



Roj: **STS 3658/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3658**

Id Cendoj: **28079120012022100789**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2022**

Nº de Recurso: **10077/2022**

Nº de Resolución: **804/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13971/2021,**
STS 3658/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 804/2022

Fecha de sentencia: 06/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10077/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10077/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 804/2022

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10077/2022P, interpuesto por **Amador**, representado por la Procuradora de los Tribunales D.^a María Jesús Fernández Lasagre y bajo la dirección letrada de D.^a Myriam Hernán Martín, y por **Augusto**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Blanco Blanco y bajo la dirección letrada de D. Fernando Sánchez González, contra la sentencia dictada con fecha 3 de diciembre de 2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 432/2021) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 7^a, n.º 803 de fecha 14 de junio de 2021.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y la acusación particular, **Silvia**, representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a María Dolores Hernández Vergara y bajo la dirección letrada de D.^a Concepción Freire San José.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario 803/2020 (dimanante del sumario ordinario 672/2020, del Juzgado de Instrucción nº 22), seguido ante la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 14 de junio de 2021, se dictó sentencia condenatoria para Amador, y Augusto como responsables, en concepto de autores, de un delito de agresión sexual, que contiene los siguientes **Hechos Probados**: "Ha resultado probado y así se declara, que el día 3 de mayo de 2020 en torno a las 21:30 horas el acusado Amador, se encontraba junto con el acusado Augusto en el parque Emperatriz María de Austria de Madrid, próximos a un quiosco, llegando en esos momentos Silvia que se unió a ellos para beber cerveza dado que les conocía del parque, y momentos después fue empujada por uno de los dos acusados y cayó al suelo golpeándose la cabeza con la pared, encontrándose la mujer ya en el suelo, con ánimo libidinoso, mientras el acusado Augusto sujetaba por el hombro y la cintura a Silvia para que no se levantara del suelo, el acusado Amador le introdujo los dedos en la vagina y también alguna ramita del parque, si bien finalmente la mujer pudo marcharse del lugar.

A consecuencia de estos hechos Silvia sufrió lesiones consistentes en erosión lineal en labio superior derecho; erosión redonda de menos de un centímetro en rodilla derecha; en abdomen hematomas en evolución en zona de hipocondrio derecho hasta epigastriolineal; en región umbilical en parte superior hematoma en evolución de un centímetro y perumbical lado derecho de tres hematomas redondeados de aproximadamente un centímetro; en labio mayor derecho erosión lineal por la parte interna del labio.

La lesionada recibió una primera asistencia con analgesia, lavado y desinfección local y evaluación psiquiátrica diagnosticada; tardó en curar ocho días sin incapacidad para su vida habitual, mientras que debido al cuadro de ansiedad agudo presentado a resultas de estos hechos necesitó tratamiento psiquiátrico que duró treinta días".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Amador, y a Augusto, cuyos datos de filiación constan, como responsables en concepto de autores de un delito de agresión sexual con violencia realizado de forma conjunta entre ambos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para cada uno de ellos de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, con accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con imposición a cada uno de ellos por mitad, de la mitad de las costas del juicio.

Se prohíbe a Amador y a Augusto, que se acerquen a la víctima, a su domicilio o a cualquier lugar que frecuente ni se comuniquen, por ningún medio con D.^a Silvia por un tiempo de trece años. La distancia de seguridad que se impone es de mil metros; así mismo, se impone a cada uno de los penados, la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, por tiempo de cinco años

En concepto de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Silvia, en la cantidad de 1.900 euros por las lesiones físicas y el tratamiento psiquiátrico recibido, y en la cantidad de 15.000 euros en concepto de daños morales, cantidades que devengarán el interés legal establecido en el artículo 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.



Para el cumplimiento de la pena se les abonará todo el tiempo de detención policial y prisión provisional sufrida por esta causa, si no se le hubiera aplicado a otra.

SE ABSUELVE a los acusados Amador y Augusto del delito leve de lesiones por el que venían siendo acusados. Se declaran de oficio la mitad de las costas del juicio.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Interpuestos Recursos de Apelación por Amador y Augusto contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 3 de diciembre de 2021, con el siguiente encabezamiento: "Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, el presente rollo de apelación nº RPL 361/2021 (ASUNTO PENAL 432/2021), correspondiente al Sumario Ordinario nº 803/2020, procedente de la Sección no 7 de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo partes apelantes: la procuradora D.ª MARÍA JESÚS FERNÁNDEZ SALAGRE, en nombre y representación de Amador , asistido por la D.ª MYRIAM HERNÁN MARTÍN, y el procurador D. RAMÓN BLANCO BLANCO, en nombre y representación de Augusto , asistido por el letrado D. CÉSAR WILBER MALDONADO QUISPE y como partes apeladas el MINISTERIO FISCAL y la procuradora D.ª. MARÍA DOLORES HERNÁNDEZ VERGARA en nombre y representación de D.ª Silvia , asistida por la letrada D.ª CONCEPCIÓN FREIRE SAN JOSÉ".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 3 de diciembre de 2021 es del siguiente tenor literal: "QUE DESESTIMANDO los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Da. MARÍA JESÚS FERNÁNDEZ SALAGRE, en nombre y representación de Amador , y por el procurador D. RAMÓN BLANCO BLANCO, en nombre y representación de Augusto frente a la sentencia de fecha 14 de junio de 2021, dictada por la Sección no 7 de la Audiencia Provincial de Madrid, en autos de Sumario Ordinario no 803/2020, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución, sin hacer expresa imposición de costas en esta segunda instancia".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Amador y Augusto , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- La representación legal de Amador alegó los siguientes **motivos de casación**:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.2 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en la causa.

SEGUNDO.- Quebrantamiento de forma previsto en el artículo 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no resolverse en sentencia los extremos que han sido objeto de la defensa.

TERCERO.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, consagrados en los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española.

SEXTO.- La representación legal de Augusto se adhiere a los motivos alegados por Amador , y plantea además los siguientes **motivos de casación**:

1. Primer motivo: "por infracción del Derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE y art. 5.4 LOPJ), en cuanto a la comprobación de la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia".

2. Segundo motivo: "Por infracción de Ley, al amparo del art.849. 1 LECrim, e infracción de los arts. 5 y 7 CP, por la falta de concreción del dolo y la acción como sujeto activo del tipo de los arts. 178, 179 y 180.1.2ª CP".

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, el Sr. Amador presenta escrito adhiriéndose al recurso de Augusto ; la acusación particular presenta escrito a través de su representación procesal impugnando los recursos de casación y el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 26 de abril de 2022; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 20 de septiembre de 2022, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha. El Ponente designado discrepa de la solución alcanzada por la mayoría de la Sala y expresa su disensión en el Voto particular que se une a la presente Sentencia en la que ha asumido la ponencia el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Amador

PRIMERO.- Son tres los motivos que enuncia este recurrente, que, si bien luego desarrolla de manera conjunta, podemos tratarlos en dos bloques: en uno primero, el concerniente al invocado error de hecho en la valoración de la prueba, del art. 849. 2º LECrim, así como el relativo a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías, y en un segundo bloque, dedicado a la queja por quebrantamiento de forma (art. 851.3º LECrim), por no resolverse en sentencia todos los extremos que han sido objeto de defensa.

Antes, sin embargo, haremos alguna consideración de doctrina general, al objeto de centrar el recurso, teniendo en cuenta que, previo a éste de casación, se ha planteado el de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Conviene recordar que, cuando del recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia se trata, viene recordando este Tribunal que, tras la reforma operada por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.

Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de ésta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, 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.

Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales acudimos a la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente: "A partir de la reforma de 2015 lo impugnabile en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir 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 es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en esa primera fiscalización realizada en 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 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 por el Tribunal Superior de Justicia, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo".

Además, en lo que concierne al control casacional cuando se cuestiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida esa doble instancia, el juicio de revisión de este Tribunal se ha de centrar en el examen de racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación, relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba, y ello porque el tribunal de segunda instancia en ese juicio de revisión ha verificado la estructura racional del discurso valorativo realizado por el tribunal sentenciador, y que, al haber constatado que se han observado las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, exime a este Tribunal de Casación de tal función, en la medida que la nuestra se reconduce al examen de la racionalidad de la motivación de la sentencia de apelación, y es que lo que, en ningún caso, nos corresponde, como se pretende en el recurso, es suplantar aquella valoración que viene de la instancia hecha por el tribunal ante cuya presencia se practicó la prueba, superado el filtro del tribunal de apelación, y menos si es pasando por la que proponga el parcial e interesado criterio del recurrente.

SEGUNDO.- Desde los anteriores parámetros hemos de abordar los motivos de recurso relativos a error de hecho en la valoración de la prueba y vulneración derechos fundamentales, por cuanto que, aunque con



enunciados distintos, en ellos se está cuestionando la valoración de la prueba y, además, en términos muy similares a como se cuestionó con ocasión del previo recurso de apelación.

Incorre, sin embargo, el recurrente, en su un planteamiento, en un error, pues ni nos indica cuál de esos documentos es literosuficiente y qué relevancia tendría, por sí solo, en orden a la decisión final del pleito, por lo que, habiendo acudido al motivo del art. 894.2º LECrim., está abocado al fracaso, por cuanto que, tal como se desarrolla, no lo respeta, ya que, según su texto, cabrá corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que resulte de un documento susceptible de dar lugar a la alteración del hecho probado con relevancia para el pronunciamiento final del juicio, pero siempre teniendo en cuenta que, en nuestro proceso penal, como resulta del inciso "sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", no se reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, a la vez que no cabe acudir a otro motivo, como es invocando la presunción de inocencia para desbordar este.

Y decíamos en el fundamento anterior que la sentencia contra la que se formula el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación, que es frente a la cual el recurrente deberá plantear su discrepancia, y, en nuestra labor de 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 apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba, no siendo misión nuestra revalorar íntegramente una prueba que no hemos presenciado directa y personalmente.

En realidad, tal como se desarrolla el motivo, lo que se pretende es que este Tribunal haga una reinterpretación de toda la prueba practicada en la instancia, frente a la realizada por el tribunal sentenciador, que, además, ha pasado por el juicio de revisión del tribunal de apelación, cuando ello no nos corresponde, por ir más allá de lo permitido por el motivo de casación invocado. Y es que, en el caso, la sentencia de instancia no ha prescindido de esos documentos que fueron puestos a su alcance, y, pretender una reinterpretación, supone entrar en una pura cuestión de valoración de prueba, en una forma que, más allá del estricto cauce que permite el art. 849.2 LECrim, no podemos abordar, dada nuestra función de control casacional y carecer de principios tan fundamentales como el de inmediación y contradicción. En realidad, se está expresando una discrepancia con la valoración realizada por el tribunal de enjuiciamiento, que es a quien le corresponde, por ser el tribunal ante cuya presencia se practicó, y que, en el caso, reiteramos y es importante no olvidar, ya ha sido revisada por el tribunal de apelación.

Y así hay que entenderlo, porque, por mucho que se ponga énfasis en la documentación médica, dicha prueba no evidencia error alguno. Si los peritos no alcanzaron a establecer una relación causal entre el estado de ansiedad crónico con los hechos, la presunción de esa pericial es irrelevante para la subsunción y la valoración del testimonio de la víctima es ajena a la pericial designada al estar sujeta a la percepción inmediata en la prueba personal.

Al ser esto así, no podemos entrar en esa dinámica de nueva revaloración de toda la prueba con que se enfoca el recurso y con la que se pretende restar la credibilidad al testimonio de la víctima que le otorga el tribunal sentenciador y ratifica el de apelación, sino que, simplemente, destacaremos alguna de las consideraciones de los anteriores tribunales, que nos parecen más indicativas.

En este sentido, abordan acertadamente el tratamiento del conocido como triple test, apuntado por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del testigo víctima (persistencia en las manifestaciones incriminatorias, verosimilitud mediante elementos corroboradores, ausencia de motivos de incredibilidad subjetiva), determinante para apreciar la violencia de que fue objeto, y que lleva a la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 180.1.2ª CP, mediante la introducción de los dedos y de alguna ramita arbórea por vía vaginal.

Así lo consideramos, y sin perjuicio de remitirnos a las acertadas consideraciones de las sentencias de instancia y apelación, solo destacaremos un par de elementos que avalan esa credibilidad de la víctima y sirven para rechazar la versión del recurrente, que viene manteniendo que su relación sexual con aquélla fue consentida: uno de ellos es el testimonio prestado por Victorino, no solo por el valor que se le pueda dar como testigo de referencia por lo que le relató la propia víctima, sino porque ese relato que ésta le hizo abunda en la idea de persistencia en lo que ha venido manifestando; y el otro, que nos parece más relevante, es el resultado de los informes médicos, que, entre las lesiones que objetivan, acreditativas de que hubo de ser empleada una fuerza sobre la víctima, nos parece significativa esa erosión observada en la parte interna del labio mayor derecho, alrededor de la vagina, compatible con una ramita o palito del parque donde se produjeron los hechos.

Procede, por tanto, la desestimación de los motivos articulados por *error facti*, así como por vulneración de derechos fundamentales.



TERCERO.- Habíamos anticipado que el motivo de recurso, por quebrantamiento de forma, articulado en base al art. 851.3º LECrim, en que reprocha el recurrente no haber resuelto la sentencia de instancia todos los puntos que fueron objeto de defensa, y que, en último término, encierra una queja por falta de motivación, lo abordaríamos por separado de los otros, y así lo hacemos, no obstante girar el discurso que se desarrolla en él sobre aspectos relacionados con la valoración de la prueba, en particular, por no haber dado crédito a la versión de los hechos que mantiene el condenado, pues se sigue insistiendo en que es la suya la que ha de prevalecer, quien mantiene que su relación con la víctima fue consentida, y que no hubo resistencia ni oposición por parte de ésta.

Vuelve ser un planteamiento erróneo, en la medida que la incongruencia a denunciar en base al referido motivo ha de ir referida a las pretensiones jurídicas planteadas por las partes, que son las que han de ser atendidas en sentencia, no así las alegaciones o argumentaciones en apoyo de esas pretensiones, respecto de las cuales el tribunal no viene obligado a dar respuesta explícita a todas ellas, sino que puede ser bastante con atender a las de una parte, cuando las de la contraria quedan excluidas por incompatibilidad, como ha sucedido en el caso que nos ocupa, en que, desde el momento que se ha dado credibilidad a la versión de los hechos mantenida por la víctima, era incompatible que prosperase la del condenado, que quedaba rechazada debido a esa incompatibilidad, sin necesidad de mayor atención, por ser consecuencia del juego del principio de libre valoración conjunta de toda la prueba practicada.

En este sentido, en STS 20/2022, de 13 de enero de 2022 decíamos lo siguiente: "En todo caso, si decimos que está mal planteado el motivo es porque en él se confunden dos conceptos que deben ser perfectamente diferenciados, como son el de alegación y pretensión, ya que lo que ha de obtener respuesta en sentencia son las pretensiones, y ello no pasa, necesariamente, por atender las alegaciones que en apoyo de la misma se hagan, sino que el deber de congruencia de la sentencia hay que ponerlo en relación con la pretensión, de manera que si son conocidos los motivos por los que, en el caso, se asumió la tesis de la acusación, por exclusión e incompatibilidad quedaban rechazados los de la defensa, y es que no hay que olvidar que el objeto del proceso penal es el hecho delictivo presentado por la acusación, de manera que, acreditado éste, como en el caso fue la violencia e intimidación que medió para doblegar la voluntad de la víctima y someterla a esa agresión sexual, ninguna necesidad había de analizar al detalle la ausencia de esos elementos, como pretendía la defensa.

En apoyo de lo que decimos, podemos acudir al art. 218 LECivil, que, sobre exhaustividad y congruencia de las sentencias, dice como sigue:

"1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

Como también podemos traer a colación, de nuestra STS 746/2022, de 21 de julio de 2022, el siguiente pasaje: "Respecto a la incongruencia omisiva, hay que recordar que este vicio procesal exige que ni explícita, ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, de 25 de julio). En efecto, esta Sala viene afirmando de forma constante (SSTS 603/2007, de 25-6; 54/2009, de 22-1; y 248/2010, de 9-3), que la incongruencia omisiva es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejados en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para eso debe hacerse previamente uso del remedio previsto en los arts. 161.7 LECrim y 267.7 LOPJ que la jurisprudencia de esta Sala -por todas citamos la sentencia 648/2018, de 14 de diciembre- ha convertido en presupuesto insoslayable previo de un motivo por incongruencia omisiva".

En definitiva, habiéndose dado, dentro del marco de valoración conjunta de toda la prueba practicada, respuesta razonable para acoger la versión de los hechos de la denunciante, que, por incompatibilidad con la



del denunciado, excluye la versión de éste, no cabe hablar ni de falta de motivación ni de incongruencia en la sentencia de instancia, procediendo, en consecuencia, la desestimación del motivo.

Recurso de Augusto

CUARTO.- Como primer motivo, formula este recurrente "por infracción del Derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE y art. 5.4 LOPJ), en cuanto a la comprobación de la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia".

Cuestiona en el motivo la racionalidad de la motivación en la valoración de la prueba expresada en la sentencia de instancia, esto es, la estructura racional del discurso valorativo, por considerar que la que ha hecho el tribunal sentenciador no es razonable. Para defender ese planteamiento se pasa a analizar, fundamentalmente, el testimonio de la víctima, a fin de restarle la credibilidad que le otorga la sentencia de instancia y corrobora la de apelación.

Para dar respuesta al motivo, hemos de remitirnos a las consideraciones que hacíamos en los fundamentos precedentes, cuando analizamos el recurso del otro condenado, relativos a lo que concierne nuestro control casacional cuando se cuestiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en que, cumplida esa doble instancia, el juicio de revisión de este Tribunal se ha de centrar en el examen de la racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación, relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba, y ello porque el tribunal de segunda instancia, en el juicio de revisión que le corresponde hacer, ha verificado la estructura racional del discurso valorativo realizado por el tribunal sentenciador, que, desde el momento que consideramos que es razonable, basta con que nos remitamos a las consideraciones realizadas al respecto en su sentencia, como así hacemos.

A partir de aquí, no hemos de entrar en las puntualizaciones sobre particulares detalles de la declaración de la víctima, como si tardó más o menos en denunciar los hechos, o lo que hizo o dejó de hacer hasta que los denunció, o si había bebido más o menos, así como otras circunstancias que se van añadiendo, pues todas ellas las tuvo que escuchar el tribunal sentenciador y si, pese a todo, dio credibilidad al testimonio de la víctima, no se la restará este tribunal, como no lo hizo el de apelación, porque desde la instancia se cuenta con una valoración razonable y de conjunto de toda la prueba practicada, no solo del testimonio de la víctima, por parte del tribunal que la presencié, que no porque no se comparta se puede tachar de irracional, como se hace en el recurso.

En este sentido, podemos destacar, en el juicio de revisión que hace el tribunal de apelación sobre la valoración de la prueba realizada por el de instancia, cómo explica que, tras el examen de la declaración de la víctima, le lleva a acoger la conclusión que alcanza el tribunal a quo, haciendo una serie de consideraciones al respecto, y que, cuando entra en lo que a este recurrente se refiere, nos parece significativo que habla en plural, dejando constancia de que los dos acusados invitaron a Silvia a beber cerveza, o cuando explica que se refían de ella, tras ser golpeada, o se refiere a ellos, como que los conocía de hace tres años, lo que es indicativo de esa actuación conjunta en lo que al empleo de la violencia que se desplegó sobre la víctima se refiere, y que, por lo tanto, en la medida que fue ejercida por ambos, llevó al tribunal sentenciador a dar por probado que Augusto participó en la agresión, no obstante negar éste su presencia en el lugar, lo que confirma la sentencia de apelación, en la que sí bien reconoce, tras el visionado del DVD de la vista, que hay alguna imprecisión entre lo declarado en instrucción y el juicio oral, acaba concluyendo que "deja con claridad que Augusto estaba con Amador cuando ocurrieron los hechos y que participó de forma activa en los mismos".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

QUINTO.- Constatada la existencia de la precisa actividad probatoria para conformar el hecho declarado probado en los términos que hemos señalado en el anterior fundamento, analizamos el segundo motivo de la impugnación en el que denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al aplicar indebidamente los artículos 5 y 7 del Código Penal, negando la existencia del dolo preciso en el delito de agresión sexual, y, consecuentemente, la indebida aplicación de los artículos 178, 179 y 181.2 del Código Penal.

La argumentación que desarrolla es realizada a espaldas del hecho declarado probado, lo que ya constituye una causa de desestimación, pues la vía elegida en la impugnación exige el respeto al hecho probado. Señala que el relato fáctico no refiere nada sobre el elemento subjetivo requerido por el tipo. Concretamente, afirma que "no consta que tuviera conocimiento de realizar una acción sexual contra la voluntad de la denunciante, con el propósito de lograr una satisfacción sexual, elemento nuclear del tipo subjetivo sobre el que la resolución impugnada no expone ni la más mínima determinación o planteamiento subjetivo que colme la más mínima de las motivaciones".

La desestimación es procedente. El relato fáctico de la sentencia refiere que los dos acusados al encontrarse a la víctima "fue empujada por uno de los dos acusados y cayó al suelo golpeándose la cabeza con la pared, y



encontrándose la mujer ya en el suelo, con ánimo libidinoso, mientras el acusado sujetaba por el hombro y la cintura para que no se levantara del suelo, el otro acusado le introdujo los dedos en la vagina y también algunas ramitas del parque, si bien finalmente la mujer pudo marcharse del lugar". Desde ese relato fáctico resulta claro y evidente que los dos acusados actúan con un ánimo, que se describe de libidinoso, realizando una conducta agresiva a la libertad sexual, en su modalidad de empleo de violencia con introducción de miembros corporales, conducta que realizan de común acuerdo y con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales. Discutir ese extremo es entrar en un cuestionamiento del relato fáctico no permitido por la vía impugnativa elegida.

En la actual regulación de los delitos contra la libertad sexual, superadora de antiguas concepciones con distintos bienes jurídicos, los verbos nucleares aparecen definidos con caracteres amplios en los que lo relevante es el ataque a la libertad sexual que comprende la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, a la formación, el desarrollo de la personalidad y sexualidad, cuando se trata de menores, y al propio contenido de la libertad, la ordenación de la vida sexual sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena.

Esa conformación de la estructura típica de los delitos contra la libertad sexual supone que lo relevante en la tipicidad es el atentado contra la libertad sexual, distinguiéndose en las distintas modalidades típicas, el empleo de violencia o intimidación, o su realización sin consentimiento, en sus distintas variedades, y las distintas modalidades de agresión o abuso, con penetración o sin ella. Por otra parte, en la definición de la autoría ha supuesto una profunda modificación en el análisis de los comportamientos de los autores y cooperadores necesarios. Sí con arreglo al artículo 14 del Código Penal de 1973 autor era quién tomaba parte directa en la ejecución del hecho, además de la inducción y la cooperación al hecho, en el artículo 28 del Código de 1995 se determina que son autores los que realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, o por medio de otro del que se sirven como instrumento, siendo también considerados autores a los inductores y los cooperadores necesarios. Esta modificación de los tipos penales y de la definición de autor propicia que, como dijimos en la sentencia 768/2021 "en la actual regulación, y en claro contraste con el Código de 1973, no se previene ningún delito contra la libertad sexual que el verbo típico en qué consiste la acción exija que el autor sea quien la ejecute de manera física y directa. Los términos en los que hoy se expresan los tipos son tan amplios que se separan, con claridad, de la casi extinta categoría de los delitos de propia mano".

Esta categoría delictiva, delitos de propia mano, surge en la dogmática penal para explicar la autoría mediata, que en el Código de 1973 se expresaba con el término "fuerza" y en el de 1995, de forma más clara, "realizan el hecho por medio de otro", con un ánimo de clarificar qué delitos admitían la forma de autoría mediata y cuáles no, exigiendo para excluir esa forma de autoría que el tipo penal dispusiera un contacto personal corporal entre el autor y el sujeto u objeto sobre el que se desarrolla la acción. Posteriormente se amplió para justificar por qué algunos delitos no requerían la realización personal por el autor, bastando el aprovechamiento del resultado obtenido. Desde los inicios de esta construcción como categoría dogmática, se ha cuestionado su viabilidad respecto de muchos delitos. En la jurisprudencia actual hemos venido prescindiendo de esa catalogación respecto del delito de agresión sexual. Así la STS 462/2019, de 14 de octubre, que ya refiere que son numerosas sentencias de esta Sala que niegan la condición de delito de propia mano, considerando que tan autor del hecho delictivo es la persona que tiene contacto corporal, en las modalidades que así lo requieren, como quien induce a otra a realizar un acto de naturaleza sexual de forma in consentida, o quien realiza actos típicos precisos para la realización del hecho delictivo. En la Sentencia 768/2021, de 14 de octubre, antes señalada, señalamos que el delito de agresión sexual, incluso en su modalidad de penetración, no es un delito de propia mano "pues cabe que el sujeto activo se valga de personas carentes de dolo -menores o discapacitados- para cometer el delito, como instrumento para lograr sus fines, y haciéndoles participar en una orgía sexual en la que, asimismo, está el acusado presente e interviene activamente, siendo irrelevante que mantenga contacto físico con todos o solo con alguno de los menores presentes en la ocasión".

El relato fáctico, respetado en la vía de impugnación elegida, es claro en la descripción de una conducta por la que los dos acusados, con un ánimo común libidinoso, empujan a la víctima, esta cae al suelo y mientras que uno de ellos la sujeta por el hombro y la cintura para que no se levantara del suelo, el otro le introdujo los dedos en la vagina y alguna herramienta del parque. La víctima logró desasirse y marcharse del lugar, lo que impidió la continuación en la acción. Lo relevante, a efectos de tipicidad, es que ambos sujetos realizan una acción típica de agredir sexualmente a una persona empleando violencia e intimidación y lo hicieron en una modalidad en la que los dos intervienen, pues el hecho de sujetar a una persona por los hombros y la cintura es la que posibilita que la otra penetre en los términos que se declara en el hecho probado, siendo ambos responsables como autores del delito. Ciertamente, nuestra jurisprudencia se ha calificado, en muchas ocasiones, esta conducta de cooperador necesario, pero esa decisión obedece, en la mayoría de las ocasiones, a calificaciones de las sentencias objeto de impugnación, siendo irrelevante a los efectos de la penalidad, pues el artículo 28 establece, en todo caso, su consideración de autor. Ambos intervinientes en la acción tienen



dominio del hecho, pues un comportamiento adecuado a la norma hubiera evitado la realización de la conducta típica y ambos realizan una conducta típica con conocimiento y ánimo de realizarlo.

Consecuentemente, ningún error cabe declarar y la subsunción es correcta, subsunción que, por otra parte, no fue objeto de discusión en el precedente del recurso de apelación, sin que quepa declarar una errónea calificación jurídica de los hechos.

FALLO

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Amador y Augusto contra la sentencia 410/2021, dictada con fecha 3 de diciembre de 2021, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Recurso de Apelación 432/2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 14 de junio de 2021, en Sumario Ordinario, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, que, se confirma, condenándoles al pago de las costas habidas con ocasión de la presente casación, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

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

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Luis Hurtado Adrián a la Sentencia dictada en Recurso de Casación 10077/2021, de esta misma fecha.

Vaya por delante que la discrepancia con mis compañeros lo es tan solo en relación con el fundamento de derecho quinto de la sentencia, relativo al juicio de tipicidad de la conducta de Augusto; de hecho, el resto de la sentencia ha asumido, casi en su totalidad, los demás fundamentos jurídicos presentados por este Magistrado, y puesto que es en el quinto en el que no ha habido consenso, en este voto particular muestro mi discrepancia, siempre con el máximo respeto al criterio de la mayoría, pues, sin perjuicio de parecerme lo suficientemente sólida su fundamentación, no es óbice para disentir de ella, cuando cabían interpretaciones de la norma, en mi opinión menos formales y, desde luego, más favorables al condenado, sin salirme de una doctrina seguida por una asentada jurisprudencia de esta misma Sala.

PRIMERO.- Formaliza un segundo motivo de casación la representación procesal de Augusto "por infracción de Ley, al amparo del art. 849. 1 LECrim, e infracción de los arts. 5 y 7 CP, por la falta de concreción del dolo y la acción como sujeto activo del tipo de los arts. 178, 179 y 180.1.2ª CP".

1. Siendo cierto que la sentencia de instancia condena a este recurrente como autor del mismo delito de agresión sexual que al anterior, se cuestiona en el recurso que no hay una justificación al respecto, y que, en todo caso, su participación sería a título de cooperador necesario, pues no hay en los hechos mención a la relevancia de su actuación, que fue la de sujetar por el hombro y la cadera a la víctima, respecto de la acción nuclear desplegada por el otro coacusado. A partir de aquí, el recurrente invoca una doctrina de la Sala, y se queja de que no se dedica, desde la sentencia de instancia, consideración alguna para diferenciar la conducta del acto sexual que despliega el otro condenado, de la que despliega éste, que es cooperador necesario, de manera que, si así se le considera, no le sería de aplicación la específica circunstancia de agravación del art. 180.1.2ª CP.

Frente a tal planteamiento, se opone el M.F. con dos argumentaciones; por un lado, que, con ocasión del recurso de apelación, no se cuestionó la condena como autor, ni que no le fuera de aplicación el referido subtipo agravado, y, por otra parte, que viene condenado como autor, y que el delito de agresión sexual no se considera de propia mano, citando al respecto la STS 462/2019, de 14 de octubre de 2019, de manera que, para ser considerado coautor, "debe tener el dominio funcional del hecho, pero no es necesario que ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores".

Respecto de la primera de las alegaciones, decir que no le falta razón al M.F. cuando se opone a la estimación del motivo, por ser doctrina consolidada de esta Sala que no cabe la introducción en casación de un motivo *per saltum*, que no fuera alegado en apelación. Ahora bien, en situaciones como la que se nos presenta,



según recordábamos en STS 828/2021, de 29 de octubre de 2021, "la jurisprudencia de esta Sala ha venido examinando de oficio cuestiones, que sean por error iuris, favorables al acusado, con independencia de que formalmente las introdujera la defensa", de manera que, si así hemos procedido sin mediar petición de la defensa, con más razón habremos de hacerlo cuando se nos insta a ello y se aportan argumentos que, en opinión de este Magistrado, son asumibles.

SEGUNDO.- Respecto de la segunda de las alegaciones, creo conveniente comenzar haciendo alguna consideración en relación con el principio de proporcionalidad, y, a tal fin, reproduzco lo que decía este Tribunal en Sentencia 404/2022, de 22 de abril de 2022:

"El principio de proporcionalidad establece la necesidad de que la pena a imponer ha de estar necesariamente en función de la gravedad de los hechos tutelados por la norma penal, de tal manera que esta no resulte desproporcionada al hecho cometido. Este principio sirve de base para la graduación de las penas en el derecho penal español.

La idea de lo proporcional es hasta tal punto imprescindible en la graduación de las penas que se erige en principio general del Derecho Penal. De este modo, el principio de culpabilidad no basta para asegurar la proporcionalidad entre delito y pena. La culpabilidad exige que pueda responsabilizarse al sujeto activo del ataque al bien jurídico penalmente protegido, pero no entra a valorar la intensidad en la acción acometida, ni tampoco el desvalor del resultado. La pena para ser justa debe ser proporcionada, graduándose en función de los indicados conceptos.

El principio de proporcionalidad de las penas debe cumplir los siguientes requisitos: En primer lugar, que la pena sea proporcionada al delito. En segundo lugar, que la pena esté en función con la intensidad del hecho, esto es, en función de la nocividad social. En tercer lugar, que la pena esté regulada en función del grado o riesgo de desvalor del bien jurídico protegido".

Sin ánimo de ser exhaustivo, he elegido el anterior pasaje de nuestra jurisprudencia, porque, poniendo en relación dicho principio con las razones que iré exponiendo más adelante, entiendo que, en interpretación y uso del mismo a la hora de individualizar la pena correspondiente a Augusto, se debiera haber hecho alguna consideración; y para mantener esto, acudo a un dato absolutamente objetivo, como es que, por la participación que aporta a un acceso carnal realizado, en exclusiva, por el otro condenado, le ha sido impuesta una pena de 12 años de prisión, superior a la de 10 años que le podría haber recaído por un delito de homicidio, lo que no me parece razonable, por cuanto que se ha acudido a una interpretación de la norma, que difiere de otras que llevarían a soluciones bastante más proporcionales, como así ha sido tónica, por parte, de una importante y abundante jurisprudencia de esta Sala.

Creo que también es de utilidad la STS 466/2012, de 28 de mayo de 2012, por las extensas consideraciones que hace en torno al principio de proporcionalidad, y la llamada a criterios interpretativos para no desbordarlo, a la que me remito y de la que solamente recojo los pasajes que entiendo de interés para lo que aquí me ocupa. Decía así:

"El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre). A su valoración han de atenerse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales los jueces y tribunales. En el discernimiento de qué penas son las adecuadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser respetado. Esa libertad no es constitucionalmente absoluta [...].

Se mueve en linderos todavía más angostos la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria de valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad. Pero en todo caso han de tenerla presente. De un lado, para, dentro de los márgenes legales, individualizar la pena en cada caso atendiendo a los criterios del Código que hacen referencia a esos cánones de proporcionalidad. De otra parte, en los casos excepcionales en que constaten ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la inconstitucionalidad de la norma, planteando la cuestión de constitucionalidad. Por fin, y esa prescripción representa un indudable eco legal del principio de proporcionalidad, han de elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP).

Ahora bien, antes de acudir a esa opción el juez ha de interpretar la norma penal que debe aplicar; ha de evaluar todas sus posibilidades, y ponderar, en su caso, los mecanismos de moderación penológica que el propio legislador pone a su disposición. Hay tipos penales con fronteras y descripciones claras, concretas y precisas que ponen de manifiesto de manera inequívoca la voluntad de la ley de anudar una sanción penal a conductas determinadas. Pero también son frecuentes, quizás demasiado frecuentes, tipos penales con contornos poco



definidos o que descansan sobre conceptos ("gravedad", v.gr.) extremadamente valorativos que no son los más adecuados para dotar de la deseable vigencia al principio de taxatividad. El legítimo afán del legislador penal de no dejar resquicios en la tipificación le ha impulsado al empleo de fórmulas tan abiertas que erosionan esa taxatividad y reclaman una interpretación correctora. Pues bien al perfilar el alcance de las expresiones legales uno de los principios inspiradores ha de ser el de proporcionalidad. De forma análoga a como se habla del principio de interpretación conforme a la Constitución (art. 5.3 LOPJ) en virtud del cual antes de plantear una cuestión de constitucionalidad hay que apurar todas las posibilidades de interpretación de la norma ajustada a parámetros constitucionales; podría hablarse en materia penal de un principio de interpretación conforme a parámetros de proporcionalidad de forma que antes de acudir al expediente excepcional del art. 4.3 CP, y usando los criterios tradicionales, sin caer en interpretaciones manipuladoras, en abiertas contradicciones con el texto legal o en un activismo judicial poco compatible con el papel que nuestra Constitución reserva al Poder Judicial, se apuren o agoten las posibilidades de acomodación de la definición legal a la racionalidad impuesta por el principio de proporcionalidad".

Con todas las matizaciones que se quiera, de la anterior doctrina lo que pretendo destacar es la llamada a ese principio de interpretación conforme a parámetros de proporcionalidad, que la norma permite, como, de hecho, insisto, ha evidenciado la jurisprudencia de esta Sala.

Sin desconocer la alarma social que generan los delitos sexuales, si se quiere mayor que la que generan determinados delitos contra la vida, desde mi punto de vista, no es ésta, sino aquéllos los parámetros desde los que hay que operar, pues, al margen de que no me parece razonable que merezca menor reproche penal el hecho de quitar la vida a otra persona, bien jurídico de superior valor que cualquier otro, considero que tampoco ha de merecer igual reproche penal, ya dentro del delito de agresión sexual, quien realiza la única acción de ayuda al acceso carnal de otro, que ese otro que realiza la doble acción de acceder y aplicar su fuerza, y ello porque, con independencia de la definición legal con la que se defina el delito, la situación que éste describe no se puede considerar unitaria, sino que caben una serie de matices o circunstancias que pueden ser determinantes en orden a la gravedad de cada comportamiento, que deberían ser objeto de valoración en cada caso, en que, insisto, la interpretación de la norma puede ser de gran utilidad.

TERCERO.- Como primera aproximación para explicar la decisión que he de adoptar, quiero mostrar mi discrepancia respecto de cómo la sentencia mayoritaria entiende el hecho probado, para lo cual traslado el tercer párrafo que hay en el fundamento de derecho quinto, en que se dice como sigue:

"El relato fáctico de la sentencia refiere que los dos acusados al encontrarse a la víctima "fue empujada por uno de los dos acusados y cayó al suelo golpeándose la cabeza con la pared, y encontrándose la mujer ya en el suelo, con ánimo libidinoso, mientras el acusado sujetaba por el hombro y la cintura para que no se levantara del suelo, el otro acusado le introdujo los dedos en la vagina y también algunas ramitas del parque, si bien finalmente la mujer pudo marcharse del lugar". Desde ese relato fáctico resulta claro y evidente que los dos acusados actúan con un ánimo, que se describe de libidinoso, realizando una conducta agresiva a la libertad sexual, en su modalidad de empleo de violencia con introducción de miembros corporales, conducta que realizan de común acuerdo y con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales".

Pues bien, en mi opinión es, al menos, dudoso, que, con base en ese pasaje que se trae del hecho probado, se pueda mantener que los dos acusados actúen con ánimo libidinoso; admito, eso sí, que se pueda considerar que la conducta sea atentatoria a la libertad sexual y realizada de común acuerdo por ambos acusados, pero no encuentro de dónde se obtiene que sea "con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales", porque, dicho esto en plural, da a entender que eran los dos acusados los que pretendían satisfacer esos deseos, cuando, en la literalidad del hecho probado, según la entiendo, no veo de dónde se extrae que Augusto buscara tal finalidad. No discuto que empujara a la víctima y la sujetara para que no se levantara cuando Amador realizaba, en exclusiva, el acceso sexual, que es cuestión distinta a que la finalidad de Augusto fuera satisfacer su propio deseo sexual.

Y digo que veo, al menos, dudoso que se pueda mantener que los dos acusados actuasen con ánimo libidinoso, porque de dónde parece extraerse esa conclusión es de la interpretación que se hace de una oración subordinada adverbial de tiempo, separada de la principal entre comas ["con ánimo libidinoso, mientras el acusado Augusto sujetaba por el hombro y la cintura a Silvia para que no se levantara del suelo, el acusado Amador le introdujo los dedos en la vagina y también alguna ramita del parque"], que, como toda subordinada, suele ir incrustada en una principal, pero que no debería dar lugar a solapamientos con ésta, de manera que, entendida de diferente manera a como se hace en el voto mayoritario, podría decirse que "con ánimo libidinoso (...) el acusado Amador le introdujo los dedos en la vagina y también alguna ramita del parque", y de ahí predicar que el ánimo libidinoso solo concurrió en Amador, "mientras el acusado Augusto sujetaba por el hombro y la cintura a Silvia para que no se levantara del suelo", y no hacer extensivo dicho ánimo a Augusto.



No me quedo en lo dicho para mostrar mi discrepancia con la mayoría, sino que paso a profundizar en razones de fondo, aunque sin olvidar que el elemento literal es importante en cualquier labor interpretativa.

CUARTO.- 1. Es importante destacar que las consideraciones que realice son en torno a aquellos casos de agresiones sexuales conjuntas en que solo intervienen dos individuos, uno de ellos accede carnalmente mediante el empleo de fuerza y el otro contribuye a ello con la aportación de la suya.

Entiendo necesario realizarla, porque siendo cierto que, como regla general, las categorías de coautor y cooperador necesario suelen carecer de relevancia a efectos penológicos y no son pocas las ocasiones en que, por ser así, no se para en un análisis dogmático al respecto, no es el caso, en que, dependiendo del alcance que se dé la participación en el acto sexual que define el delito, esas consecuencias penológicas pueden llevar a una diferencia de seis años de prisión, como aquí sucede. No quiero decir, con ello, que se deba prescindir de una valoración al respecto, pero también podemos repetir, como, por ejemplo, decíamos en STS 361/2022, de 7 de abril de 2022, que "aparentemente los cooperadores necesarios al igual que los coautores tendrían el dominio funcional del hecho, pues si se trata la suya de una aportación imprescindible para la producción del mismo, su retirada impediría que se llevara a cabo. Ello nos obligaría a concluir que la distinción entre autores y cooperadores necesarios es prácticamente imposible y dogmáticamente innecesaria", lo que tiene todo su sentido que se diga porque el coautor que realiza conjuntamente el hecho, está cooperando a su ejecución con el autor, de ahí las dificultades para su distinción con la cooperación necesaria, supuesto de participación que se encuentra en el apdo. b) del propio art. 28, hasta el punto de que quien coopera a la ejecución del hecho "con un acto sin el cual no se hubiera efectuado", se podría considerar autor en sentido objetivo material, por cooperación necesaria. Por lo demás, si se ha dicho que es innecesaria su distinción es porque, la cooperación necesaria, como fórmula de cierre, permite, como regla general, una punición igual a la autoría.

2. Decía este Tribunal en Sentencia 462/2019, de 14 de octubre de 2019, citada por el M.F. entre los argumentos de su oposición al motivo, que "son delitos de propia mano aquellos en los que las propias características del acontecimiento externo que se describe en el tipo penal, limitan el círculo de individuos que están en situación de ejecutar materialmente la acción prohibida. El resto de los individuos que puedan intervenir en la ejecución de los hechos (extraños), podrán ser partícipes de este como cooperadores necesarios o cómplices, pero no podrán ser ni coautores, ni autores mediatos".

Continúa la sentencia haciendo una serie de consideraciones, en las que, partiendo del delito de violación del art. 429 del derogado CP de 1973 y la tradicional doctrina creada en torno a él, que lo consideraba como un delito de propia mano, sólo eran autores quienes yacían con la víctima, y se consideraban cooperadores necesarios quienes favorecían su perpetración mediante un acto violento o intimidatorio, doctrina que se siguió, como regla general, tras la entrada en vigor del CP de 1995, considerando la agresión sexual de sus arts. 179 y 180, también como delito de propia mano, con alguna excepción, que tomaba como referencia la STS de 5 de marzo de 1985, que entendió que no cabía excluir la coautoría, "dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal", con lo que venía a poner al mismo nivel, a la hora de definir el delito, entonces de violación, el acceso carnal y el empleo de la violencia o intimidación, línea que ha seguido un sector de la jurisprudencia, que, partiendo de que junto al contacto sexual ha de concurrir violencia o intimidación sobre la víctima, se deberá considerar tan autor al que realiza actos de verdadera violencia, como al que ejecuta el contacto sexual, sea éste el coito u otro de los descritos en el artículo 179 del Código Penal, cuando son acciones distintas, cuyo reproche, al ser mediante el acceso carnal como se concreta la ofensa al personalísimo bien jurídico atacado, y siendo fundamental para definir el tipo, entiendo que no debería ser el mismo, y ello porque el motivo de la agravación del art. 180.1.2ª CP encuentra su sentido en los actos de contenido sexual, de entre los cuales, en la violación, se ha considerado el yacimiento como núcleo de la lesión de ese bien jurídico.

Desde el anterior planteamiento de la STS 462/2019, se considera que el delito de violación del art. 179 CP es susceptible de ser cometido, en concepto de autor, por cualquier persona que, indistintamente, realice cualquiera de esas dos acciones, lo que excluye que se deba considerar el delito de agresión sexual como de propia mano, elevando a la categoría de coautores materiales a todos aquellos que actúen concertadamente en la ejecución del hecho, por entender que todos ellos realizan conjuntamente el hecho, como modalidad de coautoría del art. 28 CP, con aportaciones esenciales para su consumación.

Puedo admitir que se cuestione la categoría de lo que tradicionalmente se han venido llamando delitos de propia mano; lo que no quita para que este Tribunal así haya considerado tradicionalmente al delito de agresión sexual, como parece me razonable que era, si se pone el acento en la descripción del tipo del art. 179 CP, que concreta la agresión sexual en el acceso carnal, única acción nuclear que menciona para definir lo que dicho artículo sigue denominando violación.



3. Si volvemos a la sentencia de instancia, tenemos que el único que ha ejecutado materialmente, y por completo, la acción prohibida fue Amador , porque solo él que tuvo acceso carnal, único elemento que exige el art 179 CP para llenar el tipo, y, por lo tanto, será autor en el sentido estricto de su acción nuclear, en cuanto que esta acción es la que ataca expresa y directamente el bien jurídico protegido, mientras que Augusto sólo desplegó una violencia, insuficiente para llenarlo, en la medida que, por sí sola, no afectaría a ese bien jurídico; se podrá admitir que hubo una actuación conjunta para que Amador mantuviera ese acceso carnal, pero quien realizó la personalísima acción nuclear del tipo contemplado en el art. 179 CP, que es la penetración, solo la llevó a cabo éste. Si se quiere, se podrá mantener que Augusto , quien en ningún caso tuvo ese acceso, y por lo tanto no pudo ser ejecutor material conjuntamente con Amador , pudo tener una participación para que éste lo realizara, pero esto no deja de ser una cooperación al hecho de la exclusiva penetración realizada por otro, lo que dificulta la aplicación de la agravación del art. 180.1.2ª CP.

En este sentido, si hacemos un repaso por nuestra jurisprudencia, hemos precisado en alguna ocasión que esta agravación del art. 180.1.2ª es de aplicación al caso en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, mención que no es sinónima de realización conjunta del hecho a que se refiere el art. 28, lo que permite concluir que no porque se actúe conjuntamente con el autor, es suficiente para mantener que realizó conjuntamente con él el hecho que, además de nuclear, es fundamental para la calificación del delito. Admito que este planteamiento podría llevar el debate a otro plano, como el relativo a la individualizada valoración de los distintos elementos que integran cualquier delito complejo, pero ello excede de lo que corresponde al concreto caso que nos ocupa, que es al que ha de dar respuesta una sentencia penal.

Desde otro punto de vista, considero que un planteamiento como el anterior encuentra un cierto paralelismo con un concepto unitario de autor, por cuanto que no se distingue el autor del hecho que determina la calificación jurídica como violación, de otros partícipes, a modo de lo que sugiere la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo que lleva a un castigo igual para todos cuantos contribuyen a la perpetración del delito, cuando su contribución al mismo es notoriamente distinta; por eso, si se quiere desde un punto de vista de equidad, considero más acertado seguir la interpretación que parece más asentada en nuestra jurisprudencia, de conformidad a la cual, desde el momento que no hubo un acceso carnal conjunto, sino que Augusto contribuyó a que lo tuviera en exclusiva Amador , entiendo que éste, en cuanto que realizó por sí mismo ese hecho nuclear y fundamental, y nadie más lo realizó conjuntamente con él, sólo el puede ser autor material, según el art. 28; Augusto , se defina como se quiera su contribución, no dejará de ser un partícipe que, en actuación conjunta con Amador , contribuye a que éste cometa la acción nuclear, pero nunca será ejecutor material conjunto de ella.

En efecto, en el repaso por la jurisprudencia, de cara a dar respuesta a lo que aquí ocupa, me parece ilustrativa la STS 493/2017, de 29 de junio de 2017, que cita la defensa, en que esta Sala revocaba la condena, como autor, del recurrente, por la de cooperador necesario en un delito de agresión sexual, y en la que se hace un repaso por las posiciones que ha tomado este Tribunal sobre el tratamiento de la participación de distintos intervinientes en caso de agresiones sexuales dobles y múltiples, que sigue la línea, en estos casos de actuación conjunta de varios procesados en delitos de agresión sexual, de considerar cooperador necesario a cada uno de ellos en la cometida por los demás, si no llegan a tener acceso carnal, y en la que, con mención a la STS 452/2012, de 18 de junio de 2012, recordábamos "la idea básica y determinante de que en los delitos de agresión sexual con penetración vaginal, anal o bucal ejecutado por dos o más personas, solamente debe considerarse autor propiamente dicho al que materialmente realiza el acceso carnal, porque se entiende que se trata de un delito de propia mano en los que está limitado el concepto de autor al que realiza personalmente ese acceso, de forma que, en estos casos, la persona que colabora y coadyuva al autor genuino a llevar a cabo la acción, no puede ser considerado coautor, como el ejecutor físico de la penetración, sino cooperador necesario. En consecuencia, la jurisprudencia clásica, en esos supuestos, señalaba que el ejecutor material de la penetración responderá criminalmente como autor del delito en sentido estricto, y como cooperador necesario por la ayuda prestada a los otros autores para llevar a cabo la penetración realizada por éstos, no siendo posible en tales casos la continuidad delictiva englobando en un solo delito todas las acciones (de autoría material y de colaboración eficaz al acceso carnal de otros) realizadas".

Esta idea se repite en la STS 344/2019, de 4 de julio de 2019 (la manada), donde se trata sobre la aplicación de la agravación del art. 180.1.2ª CP, en la que no solo vuelve a haber un repaso por la jurisprudencia, sino que, de alguna manera, se hace un reproche a la sentencia de instancia, por haber condenado a cada uno de los acusados como autor, exclusivamente, de un delito continuado de abuso sexual y no, además de por su agresión sexual, por cooperación necesaria por su participación a las agresiones sexuales de los otros, en los siguientes términos:

"El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido



autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto.

En consecuencia, la apreciación de la agravación analizada no implica infracción del *non bis in ídem*, ya que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, que este caso tuvo lugar, según la sentencia de instancia, por los cinco procesados, siendo dirigida la víctima por los acusados al cubículo donde le rodearon, quienes aprovecharon la situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, así fue objeto de al menos 10 agresiones sexuales con acceso vaginal, anal, y bucal, habiendo solo sido sancionados como responsables de su propia agresión, y no como cooperadores necesarios en las de los demás".

Y esa doctrina se repite en sentencias recientes, como la 456/2022, de 10 de mayo de 2022, que considera que no cabe la aplicación de la agravación del artículo 180.1.2 CP siempre que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas, ya que esta agravación puede ser vulneradora del principio *non bis in ídem*, cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en la de los demás.

En efecto, esta Sentencia hace un repaso por la jurisprudencia que ha abordado los problemas que plantea el delito de agresión sexual conjunta de cara a la aplicación del art. 180.1.2ª CP, que se decanta por considerar que dicha agravación solo será aplicable al autor material directo, cuando es auxiliado por otra persona, pero no a ésta, que contribuya a ello como mero partícipe; en particular, en ese repaso toma como referencia distintas Sentencias en que, junto al autor material del acceso carnal, se enjuiciaba a quien colaboraba o facilitaba con su fuerza o intimidación el acceso carnal de aquél, y que venía condenado como cooperador necesario; admito que, por no ser cuestionado este título de imputación, no se entrara en ello, aunque no es menos cierto que la sentencia que cita enlaza con una doctrina asentada desde años, en que era habitual considerar cooperador necesario a quien contribuía con el empleo de su fuerza al acceso carnal de otro, y me parece de interés las consideraciones que realiza en torno a la diferenciación entre cooperación necesaria y actuación conjunta en la agresión sexual, que, en último término, admite una interpretación, que permite hablar de una participación que no es propia autoría en el sentido de ejecutor material del acceso carnal, con la consecuencia de que a quien así le alcance esta situación no le será de aplicación la agravación. Si se quiere, podríamos hablar de autoría por cooperación necesaria, pero tampoco en estos casos sería de aplicación la agravación, como así hemos dicho en nuestra jurisprudencia, de la que, por citar una sentencia, también reciente, acudimos a la 681/2022, de 6 de julio de 2022, en la que se puede leer lo siguiente:

"Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la agravación analizada, así en nuestra sentencia 1667/2002, de 16 de octubre, decíamos que: "Es cierto que esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio "non bis in ídem" cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (STS 486/2002, de 12 de marzo)".

Y volviendo a la STS 456/2022, haciéndose eco de la 338/2013, de 19 de abril de 2013, toma su doctrina, de la que dice que va más allá "distinguiendo dos situaciones, la primera, en la que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario, en cuyo supuesto, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta, de un lado, para apreciar la cooperación, y de otra parte, para aplicar la agravante; y la segunda situación, referida a aquellos supuestos en los que intervienen más de dos personas, en los que sí puede aplicarse la agravante a todos los intervinientes, pues en esa ocasión el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple".

QUINTO.- Y concluyo diciendo que, con el respeto y consideración que me merece el criterio de la mayoría, creo que no cabe compartirlo por cuanto que el precepto aplicado, con la interpretación que del mismo ha hecho, lleva a una pena de prisión que supera en seis años, a la que, en mi opinión, debería corresponder y que depende de una discrepancia en unos criterios interpretativos, por lo demás, no unánimes, que disienten de una jurisprudencia tradicional, que, como también decía al principio, no debe ser despreciada, cuando al hacerlo puede entrar en quiebra el principio de proporcionalidad a la hora de individualizar la pena.



Por lo demás, no me convence el argumento de que, por venir condenado Augusto como autor del delito de agresión sexual, y no cooperador necesario, no se acuda a la interpretación que propongo, porque su situación fáctica no difiere de cantidad de casos en que la misma ha sido considerada como de cooperación necesaria, y hacer depender el pronunciamiento final de lo que, en último término, sería una diferente manera de llamar a una misma cosa, no lo veo con suficiente peso como argumento en este campo del derecho, como es el penal, más cuando en ello puede ir una diferencia penológica, en perjuicio de reo, de seis años.

Incluso, me atrevo a decir más, pues si la agravación de actuación conjunta en los casos en que solo intervienen dos sujetos se ha de aplicar a uno solo de los que intervienen, que es el ejecutor material del acceso carnal, por estimar que, si se aplica también a quien solo pone la fuerza, se estaría incurriendo en un *bis in ídem*, no veo razón para que se deje de aplicar a ese otro, cualquiera que sea el término o concepto que se utilice para definir su participación, y ello porque las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad de quien realiza la penetración no concurren en quien presta su colaboración para ello, y que entiendo que es un criterio a tener en cuenta, porque se trata de elementos a valorar, como, por lo demás, así lo ha hecho el legislador el art. 65.3 CP, aunque sea para el caso de los inductores o cooperadores necesarios, entre las reglas de aplicación de las penas.

SEXTO.- Debería, pues, haber sido estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de Augusto, y, en consecuencia, dejado sin efecto la agravación contemplada en el art. 180.1.2ª CP que, para el mismo, venía dada desde la sentencia de instancia, con la reducción de la pena de prisión, dentro del marco que establece el art. 179 CP, a la de seis años.