo 9.3 de la Constitución "vulnerando la sentencia los principios de motivación y congruencia"

Sostiene el recurrente que el Tribunal de la apelación no ha dado respuesta argumentación deducida en el recurso sobre la existencia de un error de prohibición propiciado por la madre de la menor que conocía la relación del acusado con su hija, menor de edad, y que mantenían relaciones sexuales, como así lo manifestó en una declaración ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer. Además. la madre autorizó la reanudación de la relación del acusado con su hija y, por lo tanto, conociendo que iban a mantener relaciones sexuales. Este conocimiento por parte de la madre, a su juicio, legítima las relaciones y hace que el acusado actuaba con desconocimiento del ámbito de lo prohibido y de forma justificada.

El motivo carece de base atendible. En primer lugar, porque no es un hecho declarado probado sino que el recurrente lo recoge de la sentencia y de una prueba testifical vertida en otro procedimiento. Además, la norma penal que dispone la edad de consentimiento en el mantenimiento de relaciones sexuales es una norma de carácter general, destinada a proteger a menores de 16 años, haciendo irrelevante su consentimiento, precisamente, por la falta de capacidad para consentir. Por lo tanto, el consentimiento al mantenimiento de relaciones sexuales de un menor de esa edad es irrelevante al integrarse en la tipicidad como un mecanismo de protección de los menores de edad a fin de preservar el libre desarrollo de su personalidad. Con mayor razón ese consentimiento es igualmente irrelevante cuando es expresado por un familiar. No es, por lo tanto, un derecho que pueda ser disponible por los padres del menor, sino que forma parte del ámbito de protección del menor que es indisponible por los menores y por sus familiares.

En última instancia la aquiescencia de un garante del menor daría lugar a un supuesto de coautoría que no ha sido objeto de imputación desde la acusación.

CUARTO.- En el cuarto de los motivos denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba por inaplicación del artículo 183 quáter del Código Penal y señala como elemento acreditativo del error unas comunicaciones cruzadas por INSTAGRAM obrantes a los folios 146 a 434 de las actuaciones y expresa, citamos textualmente, que "se evidencia la personalidad de ambos, conversaciones con amigos de edades similares, el lenguaje soez que emplean el tratar temas de contenido sexual, la existencia de un contexto común a la hora de analizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juegos sin trascendencia, que denota, y al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre autor y víctima ". El recurrente transcribe frases de los correos existentes, pero de las mismas no es posible deducir los presupuestos que establece el artículo 183 quáter del Código Penal como excusa absoluta.

La desestimación es procedente. Los documentos que designan no son sino documentación de unas declaraciones personales que no evidencian su realidad en cuanto a la veracidad de lo que transmiten, sino la



realidad de su existencia y no permiten acreditar el presupuesto fáctico del grado de madurez y de su similitud entre acusado y víctima.

Ciertamente, la excusa prevista en el art. 183 quáter precisa de la concurrencia de unos presupuestos de aplicación difusos, proximidad de autor y víctima en la edad y el grado de desarrollo y madurez. En la STS 672/2022, de 1 de julio, con apoyo en la Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2017, dijimos que la esencia del art. 183 quáter CP radica en saber si, en el caso concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras (menor edad y juventud), las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso.

En lo que concierne a menores de edad, como recuerda el Comité de los Derechos del Niño, el término "madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad cronológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño. Por ese motivo, tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores abordó el concepto madurez: "la inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate."

(...)

La existencia de un concepto de juventud aplicable al art. 183 quáter CP, conforme se ha señalado, no impide que pueda contemplarse una subdivisión en el marco de los jóvenes adultos que abarque, por un lado, al mayor de 18 y menor de 21 y, por otro, al comprendido entre los 21 y 24 años. En este último tramo -en el que las diferencias de edad son ostensibles- las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional."

En el caso, el relato fáctico nada se dice sobre la concurrencia del presupuesto de aplicación. Antes al contrario, la edad de la víctima, 13 años, y la del acusado, 21, evidencia una diferencia sustancial de edad, que resulta confirmada por el propio comportamiento del autor de los hechos, con actuaciones de sometimiento a la víctima que le produjeron lesiones constatadas pericialmente y por lo miembros de la fuerza policial que actuó para impedir la situación que trascendía de los hechos. Las periciales practicadas en el juicio oral, aun destacando la indefensión de la víctima, señala la relevancia de la diferencia de edad y la distinta conformar personal del acusado y la víctima, por la diferencia de edad.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

QUINTO.- Denuncia como consecuencia del anterior motivo el error de derecho por la inaplicación al hecho probado del artículo 183 quáter del Código Penal. La desestimación del anterior motivo hace que este, carente del preciso apoyo fáctico deba ser igualmente desestimado.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Juan Carlos**, siendo parte recurrida el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 56/2020 de 15 de octubre dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el rollo de apelación 69/2020.

2) Condenar al recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

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

Así se acuerda y firma.