



Roj: **STS 3665/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3665**

Id Cendoj: **28079120012022100791**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2022**

Nº de Recurso: **4778/2020**

Nº de Resolución: **794/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 8789/2020,**
STS 3665/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 794/2022

Fecha de sentencia: 04/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4778/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2022

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

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

Transcrito por: AGG

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder **Judicial** previstas en el artículo 560.1.10^a de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**.-

RECURSO CASACION núm.: 4778/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 794/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 4 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4778/2020 interpuesto, por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley, por **D. Baltasar**, representado por el procurador D. Fernando Bertrán Santamaría y bajo la dirección letrada de D. Agustín Martínez Becerra, contra la sentencia núm. 216/2020, de 14 de septiembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Recurso de Apelación núm. 2/2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia núm. 257/2019, de 28 de octubre, dictada por la Sección Vigésimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante del Procedimiento Sumario núm. 4/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Barcelona, que le condenó por un delito continuado de abusos sexuales con penetración sobre menor de 16 años del artículo 183.1 y 3 del Código Penal, en relación con el artículo 74 del mismo texto legal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y un delito de agresión sexual a menor de 16 años del artículo 183.2 y 3 del Código Penal, concurriendo la circunstancia de agravante de género del artículo 22.1 del Código Penal, absolviéndole del delito de detención ilegal del que venía acusado. Es parte el **Ministerio Fiscal** y, como parte recurrida, en condición de Acusación Particular, **D.^a Nieves**, representada por la procuradora D.^a M.^a Isabel Afonso Rodríguez y bajo la dirección letrada de D.^a Gemma Nicolás Lazo y la **Generalitat de Cataluña**, en nombre de la menor D.^a Raimunda, representada por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y bajo la dirección letrada de D. Josep Menchón Álvarez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 10 de Barcelona, incoó Procedimiento Sumario con el núm. 4/2016, por un delito continuado de abuso sexual sobre menor de 16 años, un delito de agresión sobre menor de 16 años y un delito de detención ilegal contra D. Baltasar y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Vigésimoprimeras dictó, en el Procedimiento Ordinario núm. 4/2018, sentencia núm. 257/2019, el 28 de octubre, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"En fecha 11 de diciembre de 2015 el acusado Baltasar, nacido el NUM000.1997, mayor de edad, carente de antecedentes penales, junto con dos amigos suyos que en aquel entonces eran menores de edad y por lo tanto no se sigue el presente procedimiento contra ellos, pero llamados Hernan y Horacio (alias " Chato ") se encontraron con las menores, Raimunda, nacida el NUM001.2002 y que contaba por lo tanto con 13 años de edad y con Nieves, nacida el NUM002.2002, asimismo de 13 años de edad, en las inmediaciones del PARQUE000 de la localidad de Barcelona, donde estuvieron consumiendo bebidas alcohólicas.

Tras estar allí acordaron dirigirse a casa del acusado sito en el camí de DIRECCION000, punto kilométrico NUM003, de Barcelona, a donde finalmente llegaron las dos menores, el acusado y el menor Hernan.

Al llegar a la casa se tumbaron en la habitación donde había dos camas. En una de ellas se acostó Raimunda con el acusado, mientras que en la otra se acostaron Hernan y Nieves.

El acusado, aprovechando que Raimunda tenía sus facultades cognitivas y volitivas notablemente mermadas como consecuencia de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, actuando guiado por el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, penetró vaginalmente a Raimunda, sin que en ningún momento la menor prestara su consentimiento ni opusiera resistencia a la acción llevada a cabo por el procesado, debido al estado en que se encontraba.

Seguidamente, el procesado se tumbó en la cama en la que estaba acostada Nieves, y actuando con ánimo libidinoso, tras bajarle por la fuerza el pantalón le retorció el brazo, la cogió de los pelos y le dio la vuelta, obligándole a taparse la boca con un cojín y diciéndole que no gritara o le pegaría, e introdujo su pene en el interior del ano de Nieves, pese a la resistencia opuesta por esta, eyaculando en su interior.

A la mañana siguiente el procesado, ordenó a las menores que les prepararan el desayuno a él y a Hernan, tras el cual el procesado, guiado por la intención de satisfacer sus deseos sexuales, se llevó a un aparte a Raimunda



y le dijo que eligiera, que o él se lo hacía a ella o ella a él, tras lo cual el acusado la penetró analmente, sin el consentimiento de esta y sin que conste acreditado el empleo de violencia física ni psicológica a tales efectos.

Tras ello el acusado manifestó a las menores solamente se irían cuando ellas arreglaran y limpiaran la casa.

Tanto los hechos de la noche como los de la mañana siguiente los llevó a cabo el acusado actuando con un ánimo de dominio sobre las víctimas y superioridad machista.

No ha quedado acreditado que el acusado retirara a las menores sus teléfonos móviles. Tampoco que fueran llevadas a la casa del acusado contra su voluntad o que les impidiera salir de la casa.

Tampoco ha quedado acreditado que durante la mañana el acusado intentara penetrar nuevamente a Nieves."

SEGUNDO.- La mencionada Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos condenar y condenamos a Baltasar como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales con penetración sobre menor de 16 años de los artículos 183.1 y 3 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo texto legal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las siguientes penas: ONCE AÑOS de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Así como la medida de LIBERTAD VIGILADA durante el tiempo de CINCO AÑOS.

Asimismo se impone al acusado la pena de prohibición de aproximarse a Raimunda a menos de 1000 metros de su lugar de trabajo, centro de estudios, domicilio y de su persona durante un periodo de DIECISÉIS AÑOS, así como la prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por el mismo plazo.

CONDENAMOS igualmente a Baltasar como autor responsable de un delito de agresión sexual sobre menor de 16 años del artículo 183.2 y 3 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de género del artículo 22.4 del Código Penal, a la pena de TRECE AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la medida de LIBERTAD VIGILADA durante el tiempo de CINCO AÑOS.

Asimismo se impone al acusado la pena de prohibición de aproximarse a Nieves a menos de 1000 metros de su lugar de trabajo, centro de estudios, domicilio y de su persona durante un periodo de 18 años, 6 meses y un día, así como la prohibición de comunicación, con ella por cualquier medio por el mismo plazo.

ABSOLVEMOS a Baltasar del delito de detención ilegal del que venía siendo acusado.

Para el cumplimiento de la pena que se impone, se declara de aplicación y se debe computar todo el tiempo que el acusado hubiere estado privado de libertad por esta causa, siempre que no se le hubiere computado en ninguna otra.

SE FIJA EL LÍMITE DE CUMPLIMIENTO MÁXIMO EN PRISIÓN EN VEINTE AÑOS.

En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a cada una de las menores en la cantidad de 20.000 euros, incrementada con el interés del artículo 576 LEC desde la sentencia y hasta su completo pago.

Se condena al acusado al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Baltasar, dictándose sentencia núm. 216/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 14 de septiembre, en el Rollo de Apelación número 2/2020, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"NO HA LUGAR al recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Fernando Bertrán Santamaría, en nombre y representación de Baltasar, contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 21ª) confirmando íntegramente la misma.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en esta alzada."

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

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, porque se ha vulnerado el **derecho** a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 de la Constitución, y a su inmediata conexión con el artículo 11 de la Declaración de **Derechos** Humanos, artículo

6.2 del Convenio para la Protección de los **Derechos** Fundamentales y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos y todo ello con relación a un juicio justo con todas las garantías, **derecho** a ser juzgado de forma imparcial y a la **tutela judicial efectiva**.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849, primero de la LECrim, en relación con el art. 183.2 y 3 del Código Penal vigente en relación con Nieves .

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849, primero de la LECrim, en relación con el art. 181.1 y 3 y 74 del Código Penal vigente en relación con Raimunda .

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849, primero de la LECrim, en relación con el art. 22.4 del Código Penal vigente en relación con la agravante de genero respecto de Nieves .

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849, primero de la LECrim, en relación con error de hecho en la apreciación de la prueba de documentos obrantes en autos: Informe biológicos.

Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851, primero de la LECrim, en relación con los vicios que puede adolecer la sentencia en relación a la contradicción entre los hechos probados.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y las partes recurridas, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del artículo 882, párrafo segundo, por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 27 de septiembre de 2022.

OCTAVO.- Tras la deliberación del presente recurso la Ponente Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz discrepó del contenido de la deliberación formulando Voto Particular. La sentencia ha sido redactada por la Ponente a excepción del Fundamento Quinto que lo redacta el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, D. Baltasar , ha sido condenado en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como autor de:

- un delito continuado de abusos sexuales con penetración sobre menor de 16 años de los arts. 183.1 y 3 CP en relación con el art. 74 del mismo texto legal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de once años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; y a la medida de libertad vigilada durante el tiempo de cinco años. También se le impuso la pena de prohibición de aproximarse a Raimunda a menos de 1000 metros de su lugar de trabajo, centro de estudios, domicilio y de su persona durante un periodo de dieciséis años, así como la prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por el mismo plazo.

- un delito de agresión sexual sobre menor de 16 años del art. 183.2 y 3 CP, concurriendo la circunstancia agravante de género del art. 22.4 CP, a la pena de trece años, seis meses y un día de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la medida de libertad vigilada durante el tiempo de cinco años. Asimismo se le impuso la pena de prohibición de aproximarse a Nieves a menos de 1000 metros de su lugar de trabajo, centro de estudios, domicilio y de su persona durante un periodo de dieciocho años, seis meses y un día, así como la prohibición de comunicación con ella por cualquier medio por el mismo plazo.

En la sentencia fue absuelto del delito de detención ilegal por el que también había sido acusado, y se fijó el límite de cumplimiento máximo en prisión en veinte años.

En concepto de responsabilidad civil fue condenado a indemnizar a cada una de las menores en la cantidad de 20.000 euros, incrementada con el interés del art. 576 LEC desde la sentencia y hasta su completo pago.

Por último, fue condenado al abono de las costas procesales, incluidas las ocasionadas por la acusación particular ejercitada por D.^a Raimunda y la mitad de las costas ocasionados por la acusación particular ejercitada por D.^a Nieves .

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 216/2020, de 14 de septiembre, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Rollo de Apelación núm. 2/2020, que desestimó el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Baltasar contra la sentencia núm. 257/2019, dictada en fecha 28 de octubre de 2019 por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Procedimiento Ordinario 4/2018.



SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, 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 prueba. Respecto al error de **Derecho**, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva, el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano **judicial** como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formula la representación de D. Baltasar .



TERCERO.- El primer motivo del recurso se formula al amparo de lo establecido en el art. 852 LECrim y del art. 5.4. LOPJ, por vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia del art. 24 CE.

El recurrente sostiene que los testimonios de las dos adolescentes por los que ha sido condenado no han superado los estándares requeridos, por lo que la argumentación ofrecida en la primera y en la segunda instancia, carecen de la virtualidad necesaria para construir una sentencia condenatoria. Critica que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia se haya limitado a sostener las bondades y corrección de la sentencia apelada en su día de una forma cuasi automática, sin aportar mayor argumento frente al apelante que la mera ratificación de los argumentos expuestos por el Tribunal a quo. Señala que las supuestas corroboraciones periféricas vienen constituidas por el hecho de que el testimonio de cada una de las menores se apoya indefectiblemente en el de la otra. Califica de irracional la motivación probatoria que ha llevado a su condena y estima que el comportamiento de las menores no responde a los parámetros objetivos que se pudiera esperar de dos niñas de trece años. El hecho de dormir fuera de tu domicilio, sin que sus padres o tutores legales se extrañaran de ello, podría hacer pensar en jóvenes de edades similares que la edad de ambas pudiera ser mayor a la que en realidad tenían. Tal hecho, unido a los mensajes enviados por Nieves el día anterior a los hechos, con frases como "te quiero follar", evidencia a su juicio una intención de índole sexual.

Denuncia el error en que incurre el hecho probado al afirmar que las menores se encontraron con él y sus amigos, cuando realmente se habían citado con ellos. Discrepa también con la descripción que se realiza sobre el estado en que se encontraba Raimunda basada exclusivamente en la declaración de Nieves sin datos objetivos que lo corroboren. Ni de la grabación donde se ve a Raimunda accediendo al metro, ni del informe Médico Forense puede extraerse dato alguno que confirme ese estado. Por el contrario, se constató la ingesta de alcohol por Nieves pese a que la misma manifestó que solo bebió un buche y que lo escupió de manera inmediata. Pone también de manifiesto la falta de sentido que tiene el que, si las menores habían sido agredidas sexualmente en el PARQUE000 por uno de los que formaba parte del grupo de amigos, además de haber sido agredidas físicamente en varias ocasiones por el grupo de varones, se marcharan voluntariamente con ellos alrededor de las dos de la madrugada a una casa apartada, sin mostrar temor, miedo o aprensión, como puede observarse en la grabación de vídeo del metro. Tampoco utilizaron sus móviles para pedir ayuda cuando pudieron hacerlo varias veces durante su estancia en la vivienda, en la que incluso llegaron a dormir de forma relajada hasta pasadas las 10:00 horas.

Discrepa también de la valoración que tanto la Audiencia como el Tribunal Superior de Justicia han efectuado del testimonio prestado por las menores y del conjunto de la prueba practicada.

Relata que el Tribunal ha tomado en consideración la declaración de ambas menores, el informe Médico Forense, el informe de la Unidad Funcional de Abusos a Menores (UFAM) y el informe del Psicólogo del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal (EATP). Estima que, salvo la declaración de las menores, per se, los demás elementos probatorios no suponen criterio coadyuvante suficiente para soportar una sentencia condenatoria que destruya su presunción de inocencia. A su juicio, los testimonios de las menores no colman los indicadores jurisprudenciales de verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia en la incriminación, de los que la Sala de instancia hace uso en la sentencia, en la apreciación de la testifical de cargo.

En relación al testimonio prestado por Raimunda, entiende que no es persistente. Parte de que no se ha practicado un informe forense de credibilidad del testimonio de la menor, con la aplicación de la acreditada técnica CBCA/SVA. Pone de manifiesto la dificultad de llevar a efecto lo dispuesto en el art. 714 LECrim teniendo en cuenta que la declaración previa grabada de ambas menores no fue transcrita. Refiere que Raimunda declaró que había quedado con Nieves para ir con unos amigos. Aunque afirmó que fue obligada a beber por la fuerza, consta en el informe de urgencias y en el dictamen forense que habían quedado con tres jóvenes para beber, llegando a decir ante los facultativos que elaboraron el informe de la UFAM que no se acordaba de nada y que contaba lo que le había dicho Nieves. Llegó incluso a decir, a preguntas del Ministerio Fiscal, que había contactado con él después de los hechos, sintiéndose incluso culpable, lo que consta también documentalmente que efectuó a través de DIRECCION001. Y cuando leyó el escrito de defensa, fue cuando decidió que "... pues para sus mentiras ella cuenta su verdad".

Resalta también que mientras en su primera declaración se limitó a decir que más tarde se fueron hacia la casa de Baltasar, en el Plenario señaló que fue obligada a ir a casa de Baltasar siendo incluso golpeada, lo cual es también contrario a lo que puede observarse en las grabaciones del metro. Insiste en que Raimunda fue voluntariamente a su domicilio y en que conservó su teléfono y nada le impedía salir de la vivienda. Igualmente destaca que cuando acudió al Centro de Salud Mental Infantil y Juvenil (CSMIJ) en diciembre de 2.016 negaba haber sido víctima de ninguna situación que se produjera en contra de su voluntad y decidió que no quería continuar. Añade que el relato que realizó en la vista oral fue deslavazado lo que concuerda con el informe Pericial Psicológico en el que señala que su versión era muy desorganizada, expresando muchas dudas sobre su testimonio, aunque sorprendentemente considera que su relato carece de contradicciones



relevantes. También el acto de la vista contó un segundo episodio, el que tiene lugar al día siguiente, del que nunca antes había relatado. Y negó en el acto de la vista lo que su tía había declarado en el sentido de que no era la primera vez que habría sufrido sexo anal de manera violenta por parte del recurrente.

Estima también el recurrente que la verosimilitud del testimonio de Raimunda queda cuestionada por la escasa credibilidad que se le puede dotar a una declaración que se basa en lo que ha contado su amiga Nieves. Y tampoco existe elemento periférico que acredite los hechos que se relatan. Insiste en que inicialmente Raimunda no quería denunciar, invitándole incluso a que efectuara capturas de las conversaciones mantenidas en la red social y se las entregara a su abogado. Recuerda también que después de mantener relaciones sexuales estuvieron durmiendo hasta las 11:00 horas, que no se halló resto de ADN de Baltasar en el cuerpo de Raimunda que pudiera acreditar la relación sexual entre ambos, que el informe pericial psicológico pone de manifiesto determinados rasgos de Raimunda y resulta un perfil que debe alertar en exceso para determinar la veracidad de sus afirmaciones inculpativas. Asimismo señala que la propia posición que tenía Raimunda (arriba) al realizar el acto sexual, y que ella misma reconoce, denota una posición proactiva y contraria a un acto contra la indemnidad sexual, que ninguna corroboración existe de la relación sexual que se dice tuvo lugar por la mañana, y que las lesiones que presentó, por su escasa entidad, son incompatibles con el nivel de violencia puesto de relieve por Raimunda. Por último se refiere a la ausencia de incredulidad subjetiva reiterando en este apartado las conversaciones mantenidas después de los hechos que a su juicio denotan que la motivación de venganza es obvia, ya que después de ello, al tener conocimiento de la versión de los hechos mantenida por él, se indignó y le hizo mantener una falaz versión.

Por lo que se refiere al testimonio de Nieves indica que, de su declaración, más allá de la reiteración cuasi automática de diversos relatos, no hay mayor sustento objetivo. Se refiere también al resultado de las distintas periciales practicadas y valoradas por el Tribunal. Respecto a ellas razona que la prueba pericial médica acredita una mínima laceración anal compatible con el relato de penetración anal. Se hallan espermatozoides en la zona anal. Ello no obstante, la propia sentencia recoge que también podría ser compatible con otra causa sin ofrecer una explicación porque se apoya en la primera tesis y no aplica el principio in dubio pro reo. La pericial biológica pone de manifiesto efectivamente que los restos son suyos, habiendo él admitido que eyaculó. Denuncia que la sentencia nada explique sobre los restos biológicos de tres varones hallados en las bragas de Nieves. Finalmente, la pericial psicológica describe que pudo existir una situación de abuso sexual y maltrato físico, y que la explicación de Nieves era compatible con un hecho traumático.

Insiste no obstante en que las dos menores quedaron esa noche para ir a su casa, mintiendo para ello a sus progenitores. No desistieron de su plan pese a haber recibido el previo trato vejatorio que describen. Tuvieron la posibilidad de zafarse de ellos, al tener sus teléfonos móviles, incluso había trabajadores en el metro, y pudieron también salir de la vivienda. Tampoco concuerda a su juicio que una persona que haya sufrido una agresión anal contra su voluntad permanezca en la cama durmiendo con su agresor hasta las 11:00 horas del día siguiente. Recuerda que, pese a señalar que no había bebido alcohol, la analítica de orina que se le efectuó acredita la presencia de alcohol en su organismo. Pese a los episodios de violencia que describe en la relación que tuvo con Baltasar, Raimunda declaró que no vio violencia o intimidación alguna, lo que en todo caso determinaría que los hechos no constituyeran agresión sino abuso sexual.

Aduce como justificación de la presencia de restos seminales en el ano de Nieves, la introducción de un dedo manchado de semen como consecuencia de las supuestas masturbaciones que las dos menores pudieron llevar a cabo entre sí y con él.

Y en relación a las laceraciones anales, además de ser mínimas, sostiene que su origen no es necesariamente consecuencia indefectible de haber mantenido una relación sexual inculpativa. Finalmente, en relación a la ausencia de incredulidad subjetiva, se refiere a la conversación mantenida entre Nieves y él dos meses antes de los hechos en la que muestra su deseo de mantener una relación sexual con él. Por último menciona también al informe psicológico de Nieves en el que destaca que es irritable e irascible, manteniendo un comportamiento disruptivo, que se siente cómoda al ser el centro de atención, que no solo busca o genera hechos profundamente dolorosos, sino que experimenta alguno de ellos con normalidad y como una forma preferida de relacionarse con los otros. Indica también que Nieves tiene una predisposición a la delincuencia, propensión a la impulsividad e inclinación al abuso de sustancias (alcohol y drogas).

Los razonamientos del recurrente no pueden ser compartidos.

En su impugnación, el recurrente reproduce las quejas ya expresadas en el recurso de apelación contra la sentencia de la Audiencia Provincial formalizado ante el Tribunal Superior de Justicia.

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este **derecho** a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas



practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar **derechos** o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Fuera de esas comprobaciones, debe acabar la función casacional respecto a las impugnaciones referidas a la vulneración del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, tanto en relación a las sentencias dictadas en los procedimientos sometidos al Tribunal del Jurado, los cuales, como veíamos, están sometidos al doble examen o doble instancia, como con respecto a las sentencias dictadas bajo la cobertura de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha establecido una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia. Y ello por cuanto que la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción **efectiva** y publicidad ya ha sido realizada por el Tribunal de apelación.

Como indican, entre otras, las STSS 476/2017, de 26 de junio y 238/2018 de 22 mayo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, estableciendo un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible."

Así las cosas, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones que suscita. Procura explicación coherente y clara de lo ocurrido, que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

El recurrente se limita en este momento a cuestionar nuevamente el resultado probatorio obtenido en el acto del Juicio Oral en la misma forma que ya lo hiciera ante el Tribunal Superior de Justicia, Tribunal que le ha ofrecido puntual contestación a sus pretensiones, concluyendo que en la sentencia dictada por la Audiencia no hay rastro de una valoración arbitraria o manifiestamente irrazonable de las pruebas sobre las que versó el juicio, pruebas que, en el criterio del Tribunal sentenciador, justifican la condena del recurrente.

El Tribunal Superior de Justicia analiza de forma minuciosa la motivación relativa a los hechos efectuada por la Audiencia y repasa las pruebas valoradas por ésta para alcanzar la conclusión de la participación del Sr. Baltasar en los hechos por los que ha resultado condenado.

Frente a lo manifestado por el recurrente, no son las declaraciones de las menores las únicas pruebas de que se ha valido el Tribunal para asentar sus conclusiones, sino que tales declaraciones aparecen corroboradas por múltiples datos objetivos obtenidos a través del resto de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

Así, respecto de la menor Nieves, quien refiere haber sido agredida sexualmente por el acusado empleando para ello violencia, el Tribunal ha contado en primer lugar con la declaración prestada por Raimunda, quien en contra de lo que sostiene el recurrente, entre otros extremos, manifestó que, mientras Nieves era penetrada por Baltasar, la llamaba pidiéndole ayuda. Además ha atendido a la prueba pericial médica de los forenses Dres. Héctor y Hipolito, así como de la pediatra Dra. Marcelina. A través de esta prueba se ha objetivado que Nieves sufrió una mínima laceración anal compatible con su relato en cuanto a la penetración anal, hallándose espermatozoides en la zona anal. Igualmente, la pericial biológica de los facultativos Mercedes, Montserrat y CI NUM004, evidenció que en el hisopo rectal tomado de Nieves se había obtenido un perfil genético coincidente con el perfil genético del procesado. Asimismo detectó que en los restos biológicos de las bragas de Nieves había perfiles mezcla de al menos tres personas, al menos uno de ellos varón, siendo el perfil genético del procesado compatible con dichas mezclas. El hallazgo de otros perfiles, junto al del acusado, en las bragas de Nieves no desvirtúa el resultado de la prueba, máxime teniendo en cuenta la actuación de otras personas que no es enjuiciada en el presente procedimiento.



Es cierto, tal y como sostiene el recurrente, que los especialistas señalaron que la lesión que presentaba Nieves era también compatible con otras causas, pero el Tribunal ha rechazado razonadamente la explicación alternativa que en este punto ofrece el acusado (quien señala que bien pudo su semen llegar al citado lugar como consecuencia de los tocamientos que recíprocamente se hicieron las menores) destacando la extrañeza mostrada por el Dr. Baltasar a que se encontrara semen en el ano de Nieves por un dedo. Junto a ello recalca también la manifestación realizada por los peritos en el sentido de que no habían visto nada extraño entre las lesiones que apreciaron en las menores y la forma en que ellas narraron que les fueron causadas. Toma también en consideración que ni el procesado ni los dos testigos que declararon a su instancia, Hernan y Chato, no hayan podido justificar la existencia de dichas lesiones, rechazando por no creíble la posibilidad de que se las causaran las propias menores en una pelea "cuando solo hubo un balanceo entre ellas, un par de empujones, tal como explicó Nieves".

Rechaza también el Tribunal la consideración del recurrente en el sentido de que las lesiones tenían que haber sido más importantes, sobre la base de lo declarado los forenses quienes señalaron que depende del esfínter del ano de cada persona, musculatura, fuerza empleada, etc., recordando además que Nieves había declarado que antes de penetrarla analmente, el acusado se escupió (a modo de lubricación).

También el Tribunal ha podido analizar el resultado de las pruebas periciales psicológicas practicadas con relación a Nieves. Se refiere así al informe de la Dra. Asunción, quien señaló que Nieves presentaba "una falta de crítica respecto de la actitud de los hombres y de su propia colocación en situación de riesgo, habiendo observado que quería proteger a Hernan, concluyendo que existió una situación de abuso sexual y maltrato físico muy probable. Por su parte el perito del EATP NUM005 destacó en el plenario que la explicación de Nieves era compatible con el hecho traumático. En su informe, elaborado junto con el perito NUM006, se detalla diferente sintomatología traumática en la menor".

Por último, ha tomado en consideración el estado de Nieves durante su declaración policial expuesta por el agente de los Mossos d'Esquadra NUM007 "(estaba muy nerviosa y llegó a defecar, teniendo que ser asistida por el NUM008)".

En relación con Raimunda también han sido constatadas múltiples corroboraciones de su testimonio. Se refiere el Tribunal Superior de Justicia en primer lugar a la pericial médico forense elaborada por los Dres. Héctor y Hipólito y la pediatra Dra. Marcelina, quienes apreciaron un discreto hematoma en región frontal y otro en la mejilla derecha y eritemas en la región escapular derecha, así como una mínima laceración, sin sangrado activo en la horquilla vulvar, compatible con una penetración, aunque también con otras causas, como la introducción de cosas. Sobre este último extremo reiteramos lo ya expresado con relación al informe pericial sobre las lesiones de Nieves.

Igualmente repasa el Tribunal Superior de Justicia la valoración de los informes emitidos por la Dra. Asunción, de la UFAM y por el psicólogo del EATP NUM005 que ha sido realizada por la Audiencia Provincial. Destaca las manifestaciones de la primera en cuanto que apreció en Raimunda "un comportamiento subyugado, que permite que abusen de ella verbal, sexual y psicológicamente, pese a lo que sigue queriendo tener relaciones con esa gente que la somete, que es muy sumisa, infantil y con poca autoestima, puede no tener consciencia de lo que le ha pasado, que su sintomatología es postraumática y se corresponde con aspectos vividos concluyendo con la existencia de abuso sexual muy probable". Y en análogos términos, el segundo perito expuso que "la menor era reticente a hablar sobre los hechos y se mostraba más infantil, pero que su relato se correspondía con unos hechos vivenciados, que experimentaba sentimientos de culpabilidad "si no llego a ir no hubiera pasado nada", ratificando que la menor tiene una personalidad sumisa que le permite mantener una situación que le pueda hacer daño. Se señala que el posicionamiento de la menor respecto de los hechos destaca por un posicionamiento subyugado y de sumisión en la relación con los otros jóvenes y la normalización del uso de la violencia por parte de los hombres en sus interacciones, lo cual es compatible con una exposición prolongada de violencia a lo largo de su trayectoria vital, constanding también en el informe la sintomatología que presenta la menor, compatible con la vivencia de unos hechos como los descritos."

El Tribunal Superior de Justicia ha contestado también a otras cuestiones planteadas por el recurrente. Entre ellas se encuentran la explicación sobre los motivos por los que las menores permanecieron después de los hechos en la vivienda de Baltasar, razonando a este respecto que, teniendo en cuenta la hora, la zona boscosa en la que se encontraban, a veinte minutos de la parada de metro más cercana, y con un perro Rottweiler a la puerta, resulta difícil pensar que las menores fueran plenamente libres para marcharse. También se detiene en valorar la conducta de las menores antes, durante y después de los hechos, lo que es compatible con su personalidad sumisa y ambigua frente al procesado y resto de jóvenes, incluso de protección hacia Hernan, puesta de manifiesto por los peritos en el sentido ya expuesto.



Igualmente coherente con su personalidad, descrita en las periciales que les han sido practicadas, resultan los mensajes remitidos después de los hechos al recurrente y a uno de los testigos y su intención de querer retirar la denuncia. Estima razonablemente el Tribunal que, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, ello no les resta credibilidad.

Además, el Tribunal ha examinado y valorado las declaraciones prestadas por el acusado y por los testigos que declararon a su instancia. En ellas halla el Tribunal también elementos corroboradores de la versión que ofrecen las menores. Respecto a la existencia del perro, pues si bien afirmaron que estaba atado con una cuerda corta, todos coinciden en que Baltasar tuvo que cogerlo para que los demás pudieran entrar y salir de la casa, lo que acredita que aun a pesar de estar atado llegaba perfectamente a la puerta. Corroboran también que se juntaron y bebieron en el colegio PARQUE000 y que después fueron a casa de Baltasar, que se marcharon por la mañana y que recogieron la casa, si bien discrepan con las menores al señalar que colaboraron todos ellos en recoger la vivienda antes de marcharse.

El Tribunal no ha encontrado obstáculo que haga cuestionarse la credibilidad subjetiva de las menores. Rechaza razonadamente que el objetivo de justificar ante sus familias haber dormido fuera de casa sea el motivo de su denuncia: se trataría de una justificación desproporcionada; su preocupación no era por justificar haber dormido fuera de casa, sino por llegar tarde al día siguiente; fue la insistencia de la familia de Nieves lo que llevó al descubrimiento de los hechos; la actuación de las menores antes y después de los hechos pone de manifiesto que no querían perjudicar al acusado teniendo en cuenta esa posición ambigua frente a él y al resto de jóvenes puesta de manifiesto por las peritos; la falsa denuncia les comprometería a ellas mismas. También excluye el Tribunal que las menores quisieran perjudicar al acusado: no existía enemistad, tampoco animadversión, y para justificar que no habían dormido en casa podían haber buscado cualquier otra excusa. Destaca además la forma en que fueron descubiertos los hechos: las menores relataron los hechos a su familia de forma espontánea. Primero Nieves explica a su familiar la agresión sexual sufrida por Raimunda, y cuando se presentan en casa de ésta, es Raimunda quien insta a Nieves para que explique la suya, lo que revela una falta de acuerdo o concierto entre ambas menores para buscar una especie de coartada para su escapada nocturna. Además considera el Tribunal que el hecho de que Nieves fuera descubierta de no haber dormido en casa no es suficientemente relevante para justificar una mentira de tal calibre, máxime cuando Nieves ya había dormido fuera de casa en otras ocasiones; y, en todo caso, seguiríamos sin una explicación lógica de las lesiones que presentaban ambas menores, que solo se encuentra en su versión de los hechos.

Asimismo, el Tribunal ha tomado en consideración la edad de ambas menores en el momento de los hechos, trece años, y su nivel intelectual, en la franja baja de la normalidad poblacional, así como el tiempo transcurrido, cuatro años, desde que ocurrieron los hechos hasta la celebración del juicio. Durante este tiempo las menores siempre han sostenido haber sido agredidas por el Sr. Baltasar, y los psicólogos del EATP y de la UFSM no han apreciado capacidad de fabulación.

El dato de la edad de las menores y su conocimiento por el acusado resulta de especial de relevancia para la calificación de los hechos.

Sobre este hecho, al que el recurrente no se refiere en el desarrollo de este motivo, la Audiencia partió de que el acusado había negado conocer que las menores tenían trece años, puesto que les comentaron que tenían más, suponiendo que tenían catorce o quince años. Subraya sin embargo que las menores eran conocidas por el acusado, incluso amigas, y tenía además contacto con ellas a través de las redes sociales. Recuerda también que el testigo Hernan declaró en el plenario que suponía que las menores tenían su misma edad, quince años. Concluye por ello, sin duda alguna, que el acusado tenía conocimiento de que las menores eran menores de dieciséis años.

Por último, el Tribunal Superior de Justicia excluye, frente a lo sustentado por el recurrente, que las menores hayan incurrido en contradicciones.

Efectivamente, como expone la sentencia, las manifestaciones realizadas ante los peritos no son verdaderas declaraciones. Los mismos se limitaron "a recoger una parte de ellas sin preguntar, para orientar la búsqueda que debe hacerse en el laboratorio, por lo que pueden ser imprecisas tal como los mismos sostuvieron". Resalta también que "las menores siempre han hablado de felación, penetración anal y vaginal. Además, todas las partes coinciden en que hubo un primer encuentro en el colegio PARQUE000 en donde bebieron, que después cogieron el metro cuando estaba a punto de cerrar y desde allí todos, menos Chato que sólo llegó al metro con ellos, se fueron a casa de Baltasar". Y estima que "Al tratarse de diversas agresiones, en momentos diferentes, por diferentes personas, con alcohol por medio, la valoración que hace el Tribunal acerca de la forma de exposición de los hechos por parte de las menores es correcta".

Ofrece también contestación a la queja del recurrente sobre la imposibilidad o dificultad de llevar a cabo lo dispuesto en el art. 714 LECrim por el hecho de constar grabada la declaración previa prestada por las menores



y no haber sido transcrita. Bastaba que la defensa hubiera indicado el minuto de la grabación en que consta la supuesta contradicción, para ponerla de manifiesto a las menores e invitarlas a aclararla.

Asimismo se refiere al análisis de orina de Nieves que puso de manifiesto la existencia de D-etilglucuronido metabolito estable del etanol, el que sólo acredita que se ha ingerido alcohol y se ha metabolizado y es lo que se excreta en orina, pero la cuantía no está cuantificada.

No apreció tampoco el Tribunal contradicciones relevantes razonando que "el hecho de no recordar algunos extremos o ampliar datos no supone contradicción, máxime cuando las menores, tal como señalaron, no querían hablar mucho sobre los hechos, lo que es ratificado por los peritos".

Conforme a lo expuesto, es evidente que Tribunal de instancia ha constatado la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción para estimar acreditados los hechos que así se declaran, más allá de toda duda razonable; pruebas que además han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

Más allá de lo ya expresado a lo largo de la exposición realizada, no procede efectuar en esta sede un nuevo análisis de la prueba que ha sido practicada, y que esta Sala no ha presenciado, con la finalidad de efectuar una nueva valoración de la misma que, como hemos dicho más arriba, no es procedente.

Solo cabe recordar en este momento que el **derecho** a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese **derecho** fue o no respetado, concretamente en la decisión **judicial** condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1).

El motivo se desestima.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero del recurso se formulan por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, el segundo por indebida aplicación del art. 183.2 y 3 CP en relación con Nieves , y el tercero por indebida aplicación de los arts.181.1 y 3 y 74 CP en relación con Raimunda .

En desarrollo del segundo motivo indica que la única testigo que afirma que él y Nieves efectivamente tuvieron relaciones sexuales en ningún caso pudo determinar el empleo de ningún acto violento para forzar su voluntad. Raimunda manifestó en el plenario que ni vio como le tiraba del pelo, ni vio como le torcía el brazo, ni escuchó amenaza de mal alguno. Igualmente indica que no hay ninguna parte de asistencia que acredite la más mínima lesión referida a las supuestas agresiones recibidas y que la laceración en el ano no puede considerarse reveladora del empleo de violencia e intimidación.

Por ello, excluida la violencia y la intimidación, considera que los hechos deberían en cualquier caso calificarse como constitutivos de un delito de abuso sexual, nunca agresión, previsto y penado en el art. 181 CP. Junto a ello estima que debió ser aplicado lo dispuesto en el art. 183 quater CP, ya que se trataba de menores que por su aspecto y comportamiento aparentaban tener quince años, por lo que teniendo él en el momento de los hechos dieciocho años, su edad queda dentro de un nivel de madurez similar.

En desarrollo del cuarto motivo realiza similares razonamientos con relación a Raimunda . Estima no acreditado que Raimunda tuviera sus facultades volitivas y cognoscitivas anuladas por el consumo de bebidas alcohólicas e invoca también la aplicación del art. 183 quater CP.

Con ello el recurrente, bajo el paraguas de otro motivo impugnatorio, vuelve a discrepar sobre la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia, lo que ya ha obtenido contestación en el anterior fundamento de **derecho** de la presente resolución.

El cauce del art. 849.1 LECrim elegido por el recurrente es erróneo.

El motivo por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, "que autoriza la denuncia del error de **derecho** en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo



con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias (SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10/2002; ATC 8/11/2007), indica que "el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal."

Teniendo en cuenta la anterior doctrina, debemos atenernos al relato fáctico de la sentencia impugnada, en el que se declara con meridiana claridad que "El acusado, aprovechando que Raimunda tenía sus facultades cognitivas y volitivas notablemente mermadas como consecuencia de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, actuando guiado por el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, penetró vaginalmente a Raimunda , sin que en ningún momento la menor prestara su consentimiento ni opusiera resistencia a la acción llevada a cabo por el procesado, debido al estado en que se encontraba.

Seguidamente, el procesado se tumbó en la cama en la que estaba acostada Nieves , y actuando con ánimo libidinoso, tras bajarle por la fuerza el pantalón le retorció el brazo, la cogió de los pelos y le dio la vuelta, obligándole a taparse la boca con un cojín y diciéndole que no gritara o le pegaría, e introdujo su pene en el interior del ano de Nieves , pese a la resistencia opuesta por esta, eyaculando en su interior."

El relato fáctico describe claramente la existencia de violencia en la relación que el acusado mantuvo con Nieves , lo que excluye la calificación de los hechos como abuso sexual. En el caso de Raimunda el hecho probado describe que tenía sus facultades cognitivas y volitivas notablemente mermadas como consecuencia de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, lo que evidencia la ausencia de consentimiento libremente prestado por la menor.

La aplicación del art. 183 quater CP es interesada por el recurrente por primera vez ante esta Sala. No ha sido alegada antes ante la Audiencia ni fue motivo del recurso de apelación. Además, el recurso no se formula ante la única sentencia frente al que cabe casación -la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia- sino que está formalizando una casación per saltum contra la sentencia de la Audiencia Provincial, pretensión que debe ser desestimada conforme a reiterada doctrina de esta Sala, expuesta, entre otras, en la sentencia de Pleno núm. 345/2020, de 25 de junio.

En relación con Nieves , pese a que no existía una previsión específica en tal sentido, como acontece ahora a raíz de la nueva redacción del art. 183 quater por la LO 8/2021, 4 de junio, la jurisprudencia ya había descartado la aplicación de este precepto cuando entre el acusado y la menor ha habido violencia (STS 694/2021, 15 de septiembre y ATS 419/2021, 13 de mayo). Además, conforme señala el mismo precepto debe partirse de la existencia de un consentimiento prestado libremente por el menor, que en este caso no existió.

En nuestro caso, los hechos realizados sobre Nieves se llevaron a cabo con violencia. Con respecto a Raimunda , el acusado aprovechó que ésta tenía sus facultades cognitivas y volitivas notablemente mermadas como consecuencia de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, lo que lógicamente le impedía prestar libremente su consentimiento.

En todo caso, salvo la edad del acusado y de las víctimas entre los que existían cinco años de diferencia, no se han puesto de manifiesto circunstancias que deban llevar a la consideración de que autor y víctimas fueran próximos en madurez. Lejos de ello, lo que se infiere de los informes emitidos por los distintos especialistas que han reconocido a las menores, es que Nieves presentaba una "falta de crítica respecto de la actitud de los hombres y de su propia colocación en situación de riesgo"; y respecto a Raimunda han apreciado "un comportamiento subyugado, que permite que abusen de ella verbal, sexual y psicológicamente, pese a lo que sigue queriendo tener relaciones con esa gente que la somete, que es muy sumisa, infantil y con poca autoestima".

El motivo por ello debe ser desestimado

QUINTO.- Como se ha reflejado en los antecedentes de hecho de la presente Sentencia este fundamento da respuesta al motivo cuarto de la casación formulada y en el que se discute un error de **derecho** al considerar indebidamente aplicado a los hechos probados el artículo 22.4 del Código Penal, circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, agravante, referida a la comisión del delito por motivos de género. El legislador



penal ha recogido en el ordinal cuarto de las agravaciones un conjunto de situaciones en las que determinados colectivos pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad, por distintas razones, a los que se pretende proteger de forma especial para conformar un modelo social de convivencia pacífica y tolerante, evitando situaciones que supongan discriminación que más allá de la causación del delito, suponga una lesión del principio de igualdad.

El recurrente, en argumentación de su posición, refiere que todos los comportamientos de las menores fueron voluntarios y no condicionados por la actuación de los acusados; los menores acudieron libremente a su vivienda donde durmieron también de forma voluntaria; fueron requeridas para que ayudaran a recoger las cosas que ellas habían usado; pudieron negarse a hacerlo, ya que no consta amenaza, o acto de coacción, alguna frente a ellas; tampoco fueron retenidas en el domicilio, ni se les quitó el móvil, marchándose de forma voluntaria, después de levantarse y desayunar.

El motivo es planteado por error de **derecho** que, conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, exige partir del hecho declarado probado para discutir, desde ese hecho, la aplicación del precepto penal sustantivo que invoca como indebidamente aplicado. Queda fuera del ámbito de la discusión en este motivo la tipicidad de los hechos en el delito de agresión sexual, que ha sido objeto de análisis en los fundamentos segundo y tercero de esta Sentencia, y la vulneración del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, que ha sido analizada en el primero de los fundamentos de esta sentencia y a la que nos remitimos en este fundamento.

En este motivo la disensión se contrae únicamente a la aplicación de la agravante de discriminación por razón de género que, como se ha dicho, debe partir del hecho declarado probado y éste es claro en la descripción de una situación objetiva de desigualdad de género que proyecta una pretendida supremacía machista y en la cual se manifiestan estereotipos de conducta que cosifican a la mujer, relegándola al papel de mero instrumento de placer y de servicio al varón. El hecho probado es claro y no deja lugar a dudas, después de la agresión le ordena que le ponga el desayuno y, a una de ellas, le da la opción de elegir la modalidad de una nueva agresión.

Una premisa previa en el análisis de la impugnación. Contrariamente a lo manifestado por el recurrente en su impugnación, lo que bastaría para su desestimación, el relato fáctico refiere un acto típico de la agresión sexual. Se trata de unas relaciones sexuales con penetración por parte de un mayor de edad, con relación a dos menores, de 13 años de edad en el momento de los hechos, por lo tanto sin capacidad de consentir relaciones sexuales. Además con respecto a una de ellas, Raimunda, el acusado se aprovecha de la merma notable de sus facultades cognoscitivas y volitivas por la ingesta alcohólica. Con relación a Nieves, "actuando con ánimo libidinoso, tras bajarle por la fuerza el pantalón, le retorció el brazo, la cogió de los pelos y le dio la vuelta obligándole a taparse la boca con un cojín y diciendo lo que no gritara o le pegaría", realizando las penetraciones que se refieren. El hecho probado nada dice de actos voluntarios por quienes no tienen capacidad de consentir. Por el contrario, son actos de violencia o de aprovechamiento de una situación cercana a la privación de sentido, ambas típicas de la agresión sexual. Respecto a los presupuestos fácticos de la agravación discutida, se añade en el hecho que el procesado "ordenó a las menores que les prepararán el desayuno a él y a Hernan, tras lo cual el procesado, guiado por la intención de satisfacer sus deseos sexuales, se llevó a Raimunda y le dijo que eligiera, que o él se lo hacía a ella o ella a él, tras lo cual la penetró analmente sin el consentimiento de esta". Hechos "los de la noche y los de la mañana siguiente" realizados "con un ánimo de dominio sobre las víctimas y superioridad machista". En definitiva, un supuesto en el que dos niñas, agredidas con fuerza y privada de sentido, se ven, además, denigradas en su condición de mujer al recibir la orden de realizar una conducta de servidumbre, "ordenó les prepararan el desayuno", y le ofrece la opción de elegir cómo iba a ser posteriormente agredida, "o él se lo hacía a ella o ella a él, tras lo cual la penetró analmente". En escasas ocasiones esta Sala ha dispuesto de un relato fáctico tan asertivo en la descripción de un hecho humillante, denigratorio y lesivo de la dignidad de una persona que, después de haber sido agredida, es compelida a servir el desayuno y a elegir la modalidad de la siguiente agresión, evidenciando, con esas expresiones, una conducta denigratoria de la mujer, actuando con poderío de dominación hacia la mujer a la que le ordena servir el desayuno tras la agresión sexual y como antesala de otra, a la que se le ofrece una posibilidad de opción, absolutamente deleznable, en el contexto en que se realiza. Un comportamiento mucho más claro en su conminación que la verbalización de esa posición de dominio. El lenguaje no verbal es, en ocasiones, más claro que lo que las palabras expresan y del mismo resulta que la realización de los hechos no solo produjo la agresión sexual en los términos relatados, sino que además los mismos se desarrollaron en un contexto de discriminación por razones de género que se pone de manifiesto, de forma palmaria, con expresiones que denotan un indudable ánimo de dominación, de subyugación machista con una pretensión de sumisión de la mujer, reducida a la condición de objeto de desahogo carnal, y de servicio al varón, y refleja un desprecio de género que va más allá de la relación sexual in consentida y forzada.



Las circunstancias que acompañaron los acometimientos de los que fueron respectivamente objeto ambas jóvenes, evidencian que el comportamiento del acusado estuvo impulsado por los tradicionales roles que relegan a la mujer en la esfera sexual a un mero instrumento para la satisfacción del hombre, y en un ámbito relacional más amplio a las labores domésticas que procuran al varón la atención de sus necesidades básicas, es decir, en estereotipos de género. No solo lo refleja de este modo el relato de hechos probados, sino que los elementos simultáneos y posteriores a los ataques perpetrados así lo revelan, dotando de firme sustento al juicio de inferencia que sobre este extremo emitió el Tribunal de instancia y el de apelación avaló.

En lo que a la esfera sexual se refiere, los hechos reproducen tradicionales y actualmente inasumibles esquemas que, relegan a la mujer al papel de mero objeto, queda claro a la vista del uso y abuso que de ambas niñas protagonizó el recurrente intercambiándolas sin otro elemento de diferenciación que la mera coincidencia. Desde una perspectiva más amplia, la escena desarrollada en el mismo lugar antes de que las jóvenes hubieran abandonado la vivienda, patentiza los roles que motivan la actuación del acusado cuando a la mañana siguiente este ordena a las chicas que se dediquen a las tareas domésticas: ordenar la vivienda y dar de comer al varón. Todo ello seguido de un último acometimiento sexual del que hizo objeto a Raimunda, sin reconocerle otra capacidad de decisión que la de elegir la vía de penetración.

No se trata de una simple sucesión temporal de distintos hechos, sino de acontecimientos que se desarrollan en una escena que, aunque prolongada durante varias horas, responde a una atmósfera unitaria, por ello en nada devalúa este razonamiento el, que después de ser verbalmente compelidas ambas a realizar las tareas domésticas, a diferencia de lo que ocurrió con Raimunda, Nieves no volviera a ser sexualmente acometida.

Estos extremos, perfectamente sustentados. en la prueba practicada y de esta manera trasladados a la secuencia histórica, que reproduce los hechos, permiten la inferencia discutida, en cuanto ponen de relieve que nos encontramos ante algo más que la actuación de un joven que es machista, sino ante unos hechos que en su conjunto son expresión de unos patrones de dominación que atribuyen a la mujer un papel de subordinación y dependencia respecto del varón. Patrones que el acusado conscientemente asumió como propios usando sexualmente a su antojo de las menores a las que a continuación exigió el desarrollo de las tareas domésticas. Unos tradicionales roles de dominación exteriorizados como un plus respecto a los elementos de tipificación de los delitos apreciados, y que prestan soporte sobrado a la agravante discutida, con independencia de que, por efecto del principio acusatorio, solo haya sido apreciada en el delito cometido sobre una de ellas.

Como dijimos en la STS 23/2022, de 13 de enero, la concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de discriminación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, (así lo hemos dicho en la STS 99/2019 o en la 444/2020, de 14 de septiembre) pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón, que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias fácticas concurrentes y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, no lo impone así el precepto (artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo; que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad. (En parecidos términos la STS 650/2021, de 20 de junio, con cita de la STC 59/2008).

El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación, o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, lo advertíamos ya en la STS 444/2020, de 14 de septiembre, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación.

En este caso, los presupuestos que colman la tipicidad del delito de agresión sexual por el que el recurrente viene condenado tienen nítido reflejo en el relato de hechos que nos vincula. En lo que a la menor Nieves se refiere, única respecto a la cual se aprecia la agravante combatida, el uso de la violencia como medió



para, vencer su resistencia al acometimiento sexual qué se materializó en una penetración anal, queda expresamente recogido en el *factum*, lo que es suficiente por sí solo para sustentar la aplicación, del artículo 183.2 y 183.3 CP.

Su aplicación a los hechos sólo alcanza respecto de los hechos a una de las menores, pues sólo fue interesada así por las acusaciones y la jurisdicción penal debe sujetarse a las pretensiones deducidas por la acusación, en aplicación del principio acusatorio.

SEXTO.- El quinto motivo del recurso se deduce por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim en relación con error de hecho en la apreciación de la prueba de documentos obrantes en autos: Informe biológicos.

Se refiere como documento literosuficiente al informe biológico de la ropa interior de Nieves, en el que se encontró material biológico de tres varones, siendo uno de ellos suyo, no explicando ni resolviendo la causa real de la existencia de ese tipo de material referido a otros dos varones. Entiende que ello exige una aclaración sobre lo que en realidad ocurrió en la noche de autos. Considera que ello no concuerda con la declaración prestada por Nieves y denota que pudo o debió tener más relaciones de índole sexual esa misma noche.

1. Respecto del motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 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, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 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.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo).

2. Los documentos citados por el recurrente carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Tribunal haya valorado erróneamente la prueba.

Es cierto, que determinada Jurisprudencia de esta Sala admite excepcionalmente la virtualidad de los informes periciales para modificar los hechos, cuando: a) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere su sentido originario; o b) cuando se cuenta sólo 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 los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. El informe, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no estar contradicho por otras pruebas y ser relevante para la resolución del caso.

Sin embargo, el informe que indica la defensa no se encuentra tampoco en ninguno de estos casos.



De esta forma, los peritos que elaboraron tal informe comparecieron en el acto del juicio oral y fueron sometidos a la contradicción de las partes y a la intermediación del Tribunal, quien los ha analizado y valorado junto a los testimonios de las menores ofrecidos en aquel acto, los de los agentes de los Mossos d'Esquadra, pericial forense, pericial psicológica y la pericial biológica la pericial practicada sobre el hisopo rectal tomado de Nieves del que se obtuvo el perfil genético del acusado.

La conclusión establecida en la pericial que el recurrente considera como documento literosuficiente no establece exactamente la conclusión pretendida por éste. Conforme señaló el Tribunal, la citada pericia lo que concluye es que de los restos biológicos de las bragas de Nieves se han obtenido perfiles mezcla de al menos tres personas (no tres varones), siendo al menos uno de ellos varón. Y el perfil de referencia de Baltasar es compatible con dichas mezclas.

En definitiva, el documento que cita el recurrente no contiene información contradictoria con el resultado de otras pruebas que el Tribunal ha resuelto, valorando y relacionando tal informe con otros elementos de prueba obtenidos en el acto del juicio oral en los términos que ya han sido expuestos en el fundamento de **derecho** tercero de la presente resolución, razón por la que el mencionado documento en ningún caso tiene aptitud suficiente para modificar el fallo.

Aun cuando el recurrente discrepe con las conclusiones alcanzadas por el Tribunal, los razonamientos que se expresan en la sentencia se ajusten a las reglas de la lógica y son ajenos al error que se denuncia en el motivo examinado, que en consecuencia debe ser rechazado.

SÉPTIMO.- El sexto motivo se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim al existir contradicción entre los hechos probados de la sentencia.

Afirma que la manifestación que se hace en el hecho probado referida a que no ha quedado acreditado que el acusado retirara los móviles a las menores, así como que fueran llevados a la casa en contra de su voluntad, ni que se les impidiera salir de casa, supone que la estancia de las menores en la vivienda fue consciente y mantenida en el tiempo por su propia voluntad, no requiriendo ayuda alguna a pesar de ser perfectamente posible al tener siempre sus móviles. Ello a su juicio es incompatible con el relato que también contiene el hecho probado en el sentido de que "el acusado manifestó a las menores que solamente se irían cuando ellas arreglaran y limpiaran la casa". Considera que la incongruencia deriva de la propia tipificación de los hechos, ya que de admitir la frase reseñada ello equivaldría indefectiblemente a una acción de carácter intimidatorio y ese ánimo de dominio del que también se hace referencia en el contenido, los que no han resultado acreditados.

1. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 140/2010, de 23 de febrero, "(...) las sentencias penales deben estar construidas de tal forma que sea posible su comprensión, y no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el Tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso, y además, por el resto de los ciudadanos, en cuanto puedan tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los Tribunales. Esta exigencia comprende en su ámbito, naturalmente, el relato de hechos probados. Con éstos han de relacionarse directamente los fundamentos jurídicos de la sentencia, y de ahí debe obtenerse el fallo como conclusión de lo anterior, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el **derecho**, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente.

Reiterada doctrina de esta Sala ha entendido que la sentencia debe anularse, prosperando, por lo tanto, este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprendible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras sentencias núm. 471/2001, de 22 de marzo; 1144/2001, de 31 de julio; 1181/2001, de 19 de julio; 1610/2001, de 17 de septiembre, y STS núm. 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación.

Sin embargo, este motivo, incluido legalmente entre los que dan lugar a la anulación de la sentencia por quebrantamiento de forma, no permite integrar el hecho probado con otros aspectos fácticos que, según el recurrente hayan quedado probados, y que considere de interés a su posición. La valoración de la prueba no corresponde a las partes, sino al Tribunal de instancia. En consecuencia, la redacción del hecho probado se efectúa por el Tribunal expresando en el mismo los aspectos del hecho que hayan quedado probados, según aquella valoración, y que sean relevantes para la subsunción, pudiendo excluir aquellos que considere



intrascendentes. En este sentido es exigible que describa claramente aquello que después es objeto de la calificación jurídica.

Las pretensiones de modificación del relato fáctico solo podrán encauzarse a través de un motivo formalizado por error de hecho en la apreciación de la prueba, desde la perspectiva de la acusación, o, además, a través de la alegación de la presunción de inocencia, desde la óptica de la defensa.

Pero, en todo caso, la estimación de un motivo por falta de claridad con apoyo en el art. 851.1º LECrim, nunca daría lugar a una rectificación del relato fáctico y a la sustitución de los hechos que declaró probados el Tribunal de instancia por otros diferentes."

2. En el caso de autos, nuevamente nos encontramos ante una cuestión nueva que no fue planteada por el recurrente en el recurso de apelación formulado ante el Tribunal Superior de Justicia, lo que ya de por sí determinaría su inadmisión.

En cualquier caso, el relato de hechos contenido en la sentencia es perfectamente coherente e inteligible. El Tribunal no ha declarado probados hechos que eran pretendidos por el recurrente porque no los considera acreditados exponiendo las razones que le asisten para ello en el fundamento de **derecho** octavo de la sentencia. Tampoco existen incongruencias entre el relato de hechos probados y la argumentación contenida en la fundamentación jurídica. La sentencia es clara en los hechos probados, los que relata de forma precisa en los aspectos relevantes sobre los que correspondía decidir, llegando a continuación a la conclusión de que dichos hechos son subsumibles en calificación de los mismos que es rechazada por el recurrente. La situación intimidatoria dirigida a que las menores arreglaran y limpiaran la casa no es incompatible con que el acusado no les retirara sus teléfonos móviles, con que acudieran a la casa de forma voluntaria o con que el acusado no les impidiera salir, lo que ha determinado su absolución por el delito de detención ilegal por el que igualmente era acusado.

El motivo, por ello, no puede prosperar.

OCTAVO.- La estimación del recurso formulado por D. Baltasar conlleva la declaración de oficio de las costas de su recurso, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECrim.

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 interpuestos por la representación procesal de D. Baltasar , contra la sentencia núm. 216/2020, de 14 de septiembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo de Apelación núm. 2/2020, en la causa seguida por un delito continuado de abusos sexuales con penetración a menor de 16 años y un delito de agresión sexual a menor de 16 años.

2) Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) Comunicar esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. MAGISTRADA D.^a CARMEN LAMELA DÍAZ AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, A LA SENTENCIA NÚM 794/2022 DE FECHA 4 DE OCTUBRE DE 2022, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 4778/2020.

1.- Mi discrepancia con el parecer mayoritario del Tribunal se centra en uno solo de los aspectos de nuestra sentencia. Concretamente el referido a la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, agravante de cometer el delito por razones de género del art. 22.4ª CP, exclusivamente en relación a la agresión perpetrada contra la menor Nieves .

La sentencia de la mayoría confirma el criterio de la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, sentencia ésta que, a su vez, ratifica el parecer de la Audiencia Provincial.

Partiendo de la jurisprudencia de esta Sala expuesta en el fundamento de **derecho** quinto de la sentencia de la mayoría, con el debido respeto al criterio de la mayoría, no puedo compartir los argumentos a través de los



cuales confirma la conclusión alcanzada por el Tribunal de instancia, en base a las razones que expongo a continuación.

2. Efectivamente, al deducirse el motivo de casación por vía del art. 849.1 LECrim, debemos atenernos al relato de hechos probados.

Ello no obstante debe recordarse que esta Sala ha admitido la posibilidad de que los hechos probados sean complementados por constataciones de hechos formuladas de forma terminante en la fundamentación jurídica, pero ha negado que el relato fáctico, en los elementos esenciales del delito que motiva la condena, pueda configurarse mediante afirmaciones fácticas surgidas de procesos argumentativos contenidos en la fundamentación jurídica (cfr. SSTS 21/2010, 26 de enero y 520/2012, 19 de junio y 862/2012, 31 de octubre, entre otras).

En consecuencia, tomaré en consideración algunos hechos que, aun no constando expresamente en el hecho probado, se refiere a ellos el Tribunal en la fundamentación jurídica de su sentencia.

3.- El hecho probado comienza describiendo el encuentro que tuvieron el acusado y otros menores con las dos víctimas en un parque de la ciudad donde estuvieron consumiendo bebidas alcohólicas. En un determinado momento acordaron dirigirse a casa del acusado, Baltasar . A la casa llegaron éste, las dos víctimas y el menor Hernan . Continúa el hecho probado afirmando que "Al llegar a la casa se tumbaron en la habitación donde había dos camas. En una de ellas se acostó Raimunda con el acusado, mientras que en la otra se acostaron Hernan y Nieves .

El acusado, aprovechando que Raimunda tenía sus facultades cognitivas y volitivas notablemente mermadas como consecuencia de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, actuando guiado por el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, penetró vaginalmente a Raimunda , sin que en ningún momento la menor prestara su consentimiento ni opusiera resistencia a la acción llevada a cabo por el procesado, debido al estado en que se encontraba.

Seguidamente, el procesado se tumbó en la cama en la que estaba acostada Nieves , y actuando con ánimo libidinoso, tras bajarle por la fuerza el pantalón le retorció el brazo, la cogió de los pelos y le dio la vuelta, obligándole a taparse la boca con un cojín y diciéndole que no gritara o le pegaría, e introdujo su pene en el interior del ano de Nieves , pese a la resistencia opuesta por esta, eyaculando en su interior."

Del relato transcrito en modo alguno se desprende que el acusado profiriese alguna expresión o tuviese alguna actitud o conducta de la que se infiera mínimamente una demostración grave y arraigada de desigualdad o de supremacía machista sobre las víctimas que trascienda de los actos imputados que han merecido la calificación jurídica de abuso sexual y agresión sexual.

Como expresa el Tribunal de instancia en la fundamentación jurídica de su sentencia, después de los hechos descritos, las menores permanecieron voluntariamente en la vivienda, ya que su intención era desde el principio pasar la noche fuera de casa, siendo su única preocupación no llegar tarde por la mañana.

Tras dormir toda la noche, los hechos probados narran lo que aconteció a la mañana siguiente:

"A la mañana siguiente el procesado, ordenó a las menores que les prepararan el desayuno a él y a Hernan , tras lo cual el procesado, guiado por la intención de satisfacer sus deseos sexuales, se llevó a un aparte a Raimunda y le dijo que eligiera, que o él se lo hacía a ella o ella a él, tras lo cual el acusado la penetró analmente, sin el consentimiento de esta y sin que conste acreditado el empleo de violencia física ni psicológica a tales efectos.

Tras ello el acusado manifestó a las menores que solamente se irían cuando ellas arreglaran y limpiaran la casa.

Tanto los hechos de la noche como los de la mañana siguiente los llevó a cabo el acusado actuando con un ánimo de dominio sobre las víctimas y superioridad machista."

Finalmente el relato fáctico recoge aquellos hechos que, imputados al acusado, a su juicio no han quedado acreditados como son "... que el acusado retirara a las menores sus teléfonos móviles. Tampoco que fueran llevadas a la casa del acusado contra su voluntad o que les impidiera salir de la casa.

Tampoco ha quedado acreditado que durante la mañana el acusado intentara penetrar nuevamente a Nieves ."

El hecho probado describe con toda nitidez que tanto los hechos de la noche como los de la mañana siguiente los llevó a cabo el acusado actuando con un ánimo de dominio sobre las víctimas y superioridad machista. Sin embargo, ni en el hecho probado, ni en la fundamentación jurídica de sus sentencias, la Audiencia y el



Tribunal Superior de Justicia explican suficientemente los motivos que les llevan a efectuar esa consideración en relación a Nieves .

La Audiencia justifica la aplicación de la agravante solicitada por la Acusación Particular ejercitada por Nieves en la forma en que el acusado se condujo durante la noche y a la mañana siguiente. En concreto se fija en que el acusado tuvo relaciones sexuales con las dos menores y que al día siguiente dio a elegir a Raimunda entre penetrarla o que le hiciera una felación. También ordenó a ambas preparar el desayuno a él y a Hernan y recoger la casa. Sin embargo, el Tribunal en todo momento constata que las menores permanecieron en la vivienda voluntariamente hasta que decidieron abandonarla.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia atiende para confirmar esta agravación a las mismas circunstancias.

No hay duda de que las órdenes impartidas por Baltasar a Nieves para que ella y Raimunda le prepararan el desayuno y limpiaran la casa denota una actitud machista, pero tal actitud se encuentra totalmente desconectada de los hechos que sucedieron la noche anterior.

Además, al valorar las pruebas, la Audiencia puso de relieve que, según declaró Nieves , después de la agresión perpetrada sobre Raimunda , el motivo de que Baltasar se acostara en la cama junto a ella fue que Nieves se había peleado con Hernan , lo que motivó que éste se fuera a la cama de Raimunda , y Baltasar a la suya donde se pusieron a dormir, procediendo Baltasar , al cabo de un rato, a realizar los actos que se relatan en el hecho probado.

No cabe duda que el delito se cometió con claro desprecio de los **derechos** de la víctima, atentando gravemente contra su libertad e indemnidad sexual, pero no parece que las circunstancias que rodearon los hechos y que han sido expuestas revelen que la grave agresión que sufrió Nieves constituyó además un acto de dominio machista.

No se atisba una posición de inferioridad en Nieves por el hecho de ser mujer, de modo que solo por este hecho tuviera que someterse a los deseos y órdenes de Baltasar sin ningún tipo de cuestionamiento. La secuencia histórica que el relato de hechos probados describe es un acometimiento que no va más allá de un violento y reprochable ataque contra la libertad sexual, sin que se vislumbre claramente un desprecio de género más allá del que es inherente a la propia agresión sexual. Los perfiles de la agravación han de concurrir en el hecho delictivo. No es la condición del autor - *ser machista*-, abstraída de los hechos, la que determina el incremento penológico, sino que en el delito en sí aparezca de forma objetivable y no puramente hipotética o eventual, ese componente de desprecio al género. Una exégesis que se fijase en exclusiva en la idiosincrasia del agresor, se deslizaría peligrosamente hacia concepciones evocadoras del denostado **derecho penal de autor**.

4.- Por ello, considero que debió ser estimado el motivo de impugnación y anulado únicamente en este punto el pronunciamiento que contiene la sentencia recurrida, estimando que no concurre en la ejecución del delito de agresión sexual cometido en la persona de Nieves , la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, agravante de cometer el delito por razones de género del art. 22.4ª CP, por lo que procedería imponer al acusado la pena de prisión entre doce y quince años, la que impondría en su mínima extensión de doce años en atención a las mismas circunstancias del hecho y del culpable tomadas en consideración por la Audiencia Provincial.

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz