



Roj: **STS 3921/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3921**

Id Cendoj: **28079120012023100694**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2023**

Nº de Recurso: **5266/2021**

Nº de Resolución: **723/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 723/2023

Fecha de sentencia: 02/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5266/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5266/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 723/2023

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de octubre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5266/2021, interpuesto por **Elias**, representado por la procuradora D^a. María Albarracín Pascual, bajo la dirección letrada de D. Juan Molpeceres Pastor; y por **Erasmus**, representado por el procurador D. Jorge Castelló Gascó, bajo la dirección letrada de D^a. Neu Fernández Domingo, contra la sentencia nº 187/2021, de fecha 28 de junio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 197/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D^a. Sacramento, representada por la procuradora D^a. Mónica Torro Úbeda, bajo la dirección letrada de D. Rafael Sanchis Bosch.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 2 de Xàtiva, instruyó Sumario Ordinario nº 197/2016, contra **Elias** y contra **Erasmus**, por un delito de abuso sexual a menor de 16 años y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 132/2017, dictó sentencia nº 128/2021, de fecha 8 de marzo de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Los procesados **Erasmus**, con DNI NUM000, sin antecedentes penales y **Elias**, con DNI NUM001 sin antecedentes penales, ambos mayores de edad, de nacionalidad española, procedieron, en fecha 28 de mayo de 2016, a efectuar los siguientes hechos:

En la referida fecha, **Elias**, mayor de edad, se concertó con un menor de edad, para enviarle un mensaje a **Sacramento** de quince años de edad, solicitándose que acudiera al inmueble sito en C/ PORTAL000 nº NUM002 de DIRECCION000 para hablar de una cuestión que en ese momento no le dicen cual es.

Sacramento, tras plantear objeciones, finalmente decide ir y les dice que acudirá con una amiga: **Adelaida**, en esos momentos de 14 años de edad. Así pues, **Sacramento**, esa tarde, se dirigió en compañía de su amiga **Adelaida** al referido inmueble.

Debido a que, tal como se ha indicado, **Sacramento** manifestó que iría acompañada de **Adelaida**, al llegar al inmueble también se hallaba allí el también acusado **Erasmus**, además de los anteriormente mencionados.

La función de **Erasmus** era quedarse con **Sacramento** mientras **Elias** y el menor llevaban a **Sacramento** a una habitación. **Elias** y **Erasmus** conocían que **Sacramento** tenía 15 años.

Por tanto, cuando entran al inmueble **Sacramento** y **Adelaida** ven a los acusados **Elias** y **Erasmus**, y a un menor.

En ese momento, **Elias** y el menor piden a **Sacramento** que les acompañe al dormitorio para hablar, mientras **Erasmus** se quedaba con **Adelaida** en el comedor. **Erasmus** y **Adelaida** están en un sofá del comedor que está pared con pared con el dormitorio.

Una vez en el dormitorio, **Elias** pregunta a **Sacramento** si salía con un chico, a lo que ésta respondió preguntando que si para eso le había hecho ir a la casa, e hizo intención de salir de la habitación.

Aprovechando que **Erasmus** entretenía a **Adelaida** en el comedor, **Elias** impide a **Sacramento** salir a pesar de que ella dice que ella no quería hacer nada.

Elias trata de quitarle el vestido, consiguiéndolo finalmente tras lanzarla a la cama, al tiempo que, estando **Sacramento** sujeta por los brazos, y venciendo su resistencia, consigue penetrarla vaginalmente repetidamente después de varios intentos a pesar de su oposición. **Sacramento** llora diciendo que quiere salir. Mientras esto sucede otro menor que **Sacramento** y **Adelaida** no habían visto cuando entran al inmueble, entra también en la habitación.

Elias, también intentó introducir su pene en la boca de **Sacramento**, no consiguiéndolo por la resistencia que ésta oponía, y fue entonces cuando decidió salir de la habitación, no sin antes empujar a **Sacramento** profiriendo risas constantes mientras sucedían los hechos.

En determinado momento mientras se producen los hechos anteriores, **Erasmus** entra en la habitación y al verlo **Sacramento** le pidió que la ayudara, a lo que éste hizo caso omiso, abandonando la habitación volviendo con **Adelaida**.

Mientras todo esto sucedía en el interior de la habitación, en el comedor de la vivienda, que estaba pegado pared con pared a la mencionada habitación, se encontraba **Adelaida**, la cual estaba siendo distraída por el **Erasmus** de 18 años. Desde donde estaban **Erasmus** y **Adelaida** se podían oír gritos ahogados de **Sacramento** y que decía "me das asco".



Sacramento le decía a Erasmo que quería entrar, Erasmo trataba de que no entrara diciéndole que no le iba a gustar lo que iba a ver. Adelaida no sabía cómo reaccionar debido a la diferencia de edad (14 años Adelaida y 18 años Erasmo) y tenía miedo de que le pudieran hacer algo. Finalmente salieron de la habitación y Elias y un menor chocaron las manos diciendo "misión cumplida".

Como consecuencia de estos hechos Sacramento ha atravesado las distintas fases de daño psicológico que habitualmente cursan las víctimas de un suceso violento: 1.- Reacciones inmediatas en el plano emocional y cognitivo como embotamiento general, enturbiamiento de la conciencia, sensación de irrealidad, déficit en el procesamiento de la información y dificultad en la toma de decisiones. 2.- Vivencias afectivas intensas: dolor, impotencia, miedo, que se alternan con periodos de profundo abatimiento. 3.- Tendencia a reexperimentar el suceso.

Actualmente presenta sintomatología propia de DIRECCION001, además de mostrar desajustes anímicos con pensamiento de suicidio.

Por estos hechos Elias, fue privado de libertad en virtud de Auto de fecha 2 de junio de 2016 hasta el día 7 de junio de 2016 en que se dictó Auto decretando su libertad.

Como consecuencia de los hechos, Sacramento sufrió un arañazo en el labio un arañazo en el pecho y un hematoma en el muslo izquierdo por los que no precisó asistencia médica. >>

SEGUNDO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<CONDENAR al/os procesado/s Elias y a Erasmo como criminalmente responsable/s en concepto de autor el primero y como cómplice el segundo de un delito de agresión sexual víctima menor de 16 años, previsto y penado en el Art. 183.2, 3 y 192 del CP.

ABSOLVER a Elias y a Erasmo de las demás infracciones de las que venían siendo acusados.

SEGUNDO: No apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

TERCERO: Imponerles por tal motivo las penas de:

A Elias la pena de 12 años de prisión con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

En virtud del Art. 57 CP se imponga a Elias la prohibición de aproximación a no menos de 500 metros de Sacramento, así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio, por tiempo de 13 años.

Igualmente en aplicación del Art. 192 del CP procede imponer al procesado la medida de libertad vigilada de hasta 7 años.

A Erasmo la pena de 6 años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En virtud del Art. 57 CP se imponga a Erasmo la prohibición de aproximación a no menos de 500 metros de Sacramento, así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio, por tiempo de 7 años.

Igualmente en aplicación del Art. 192 del CP procede imponer al procesado la medida de libertad vigilada de hasta 5 años.

CUARTO: Que por vía de responsabilidad civil abonen la cantidad de 50.000 euros a Sacramento con intereses legales del art. 576 LEC. La responsabilidad civil de Erasmo es subsidiaria respecto de la de Elias.

Así como; imponerles el pago de 1/4 de las costas procesales por mitad declarando de oficio las demás costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al procesado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras. >>

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de los condenados, se interpuso contra la misma recurso de apelación, elevándose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en el Rollo de Apelación nº 197/2021, dictó sentencia nº 187/2021, de fecha 28 de junio de 2021, que aceptó los hechos declarados probados en la sentencia apelada, y cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

<<PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Elias, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª María José Diego Vicedo y defendido por el Letrado D. Juan Molpeceres Pastor y Erasmo,



representado por la Procuradora de los Tribunales Carmen Guillem Ramiro y defendido por el Letrado D. Rafael Cardona Martínez, contra la Sentencia N° 128/21, de fecha 8/3/2021, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en su procedimiento sumario 132/2017, dimanante del procedimiento sumario seguido ante el Juzgado n° 2 de Játiva con el número 197/16.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia a que el presente rollo se refiere, con expresa imposición de las costas a los recurrentes. >>

CUARTO.- Notificada referida sentencia a las partes, por la representación procesal de los condenados, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional, 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 del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Elías :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse establecido un relato de hechos viciado en la sentencia, por cuanto esta se ha nutrido de unos testimonios que se consideran inveraces sobre la base de lo preceptuado en el artículo 458 del Código Penal.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de motivación de la condena y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque atendida a la prueba practicada en juicio, carece de base y de sustentación los pronunciamientos condenatorios (y ello partiendo del plus de motivación que debía de haberse dado para la condena habida cuenta de la sentencia absolutoria de la jurisdicción de menores).

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 183.2.3 del código penal, por error en la apreciación de las pruebas que han llevado a la condena por un delito de agresión sexual a menor de 16 años.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 14 del Código Penal, entendiéndose que ha existido un error en la valoración jurídica de los hechos, no habiendo quedado acreditado que el condenado conociera la edad de la denunciante.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Erasmo :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: falta de motivación de la condena en la aplicación de los artículos 183.2.3 y 192 y 29 del código penal y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error en la apreciación de la prueba, porque atendida a la prueba practicada en juicio, carece de base y de sustentación los pronunciamientos condenatorios entendiéndose que no había prueba de cargo.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, al haberse establecido un relato de hechos viciado en la sentencia, por cuanto esta se ha nutrido de unos testimonios que se consideran inveraces sobre la base de lo preceptuado en el artículo 458 del código penal.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta de motivación suficiente de la sentencia de instancia que no explica los criterios por los que se aparta y desvincula de la sentencia absolutoria de menores.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por infracción de ley de los números 1º y 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 14 del código penal, entendiéndose que ha existido un error en la valoración jurídica de los hechos y apreciación de la prueba, no habiendo quedado acreditado que mi representado conociera la edad de la denunciante.



SEXO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de los recursos, y subsidiariamente su desestimación; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 13 de enero de 2023 se dio traslado a los recurrentes por término de 8 días, para que adaptaran, si lo estimaban procedentes, los motivos de casación alegados a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, presentándose por las representaciones de los recurrentes sendos escritos con fecha de entrada el 26 de enero de 2023.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2023, a la vista del contenido de los escritos presentados por los recurrentes, se dio traslado de los mismos al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de la parte recurrida, Sacramento, para que en el término común de 8 días alegaran lo que estimasen conveniente respecto a la aplicación de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, presentándose escrito de alegaciones por la representación procesal de la recurrida Sacramento, con fecha de entrada el 2 de febrero de 2023, y por el Ministerio Fiscal el 17 de febrero de 2023.

NOVENO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 27 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSOS INTERPUESTOS POR Elías Y Erasmo

PRELIMINAR.- Contra la sentencia 187/2021, de 28-6, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso interpuesto, Rollo de Apelación 197/2021, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia 128/2021, de 8-3, en el Sumario 197/2016, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Játiva, que condenó a Elías como autor de un delito de agresión sexual a víctima menor de 16 años, previsto y penado en los arts. 183.2 y 3 y 192 CP, a la pena de 12 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a no menos de 500 metros de la víctima, así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como la prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por tiempo de 13 años y la medida de libertad vigilada de hasta 7 años, y a Erasmo como cómplice de dicho delito, a la pena de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximación a no menos de 500 metros de la víctima, así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como la prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio por tiempo de 7 años y la medida de libertad vigilada de hasta 5 años, se interpone por ambos condenados recurso de casación:

Elías por cuatro motivos: infracción de precepto constitucional, arts. 24.2 y 120.3, en relación con el art. 5.4 LOPJ, y por infracción de ley núm. 1 y 2 art. 849 LECrim al haberse establecido un relato de hechos viciado en la sentencia, por cuanto ésta se ha nutrido de unos testimonios que se consideran inveraces, sobre la base de lo preceptuado en el art. 458 CP; infracción de precepto constitucional, art. 24.2 y 120.3 en relación con el art. 5.4 LOPJ, e infracción de ley núm. 1 y 2 art. 849 LECrim por falta de motivación de la condena y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque atendida la prueba practicada en juicio, carece de base y de sustentación los pronunciamientos condenatorios (y ello partiendo del plus de motivación que debía de haberse dado para la condena, habida cuenta de la sentencia absolutoria; por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 y 120.3 en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los núms. 1 y 2 art. 849 LECrim, y art. 14 CP por error en la valoración jurídica de los hechos, no habiendo quedado acreditado que el condenado conociera la edad de la denunciante.

Erasmo también por cuatro motivos, sustancialmente coincidentes con los del anterior y que en síntesis cuestionan: la vulneración de la presunción de inocencia de los acusados; la eficacia positiva de la cosa juzgada; infracción de ley por indebida aplicación del tipo de la agresión sexual y no del abuso sexual; y error sobre la edad de la víctima, menor de 16 años.

Debemos por ello, destacar previamente, como la reforma operada por la Ley 41/2015, en el régimen de recursos del orden jurisdiccional penal supuso que se introdujera un recurso de apelación en los procedimientos que, antes de la reforma se enjuiciaban en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Recurso de apelación residenciado en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

La casación, en este caso concreto, no experimentaba modificación legal en la reforma, pero el hecho de instaurar una segunda instancia previa, cuando antes no existía, suponía necesariamente que el alcance y



ámbito del recurso de casación debía variar, para resituarse al mismo en el lugar que le correspondía en la cadena de instancias sucesivas.

En este sentido, la STS 476/2017, de 26-6, fue la primera en resolver un recurso de casación contra una decisión de una Audiencia Provincial, con posterior recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Parte del hecho de que la reforma de 2015 ha instaurado una previa apelación, lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales; de manera que 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. Ello supone que la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto: ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del Derecho en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. En consecuencia, añade:

"De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento; ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación".

A la vista de las anteriores consideraciones, la STS 476/2017, de 26 de junio, fija como punto de partida que 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:

- 1) La reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación, pues las cuestiones ya han tenido respuesta desestimatoria.
- 2) El planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Todas estas ideas que se han señalado sobre esta modalidad de recurso se han plasmado, por ejemplo, en la STS 655/2020, de 3-12, que señala:

<<En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional



y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la 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 art. 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.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.>>

- La necesidad de que el recurso tenga relevancia casacional ha sido definida, de manera gráfica por la STS 20/2021, de 18-1, con la siguiente expresión "el recurso de casación no es una apelación bis". Así, recuerda:

"Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnado 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."

En la sentencia 444/2023, de 14-6, se insiste en que "el recurso de casación ha de proponerse como objetivo, 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. 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 sin



la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada."

PRIMERO.- Expuesto lo anterior, analizaremos el recurso interpuesto por Elias , quien articula *un primer motivo* por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 y 120.3 en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los números 1 y 2 art. 849 LECrim al haberse establecido un relato de hechos viciado en la sentencia, por cuanto ésta se ha nutrido de unos testimonios que se consideran inveraces sobre la base de lo preceptuado en el art. 458 CP.

Expone, en síntesis, que los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial solo han tenido en cuenta las declaraciones de la víctima, Sacramento , y de los testigos Adelaida y Estefanía , y la nueva testifical de los padres de Sacramento , pudiendo haber incurrido los testigos en un delito de falso testimonio en juicio del art. 458 CP; y que la Ponente del TSJ de la Comunidad Valenciana, no valoró el contenido de las actas del juicio de menores, pese a su directa relación con este juicio y sentencia condenatoria.

Alega igualmente que Elias no ha negado la realidad de las relaciones sexuales con Sacramento , dado que desde su primera declaración admitió que ese día mantuvo relación sexual grupal con Sacramento , tanto él como Erasmo y dos menores, Oscar y Pascual , -lo que dada la edad de Sacramento , aunque niegue el empleo de violencia o intimidación, ya implicaría haber incurrido en algún tipo de responsabilidad penal-. Refiere declaraciones testificales entresacadas del juicio de menores para pretender dirigir el debate no sobre la actuación de los acusados, sino sobre la supuesta promiscuidad sexual de la víctima, olvidando que el bien jurídico del delito por el que ha sido condenado es la indemnidad sexual de la menor, definiéndose este como "el derecho del menor a no verse involucrado en situaciones de índole sexual en evitación del riesgo que este tipo de situaciones puede tener para el desarrollo psicológico del mismo", y no la honestidad, siendo por ello irrelevante que la menor de 16 años hubiese practicado, en otras ocasiones, encuentros sexuales con otros menores de su edad, para considerar delictiva esas mismas acciones con mayores de edad, como los hoy recurrentes.

Asimismo, detalla las contradicciones de las declaraciones de la víctima, los testigos Adelaida y Estefanía y los padres de Sacramento , comparando las prestadas en la Comisaría de Policía, en la Fiscalía de Menores, en el juicio de menores y en la vista oral del presente procedimiento. Y argumenta que estos testigos han ido cambiando en cada fase procesal sus declaraciones, según más convenía a la tesis acusatoria y que ante la sentencia absolutoria del Juzgado de Menores, modificaron tales declaraciones para lograr la sentencia condenatoria en la Audiencia Provincial.

1.1.- El motivo debe ser desestimado.

En efecto -como ya hemos señalado con anterioridad- debemos recordar -ver por todas STS 603/2023, de 13-7- en primer lugar que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal, hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones (vid. ss. 225/2018, de 16-5 y 108/2023, de 16-2), la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;



- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, sí ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha valorado tanto la declaración exculpatoria del recurrente como de la víctima. Pero la circunstancia de que el Tribunal de instancia se decante en su proceso de valoración de prueba por la de la víctima no quiere decir en modo alguno que suponga una traba o un ataque o vulneración de la presunción de inocencia, sino que entra en el proceso de valoración del Tribunal, que presidido por la inmediación opta por las pruebas que le llevan a su convicción en su proceso valorativo. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba.

Y en este extremo, no es posible admitir en sede de casación la impugnación de la valoración de la prueba cuando existe sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la que se analiza de forma racional la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia, y con un reflejo detallado en torno a cómo se ha efectuado la declaración de la víctima en las sucesivas fases. Y, sobre todo, teniendo en cuenta el alto grado de victimización que se produce en estos supuestos y en el criterio mantenido por esta sala respecto a los parámetros a tener en cuenta con relación a la declaración de la víctima que han sido apreciados en este caso por el Tribunal de instancia y analizados por el TSJ como se describe con detalle en la sentencia.

1.2.- Siendo así, la sentencia recurrida -esto es, la del Tribunal Superior de Justicia- expresa su criterio razonable a la ratificación de la sentencia de primera instancia, razonando como:

"Del examen de las declaraciones sumariales puestas en relación con la practicadas en el plenario, la pericial y documental y tras el visionado del juicio en esta alzada, en el presente caso el razonamiento de la convicción a la que llega el tribunal penal obedece a criterios lógicos y razonables que permiten su consideración de prueba de cargo; cabe resaltar que la principal prueba incriminatoria la constituye la declaración de la Sacramento y Adelaida, no pudiendo dejar de mencionar las cautelas que deben rodear la apreciación de este tipo de testimonios, en primer término por la necesidad de conjugar el derecho de defensa con la especial protección que merece quien la presta. Pero la argumentación de la Audiencia en cuanto a la valoración de esta prueba resulta completada por la declaración de los padres, del resto de testigos que declararon, las periciales y la documental de los wasaps, y es correcta y explicativa sobre el proceso llevado a cabo para enervar la presunción de inocencia, en base no solo a la declaración de la víctima, que es relevante y determinante en casos de delitos sexuales cometidos con menores y la gravedad que ello supone para el desarrollo de su



personalidad, sino la declaración de la testigo que se encontraba en la casa , en el salón y escucho las palabras de la víctima y al conjunto de toda la prueba testifical e informes."

Y añade que:

"Resulta obvio que en la mayoría de los casos no puede haber testigos directos, pero sí de corroboración señalados por el Tribunal, pero en este caso la peculiaridad es que la amiga de la víctima estuvo allí, no en la habitación pero si en el piso, en el comedor, en la habitación contigua. Fue testigo de los que entraron en la habitación, primero el menor Oscar y Elias y luego, Pascual , incluso Erasmo se estuvo asomando, escucho los gritos ahogados de Sacramento y las frases de oposición a lo que sucedía, y cuando quiso entrar el que la acompañaba, Erasmo , le dio que mejor no entrase porque no le iba a gustar lo que vería; que cuando terminaron oyó como decían "misión cumplida"; que fue con la víctima al baño, donde se lavó y se fueron a la calle , vio como estaba en estado de shok y llorando.

Valoración se respalda en esta alzada siendo que este Tribunal Superior no está llamado a valorar de nuevo el testimonio acusatorio, sino a ponderar si las conclusiones de instancia se revelasen absurdas, ilógicas o arbitrarias, o contradichas por elementos fehacientes que evidencien la mendacidad del testimonio de la víctima o fundamenten una duda racional y razonable de su veracidad, lo que en el presente caso no concurre, se podrá compartir o no las conclusiones pero no adolece de vicios esenciales que la invaden ni en esta alzada solicitan los recurrentes que la sentencia sea anulada . La sentencia recurrida declara probados en virtud de la valoración de la prueba bajo el principio de inmediación que no goza este tribunal, hechos constitutivos de varios episodios de abusos sexuales con penetración."

Y frente a la argumentación del recurrente cuestionando la existencia de prueba de cargo en base a que las declaraciones testificales no han sido iguales, variando su relato en cada fase del procedimiento, amoldándose a la tesis acusatoria, compara las diferentes declaraciones de los propios acusados y llega a la conclusión de que en la declaración de la víctima concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que pueda servir de prueba de cargo: ausencia de incredulidad subjetiva, concurrencia de credibilidad, persistencia en la incriminación, verosimilitud y elementos de corroboración, como son la declaración de su amiga Adelaida , presente en la vivienda, y Estefanía y del resto de testigos que relataron como se encontraba aquella después de los hechos: ojos llorosos, hinchados, labios mordidos y lo que Sacramento les contó sobre lo que ocurrió aquel día; las pruebas periciales de la psiquiatra que la trató, informes forenses, pruebas de ADN, y el informe del IML, ratificado en el juicio oral sobre la credibilidad de la menor, con presencia de las distintas fases de daño psicológico que habitualmente cursan las víctimas de un suceso violento: 1.- Reacciones inmediatas en el plano emocional y cognitivo como embotamiento general, enturbiamiento de la conciencia, sensación de irrealidad, déficit en el procesamiento de la información y dificultad en la toma de decisiones. 2.- Vivencias afectivas intensas: dolor, impotencia, miedo, que se alternan con periodos de profundo abatimiento. 3.- Tendencia a reexperimentar el suceso. Y en la fecha del juicio presentaba sintomatología propia de DIRECCION001 , además de mostrar desajustes anímicos con pensamiento de suicidio.

1.3.- Razonamiento correcto y que debe mantenerse en esta sede casacional, debiendo precisarse solo en relación a las contradicciones de la víctima, esta Sala, SSTS 585/2020, de 5-11; 741/2022, de 20-7; 1016/2022, de 18-1-2023; 108/2023, de 16-2; 603/2023, de 13-7, entre las más recientes, tiene dicho:

"La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes, al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los



cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras)."

Por ello, debemos solo insistir (STS 108/2023, de 16-2) en que por su naturaleza, las víctimas de delitos sexuales exponen una línea de progresividad en su declaración que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima (vid. STS 2/2021, de 13-1, que introdujo el concepto de progresividad de la declaración de la víctima).

Y además, según señala la STS 774/2017, de 30-11 "resulta inevitable que al comparar las declaraciones que presta ... un testigo en la fase de instrucción con la que hace después en la vista del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han transcurrido varios meses o incluso años. Y en segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración ... No se requiere un relato idéntico en todas las deposiciones del testigo, sino que exista una identidad sustancial. De hecho esta Sala ha mantenido en alguna ocasión que "lo sospechoso sería un relato mimético, idéntico en todo momento."

1.4.- Y respecto a los informes de peritos sobre credibilidad del testimonio de menores, esta Sala, por todas SSTS 690/2021, de 15-9 y 672/2022, de 1-7, ha recordado que la psicología del testimonio nos advierte sobre la mayor permeabilidad del testimonio de los menores al influjo de preguntas sugestivas. El menor tiene menos recursos para sustraerse a la tendencia tanto de dar la razón al adulto interrogador cuando percibe gestos de asentimiento o de complacencia con su declaración; como de retractarse cuando percibe que sus respuestas no son del agrado de quien le entrevista. Está muy inclinado a ajustarse a la versión que espera que ofrezca. La técnica de interrogatorio de un menor requiere ciertas habilidades de las que normalmente carecen los profesionales del ámbito forense. Debe primarse la narración libre en los primeros momentos y ser muy escrupulosos para expulsar cualquier atisbo de sugerencia o sobreentendidos. Cuando el primer interrogatorio del menor no se ajusta a los parámetros deseables puede quedar contaminada la prueba: el menor repetirá la versión que ha adquirido a sus ojos el marchamo de versión "oficial", la que satisface las expectativas que el investigador ha depositado en él.

Otra vez encontramos que las motivaciones victimológicas confluyen con otras de naturaleza epistemológica que aconsejan que el interrogatorio sea dirigido o supervisado por un profesional que disponga de esas habilidades en relación al testimonio de menores, habitualmente un psicólogo, o, en su caso, personal investigador con una formación específica.

El entorno de la entrevista es otro factor a tomar en consideración. También aquí confluyen razones victimológicas -propiciar un ambiente amable, alejado de la solemnidad fría de los estrados o de una oficina judicial, y evitar que el menor se vea sometido a la mirada escrutadora y a veces hostil de una multiplicidad de profesionales; con las epistemológicas un ambiente adecuado estimula la espontaneidad del menor, y facilita su expresividad y memoria-

En términos generales el exceso de publicidad se revela como perjudicial para las declaraciones de menores en casos de abuso sexual. Es una evidencia la afirmación de que la protección de la víctima aconseja disminuir la publicidad a lo estrictamente indispensable, preservando en todo caso los datos de identidad y la imagen del menor.

La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma. En otro orden de cosas conviene reseñar que las declaraciones de los menores son especialmente aptas para ser objeto de dictámenes sobre credibilidad realizados por especialistas en psicología. Hay que situar esa pericia en su ámbito adecuado y hay que exigir profesionalidad. No cualquier psicólogo está capacitado para ese tipo de prueba, que, por otra parte, nunca puede suplantar el papel del Juzgador. La pericial facilitará pautas para la valoración. Pero decidir si los hechos han sucedido o no, valorar ese testimonio junto con el resto de pruebas, otorgarle o no crédito es función que está residenciada en el juzgador. Este no puede abdicar de esa tarea delegándola en el psicólogo que, por otra parte, si actúa con profesionalidad, no podrá asegurar la verdad o falsedad del testimonio. Tan solo indicará si con arreglo a



los sistemas, protocolos y test valorativos convalidados concurren o no indicadores de fiabilidad o falta de fiabilidad.

En este sentido la STS. 179/2014 de 6.3, incide en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

La STS. 28/2008 de 16.1, las descarta tanto en testigos como en acusados y señala que es doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo.

La resolución matiza que no es infrecuente la realización de estas pericias psicológicas en relación con testigos de corta edad, y aunque tampoco pueden nunca vincular al Juez o Tribunal ni sustituirlo en su exclusiva función valorativa, sí pueden aportarle criterios de conocimiento psicológico especializado y, por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional.

Señala la STS. 238/2011 de 21.3, que "por lo que se refiere a la pericial psicológica sobre la "veracidad" de las declaraciones prestadas hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas. Cuestión distinta es la relevancia que en la valoración de la credibilidad del testigo, -sea víctima o sea un tercero- pueden tener sus condiciones psico-físicas, desde su edad, madurez y desarrollo, hasta sus posibles anomalías mentales, pasando por ciertos caracteres psicológicos de su personalidad, tales como la posible tendencia a la fabulación, o a contar historias falsas por afán de notoriedad etc. Y es esto y no la veracidad misma del testimonio, lo que puede ser objeto de una pericia".

En igual sentido la STS. 1367/2011 de 20.12, afirma, con cita de otras precedentes 488/2009 de 23.6 "que no se puede solicitar la intervención de peritos, por ejemplo, para informar sobre el perfil psicológico del examinado o sobre la personalidad de las menores, ni tampoco para que los peritos manifiesten si, a su juicio, los hechos se produjeron, y tampoco para que se pronuncien sobre el grado de verosimilitud de unas manifestaciones u otras...".

Añadiendo que "Incluso tratándose de supuestos en los que esa pericia psicológica ha llegado o practicarse, conviene no perder de vista que el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos o artísticos (art. 456 LECrim). Apreciar significa precisamente ponderar el valor de las cosas. Se tendería a subvertir la naturaleza procesal de la prueba pericial, atribuyendo a ésta un alcance prácticamente definitivo. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria (...) Lo contrario sería tanto como convertir al perito en una suerte de pseudoponente con capacidad decisoria para determinar de forma implacable el criterio judicial. Lo que los peritos denominan conclusión psicológica de certeza, en modo alguno puede aspirar o desplazar la capacidad jurisdiccional para decidir la concurrencia de los elementos del tipo y para proclamar o negar la autoría del imputado (Cfr. STS 485/2007, 28 de mayo).

Criterio reiterado en la STS 401/2021, de 12-5, que concluyó que "estos informes "se trata de instrumentos de auxilio a la función judicial, que no la sustituyen los dictámenes periciales psicológicos sobre credibilidad de los menores, pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico del menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad, pero en ningún caso pueden determinar si las declaraciones se ajustan a la realidad, tarea que incumbe exclusivamente al órgano de enjuiciamiento; pero, a sensu contrario, sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas (SSTS 10/2012, de 18 de enero; 381/2014, de 23 de mayo; 517/2016, de 14 de junio; 789/2016, de 20 de enero; y 468/2017, de 22 de junio)", como ha acontecido en el caso que nos ocupa.



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

SEGUNDO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, 24.2 y 120.3, en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los números 1 y 2 del art. 849 LECrim por falta de motivación de la condena y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque atendida a la prueba practicada en juicio, carece de base y de sustentación los pronunciamientos condenatorios (y ello partiendo del plus de motivación que debía de haberse dado para la condena habida cuenta de la sentencia absolutoria de la jurisdicción de menores).

Cuestiona, en primer lugar, que habiéndose enjuiciado los mismos hechos que los que se juzgaron en la sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Valencia 268/2018, de 13-11, confirmada por la AP de Valencia, Sección 5ª, sentencia 139/2019, de 20-3, no puede aceptarse que este órgano judicial establezca que existió consentimiento a la hora de mantener relaciones sexuales y que en la sentencia dictada en el presente procedimiento se afirme lo contrario y se condene a los acusados, mayores de edad, sin que la sentencia posterior incorpore a su decisión un plus de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que incluso la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

En segundo lugar, pero relacionado con la falta de motivación, señala la ausencia de explicación respecto a por qué el Tribunal se aparta de los informes emitidos por el Dr. Cirilo (médico forense) y el Dr. Daniel (ginecólogo de urgencias que exploró a Sacramento el 31-5 -tres días después de los hechos-, dado que la Audiencia Provincial lo único que remarca es que no considera determinante los informes médico-forenses, cuando estos informes destacan que la menor presentaba un himen no íntegro sin evidenciarse signos de rotura reciente, sin lesiones en los genitales, ni nada extraño que llamara la atención de los peritos.

2.1.- El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

Esta cuestión fue alegada, y resuelta en sentido negativo, tanto por la sentencia de la Audiencia Provincial (fundamento derecho tercero "Discrepancia con la jurisdicción de menores"), razonando como la separación en el enjuiciamiento de mayores y menores de edad involucrados en los mismos hechos provoca graves disfunciones, entre otras, que exista una sentencia en el ámbito de la jurisdicción de menores y otra en la de mayores, con referencia a la Memoria del año 2012 de la Fiscalía General del Estado y cita de jurisprudencia de esta Sala en orden a la no eficacia positiva de la cosa juzgada material en el Derecho Penal y solo la eficacia negativa o preclusiva que impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho, y explica como a partir de la prueba que en este juicio se ha practicado, su valoración es diferente a la realizada por la Jueza de Menores, como por la sentencia en apelación del Tribunal Superior de Justicia, que se refiere también a la numerosa jurisprudencia de esta Sala 2ª -vid. s. 180/2004, de 9-2- sobre la eficacia de sentencias dictadas por otros órganos que viene declarando que no vincula el contenido de una sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada (STS 771/2002, de 18-7).

En efecto, esta Sala, STS 46/2014, de 11-2, con cita de la s. 232/2002, de 15-2, hace una reseña de la doctrina jurisprudencial y recuerda que ya la sentencia de 16-10-91 estableció que:

"los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que en proceso distinto y por jueces diferentes se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo pues sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se dieran entre las dos resoluciones la identidad de cosa juzgada". Y la Sentencia de 12 de marzo de 1992, ya recordó: primero, que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba". Con igual criterio se expresa la Sentencia 1341/2002 de 17.7.

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa



juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina "prejudicialidad positiva" o "eficacia positiva" de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que "cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho". En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que "nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica".

También las SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in idem" y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

"Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un "plus" de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta."

Cuestión diferente es que conste una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales, pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

En este sentido, como precisa la STS. 62/2013 de 29.1 (Marta del Castillo), el Tribunal Constitucional ha señalado, que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre, 24/1984, de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, ó 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que "[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, "es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo".



2.2.- Debemos, por ello, señalar los elementos identificadores de la cosa juzgada material en el orden penal, cuales son:

- Identidad sustancial de los hechos motivadores de la primera sentencia firme y del segundo proceso. El hecho viene fijado por el relato histórico-penal por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.
- Identidad de sujetos pasivos, de personas acusadas y absueltas o condenadas. Por persona inculpada ha de considerarse la persona contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada o absuelta, que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

El objeto del proceso penal es el hecho punible imputado a una persona, de manera que si cambia ésta, el hecho ya no es idéntico. En el caso presente, los hechos enjuiciados por el Juzgado de Menores nº 1 de Valencia, que dio lugar a la sentencia absolutoria 268/2018, de 13-11, no son los mismos que los enjuiciados en este procedimiento, dado que en el primero los acusados eran los dos menores de edad: Oscar y Pascual, y en el presente, los mayores de edad, Elías y Erasmo.

Siendo así, es aplicable la jurisprudencia citada por el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo: STS 277/2015, de 3-6: no existe prejudicialidad penal positiva en el proceso penal. En cada proceso o pieza separada ha de resolverse conforme a la prueba desarrollada en el juicio. STS 707/2016, de 16-9: a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal pues cada causa criminal tiene su propio objeto, y su propia prueba, y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro distinto, todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída al segundo proceso para ser valorada en unión a las demás existentes -en el caso presente los dos menores absueltos en el proceso de menores declararon como testigos en el juicio ante la Audiencia-; STS 398/2018, de 12-9, insiste en que no existe en el proceso penal eficacia positiva de cosa juzgada. Hay que estar a la prueba practicada en el concreto juicio oral, sin que vinculen los hechos probados proclamados en una sentencia fruto de un juicio oral diferente, aunque versase sobre los mismos hechos u otros concomitantes.

2.3.- Por último, en cuanto a la falta de motivación por ausencia de explicación respecto a por qué el Tribunal se aparta de los informes del médico forense y del ginecólogo, el recurrente parte de un presupuesto erróneo. Ni la Audiencia ni el Tribunal Superior de Justicia cuestionan las conclusiones de aquellos en orden a que la rotura del himen es un dato revelador de relaciones sexuales anteriores, sino que aquellas conclusiones no las considera determinantes respecto a si las relaciones sexuales objeto del presente procedimiento fueron o no consentidas. Es más, la sentencia de instancia (fundamento derecho 6 punto 4) considera que si se partiera de dicha hipótesis (la existencia de relaciones sexuales previas), la potencia incriminatoria de los datos existentes respecto de los acusados, sería incluso todavía mayor y haría más factible el relato de la acusación sobre: a) la cita en el piso; b) la insistencia en que Sacramento entre en una habitación para hacerle una pregunta; c) el sexo grupal sin demasiadas contemplaciones; d) que no surta efecto la oposición de Sacramento; e) que aparezca Pascual con quien se lleva mal y entre directamente a la habitación para tener sexo con él; f) que no se lo impida la presencia de Adelaida en el comedor; y g) al mismo tiempo justificaría la presencia de Erasmo (alguien tenía que estar con Adelaida).

Criterio que asumido por la sentencia de apelación, que al analizar la tesis para desacreditar a la víctima que se sustenta, en parte, en que ella ya había tenido varias relaciones sexuales, y por eso quedó con ellos, dio el consentimiento y que el motivo de denunciar no era más que ocultarlo a los demás, y que ya había denunciado previamente otra amiga y se vio obligada a mantener el relato, precisa que "aun en el caso de que hubiese tenido relaciones sexuales anteriores lo que hoy se enjuicia son unos hechos concretos, puesto que no se valoran conductas anteriores, sino lo sucedido el día 28 de mayo de 2016."

TERCERO.- El motivo tercero por infracción de precepto constitucional 24.2 y 120.3, en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los números 1º y 2º del art. 849 LECrim y 183.2.3 CP por error en la apreciación de las pruebas que han llevado a la condena por un delito de agresión sexual a menor de 16 años.

El recurrente considera errónea la calificación de agresión sexual atendiendo a los hechos probados. Destaca la diferencia entre agresión y abuso sexual, admitiendo que el delito de agresión no requiere necesariamente la producción de lesiones a la víctima. Destaca que el único acto de violencia que puede desprenderse de la declaración de la víctima es que fue sujeta para conseguir consumar el acto, pero esta violencia no fue ejercida por este recurrente y concluye que "de los hechos probados y de la declaración de Sacramento, debe entenderse que en su caso, nos encontraríamos ante un delito de abuso sexual y no un delito de agresión, habida cuenta de que los actos sexuales pudieron cometerse conforme se establece en la sentencia, sin



consentimiento, pero tampoco sin violencia, reconociendo la misma víctima que no medió resistencia por su parte."

Añade que en el relato fáctico no se describe una concreta relación causal entre la violencia ejercida con los actos sexuales, ni tan siquiera con las erosiones que aparecen en las fotografías o la línea eritematosa que aparece en el informe forense, ni tampoco se indica ni su causa ni, en su caso, en qué momento y de quien de ambos, Elias o Oscar, pudiera haber, en su caso, provenido.

El Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación interpuesto por esta parte, no dio respuesta a este motivo de impugnación y no resolvió la cuestión que se vuelve a plantear ante esta Sala 2ª, al haber error en la apreciación de las pruebas que han llevado a la condena por un delito de agresión sexual a menor de 16 años.

3.1.- El motivo se desestima.

La cuestión de la existencia de violencia o intimidación es analizada por la sentencia recurrida (fundamento derecho quinto, pags. 19-20): " Sacramento lo afirmó, que la empujaron y que la cogían entre los dos para penetrarla, y fue corroborado por Adelaida que oyó gritos ahogados, no la dejó entrar Erasmo , y cuando salieron de la habitación los tres chicos, se fue al baño y la vio llorando, y constan lesiones aunque leves, objetivadas por las fotos aportadas y realizadas por Estefanía , compatibles con la resistencia por su parte, sin que el hecho de que en el informe forense no se reflejasen pueda influir, habida cuenta su levedad y que la exploración por el médico forense se realiza días después, donde observa una leve lesión contusa en muslo izquierdo; el ginecólogo que la entendió antes se ciñó en su examen al aparato genital. Además hay que tener en cuenta que llegaron a estar en la habitación tres personas, con el efecto de presión, de coacción y de intimidación, que produce a una menor (15 años), donde su capacidad de reacción o de dar una respuesta contundente puede estar alterada ante esa falta de madurez, que entre los dos la cogieron uno por delante mientras el otro la penetraba y luego al revés. Coincide con lo que manifestó a los acusados, que no quería, que por favor pararán, que lloraba pero no le salía chillar, que pidió ayuda a Erasmo cuando entro en la habitación...; Adelaida , que se encontraba en el comedor con Erasmo , tenía 14 años y tampoco supo reaccionar, ni le era exigible hacerlo dada su corta edad; sabiendo que en cuanto a la resistencia, según ha reiterado el T.S."... En cualquier caso, el delito de agresión sexual requiere violencia o intimidación, pero en modo alguno que se ocasionen lesiones a la víctima. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no impide para la existencia del delito la agresión sexual, que ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones (STS 686/2005, de 2 de junio, entre otras). Recuerda la STS 749/2010, de 23 de junio, con cita de otras precedentes, ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto.

Añadiendo también el concepto de intimidación ambiental por el abusivo comportamiento de los acusados, que inician sin prolegómeno alguno y desarrollan sin miramiento un atentado contra el derecho a la libre determinación personal de la joven, prevaleciendo de su número y fuerza, escarneciendo su situación de desamparo.

En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio."

3.2.- Razonamiento que debe asumirse por esta Sala casacional. En efecto, tal como hemos dicho en reciente STS 108/2023, de 16-2:

"Existió la violencia e intimidación suficiente para incardinar los hechos en el art. 183.2 CP. Como se recogió por esta Sala en la sentencia 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019:

"En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis física o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima.

El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta



que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que - sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males."... En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio."

3.3.- Por ello la línea diferencial entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual queda verificado por la concurrencia o no de violencia o intimidación. En ambos casos, evidentemente, no hay consentimiento. La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle por las muñecas o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o escapar y atacar a su libertad sexual. Mientras tanto, en el abuso sexual no hay ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en SSTs 396/2018, de 26-7; 610/2018, de 3-12; 3/2019, de 17-1, que cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente con significado sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el art. 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

Nótese que en estos casos no estamos exigiendo ni violencia ni intimidación para llevar a efecto ese acto, por lo que el caso típico son los meros tocamientos en parte sexual, pero sin violencia o intimidación, por lo que si ese acto de ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con actos ejecutivos contra la voluntad de la víctima, pero que impliquen violencia o intimidación nunca podrá tratarse de meros abusos sexuales y sí de actos de agresión sexual. El empleo de la violencia se evidencia por:

- 1.- Ausencia de consentimiento de las víctimas, manifestada claramente en los hechos probados.
- 2.- Empleo de violencia o intimidación.
- 3.- Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima.

Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación, el acto integra un delito de abuso sexual.

La STS 145/2020, de 14-5, precisa las características de la intimidación típica. Incluida la ambiental. Elabora con precisión el concepto de violencia emocional. Lo hará con estas expresiones:

"En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis physica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que -sobre no conducir a resultado positivo-, podrían derivarse mayores males".

Igualmente en la STS 282/2019, de 30-5, hemos señalado que el concepto del vencimiento psicológico propio de la intimidación, recordando que: "la emotional violence anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente " ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.



Estas formas de actuar son lo que se concibe como "intimidación", y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito....- En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto unido al empleo de violencia e intimidación, como en este caso ocurrió, es lo que determina la existencia de la O agresión sexual, y no el abuso que se propone.

Señala la doctrina que la intimidación, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a "causar o infundir miedo", se trata de la llamada vis psicológica y consiste en amenazar con un mal mediante palabras, gestos u otros procedimientos, debiendo provocar temor en el destinatario, del que se aprovecha el agente para la perpetración de la agresión.

Como han puesto de manifiesto, entre otras, las SSTs de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994, la violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un "daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega".

3.4.- En el caso presente, la sentencia de instancia declaró probado que: "Aprovechando que Erasmo entretenía a Adelaida en el comedor, Elias impide a Sacramento salir a pesar de que ella dice que ella no quería hacer nada.

Elias trata de quitarle el vestido, consiguiéndolo finalmente tras lanzarla a la cama, al tiempo que, estando Sacramento sujeta por los brazos, y venciendo su resistencia, consigue penetrarla vaginalmente repetidamente después de varios intentos a pesar de su oposición. Sacramento llora diciendo que quiere salir. Mientras esto sucede otro menor que Sacramento y Adelaida no habían visto cuando entran al inmueble, entra también en la habitación.

Elias, también intentó introducir su pene en la boca de Sacramento, no consiguiéndolo por la resistencia que ésta oponía, y fue entonces cuando decidió salir de la habitación, no sin antes empujar a Sacramento profiriendo risas constantes mientras sucedían los hechos."

El recurrente denuncia error en la apreciación de las pruebas que han llevado a la condena por un delito de agresión sexual, revisando las declaraciones de Sacramento, tanto en el sumario, como en el Juzgado de Menores, así como sus declaraciones prestadas en instrucción y destacando sus contradicciones, dado que según el relato de Sacramento, no se empleó ningún tipo de violencia, dado que lo que describía es que cuando el acusado intentaba penetrarla, otro la sujetaba, esto es, la violencia no fue ejercida por el recurrente. Razonamiento que debe ser rechazado, por cuanto la presencia de otra u otras personas que actúan en concurrencia con quien realiza el forzado acto sexual, en este caso el recurrente, forma parte del cuadro intimidatorio que debilita e incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal actuación coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria (STS 344/2019, de 4-7).

3.5.- Y en cuanto al error en la apreciación de la prueba que es anunciado por el recurrente con base al art. 849.2 pero sin designar documento alguno acreditativo de tal error, cuestionando en realidad la suficiencia de la declaración de la víctima como prueba de cargo destacando las contradicciones esenciales en que incurrió, lo que es propio de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ya analizado en el motivo primero.

3.6.- En definitiva, esta Sala no detecta ninguno de los presupuestos que habrían de estar en el origen de una posible vulneración de alcance constitucional. El Tribunal a quo ponderó prueba lícita, de signo incriminatorio y era exteriorizado el proceso de valoración con arreglo a las máximas de experiencia y a las reglas impuestas por un sistema de valoración racional de la prueba. La defensa pretende un relato alternativo con base a las declaraciones del acusado y las contradicciones de la víctima de los hechos.



Como hemos dicho en STS 585/2020, de 5-11, no es éste, sin embargo, el ámbito propio de la presunción de inocencia cuando se invoca en sede casacional. Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad (cfr. STS 636/2015, 27 de octubre), nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal *a quo*. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril) o, en palabras contenidas en otros precedentes, siempre que esas alternativas a la hipótesis que justificó la condena no sean susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables (cfr. SSTS 848/2999, 27 de julio; 784/2009, 14 de julio y 625/2008, 21 de octubre). No nos incumbe ahora realizar una nueva valoración de la prueba. No nos resulta posible, en fin, proceder a un análisis secuencial de todas y cada una de las alegaciones mediante las que la parte recurrente trata de demostrar el error valorativo en que ha podido incurrir el Tribunal *a quo*. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia ha quedado sobradamente delimitado por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STS 553/2008, 18 de septiembre y SSTC 16/2012, 13 de febrero; 89/1998, de 28 de septiembre; 135/2003, de 30 de junio; 137/2005, de 23 de mayo y 26/2010, de 27 de abril, entre otras muchas).

Es, por tanto, en ese exclusivo ámbito en el que hemos de valorar la queja de la defensa. Y ninguna de las alegaciones exculpatorias que se hacen valer tienen la entidad suficiente para desmembrar la consistencia del juicio de autoría formulado en la instancia y en apelación.

CUARTO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, 24.1 y 120.3, en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los núms. 1 y 2 art. 849 LECrim, art. 14 CP, al entender que ha existido un error en la valoración jurídica de los hechos, al no quedar acreditado que el acusado conociera la edad de la denunciante.

Considera que nos encontramos ante un error de tipo del art. 14.2 CP, al desconocer los acusados que la víctima era menor de 16 años y no existir ninguna acreditación de lo contrario, citando en su apoyo la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 6 de junio, y algunas sentencias de esta Sala 2ª del TS para desautorizar los argumentos por los que la Audiencia Provincial y el Tribunal Superior de Justicia llegan a la conclusión de que ambos acusados conocían la edad de la menor.

4.1.- El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

Tal desconocimiento fue planteado en la instancia y en la apelación y la sentencia dictada en esta última (fundamento derecho sexto) en cuanto a tal cuestión razona como la Audiencia la aborda de forma correcta, detallando "una serie de elementos que nos permiten ratificar que en el presente caso los acusados tenían el convencimiento de que era menor y en consecuencia de que obraban ilícitamente. Así para comenzar la sentencia le da una plena credibilidad a la declaración del menor y de Adelaida , los acusados conocían la edad pues conocían a la menor de tiempo atrás; Erasmo declaró que Sacramento era amiga de Elias y de Pascual , que sabía la edad, aunque luego tuviesen malas relaciones; Elias manifestó haber tenido antes una pequeña relación de noviazgo, Pascual también la conocía de antes, los acusados sabían que eran más pequeña que ellos, es a lo largo de todas las declaraciones donde se desprende que los acusados conocían a la víctima y como ella refirió, en las redes sociales se transmite todo, incluso las felicitaciones por su cumpleaños. Además, tanto los acusados como Sacramento y Adelaida se conocían en la fecha de los hechos, salen juntos y en esa época son amigos o conocidos, se llevaban bien y se comunicaban por redes sociales. Cúmulo de circunstancias que imposibilita apreciar la tesis de los acusados que desconocían, la víctima tenía 15 años y Adelaida 14, iban al mismo curso escolar.

Como establece la jurisprudencia cualquier error que se alegue ha de acreditarse como el hecho mismo por quien lo alega, no basta con la simple alegación, máxime cuando es en el presente caso donde existe prueba testifical que así lo acredita, incluso dos testigos de la defensa lo afirman Anibal y Arsenio , los acusados tenían pleno conocimiento de que Sacramento era menor de edad, por lo que con respaldo de la resolución recurrida y a la motivación de la misma a la que antes hemos hecho referencia procede desestimar este motivo de recursos."

Razonamiento correcto y asumible en esta sede casacional, por cuanto en relación al desconocimiento de la edad inferior a 16 años, hemos dicho en SSTS 392/2013, de 16-5; 97/2015, de 24-2; 916/2021, de 24-11; 672/2022, de 1-7; 811/2022, de 13-10, que el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o



conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTS. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (STS 258/2006 de 8.3), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP. se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10) .

4.2.- En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 16 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 16 años.

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del delito continuado de agresión sexual de menores de 16 años, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, sin que pueda basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que le sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo, la existencia del error, lo que en modo alguno se ha producido, dado que las Salas de instancia y apelación han considerado acreditado que los acusados tenían pleno conocimiento de que, en la fecha de los hechos, Sacramento era menor de 16 años de edad.

RECURSO Erasmo

QUINTO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional, 24.2 y 120.3 en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de los núms. 1 y 2 art. 849 LECrim; falta de motivación de la condena en la aplicación de los arts. 183.2 y 3 y 192 y 29 CP, y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error en la apreciación de la prueba, porque atendida a la prueba practicada en juicio, carece de base y de sustentación un pronunciamiento condenatorio, entendiéndose que no había prueba de cargo.

Considera que no hay una bases fáctica o, al menos, no de manera justificada o motivada, para la condena del recurrente en concepto de cómplice y ello analizando de forma objetiva su actuación, al no haber quedado probados tres hechos nucleares por los que se procede a la condena:

- que su presencia obedecía al hecho de que Sacramento hubiera comunicado ir acompañada de Adelaida .



- que su implicación fue la de distraer a Adelaida .
- que su actuación fue efectiva y produjo temor a Adelaida , por lo que ésta no pudo evitar la agresión.

Por ello, analiza las distintas declaraciones de Adelaida en Comisaría, Fiscalía de Menores y Audiencia Provincial y destaca la existencia de versiones contradictorias; que la actuación del recurrente es asimilable a la de la testigo Adelaida , ya que ambos vieron y escucharon lo que estaba pasando; que el mensaje de texto que Erasmo remitió a Sacramento no es un elemento incriminador; insiste en la inexistencia de motivación en la sentencia respecto a este acusado, y del resto de la motivación de la prueba: -sentencia del Juzgado de Menores y de la Audiencia Provincial que la confirma, que analiza las testificales de Sacramento , Adelaida y Estefanía ; las testificales de esta causa de Cirilo ; Policía Local NUM003 ; Policía Nacional NUM004 ; instructor del atestado; mensajes de DIRECCION002 ; pericial psicológica de la declaración de la víctima; los informes forenses que no evidenciaban agresión sexual en el cuerpo de Sacramento -, no acredita la participación de Erasmo . Y en todo caso, la existencia de versiones contradictorias debió determinar la aplicación del principio in dubio pro reo.

5.1.- El motivo plantea cuestiones que ya han sido analizadas en el recurso del anterior acusado, remitiéndonos a lo ya razonado en orden a su desestimación.

En efecto, en cuanto a la participación como cómplice debemos partir, como hemos dicho en SSTs 927/2013, de 11-12; 23/2015, de 4-2; 415/2016, de 17-5; 129/2018, de 20-3; 249/2018, de 24-5, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación, radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS. 590/2004 de 6.5); y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10, 891/2006 de 22.9)".

En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , "la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última", que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 C.P.) -se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio-; por otra parte con el cómplice, artículo 29 C.P. (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que " *la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo*", refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la " *conditio sine qua non*", la del " *dominio del hecho*" o la de las " *aportaciones necesarias para el resultado*", resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebida en la autoría (S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la



jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar, se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte la de la "conditio sine qua non", para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, *pero sin el cual el hecho criminal también era posible*.

Por ello la complicidad "requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas" (STS. 1216/2002 de 28.6). Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

En todo caso, el dolo del partícipe consiste en la conciencia y voluntad del coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres y expuestos de esenciales y necesarios -cooperación o de mera accesoriedad o periféricos (complicidad)-, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor, y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

5.2.- En el caso presente, en contra de lo sustentado en el motivo, la sentencia de instancia, fundamento duodécimo, analiza la participación de Erasmo :



"En un inicio se solicita a Sacramento que acuda. Sacramento les dice que también irá Adelaida. Mientras tienen a Sacramento en la habitación, es entonces Erasmo el que está con Adelaida. Erasmo necesariamente oye lo mismo que Adelaida (están pared con pared) y sabe que la actividad sexual que se está realizando no es voluntaria y por lo tanto, que está colaborando a su práctica al "distraer" a Adelaida. No solo eso, sino que en determinado momento entra (algo que nadie discute) y lo comprueba. No hay que olvidar que Adelaida tenía 14 años y Erasmo ya era mayor de edad.

Al rechazar la versión exculpatoria (que la actividad sexual fuera consentida) se rechaza también la versión de Erasmo tal como hemos ya anticipado, la cual cabe incardinarla en la estrategia defensiva de generalizar la actividad sexual de Sacramento. Generalización a la que también contribuye Ramón, sin que se haya aportado elemento corroborador alguno de sus manifestaciones de que habían quedado para tener actividad sexual.

Por tanto, si querían preguntarle algo relacionado con la menstruación la presencia de Erasmo era innecesaria (así como la necesidad de quedar en un inmueble -que varía a lo largo de la tarde-, varias personas etc). El único sentido de su presencia es que Sacramento dice que también va a ir Adelaida. Por otra parte, si comedor y habitación están pared con pared y Adelaida oye a Sacramento (gritos ahogados, que le daba asco etc), necesariamente también lo oía Erasmo (de hecho entró a la habitación y luego salió tras comprobar lo que sucedía sin atender a la petición de ayuda de Sacramento). Erasmo ya era mayor de edad, mientras Adelaida tenía 14 años. Diferencia que, en las circunstancias descritas, estimamos realmente significativa y es uno de los factores que explican la conducta de Adelaida (temor, sentirse sobrepasada).

De hecho Adelaida manifestó: "...La habitación no la veía desde el comedor. Erasmo entraba y salía después. Le decía que quería entrar y no le dejaba porque no le iba a gustar lo que iba a ver y no sabía cómo reaccionar tenía 14 años y le daba miedo que le pudieran hacer algo..." y "...Ella no entró en la habitación en ningún momento, no se mostraba amenazante, le decía que no le iba a dejar entrar.

Ella se fue al baño y la buscó en el baño, le lavó la cara y se fueron...".

Por otra parte, el contenido del mensaje que Erasmo envía a Sacramento tras los hechos es en extremo significativo a pesar de sus intentos de restar eficacia al mismo y es coherente con todo lo referido en los fundamentos anteriores, mensaje al cual ya nos hemos referido anteriormente: " Sacramento mi me sap fatal lo que va pasar el altre dia nose tu sas que yo no soc aixina i conforme vaj vore tot aiso men vaj anar a parlar en Adelaida i no se que pasaría después nomes volia demanrte perdo per tot i si necesitas algo pues res asi estic tranquila que vay a dirlis que no te molesten mes" (folio 44). En castellano: " Sacramento me sabe fatal lo que pasó el otro día, no se tu sabes que yo no soy así y conforme vi todo eso me fui a hablar con Adelaida y no sé qué pasaría después solo quería pedirte perdón por todo y si necesitas algo pues nada aquí estoy tranquila que voy a decirles que no te molesten más".

El mensaje es un claro intento de disculpa en relación con el comportamiento que hemos descrito y coincidente con la conducta que le atribuyen Sacramento y Adelaida.

Actuación que el fundamento decimocuarto califica, conforme lo solicitado por el Ministerio Fiscal, de complicidad, discrepando de la acusación particular que mantenía que era cooperación necesaria, examinando su conducta a partir de las manifestaciones de Sacramento y Adelaida, consideró que si bien no se identifica una conducta previa de Erasmo generadora de riesgo (art. 11 CP), su conducta de distracción es un auxilio eficaz para la producción del delito, aunque no imprescindible. Por ello, al favorecer de este modo la comisión de la infracción, su conducta es incardinable en la complicidad, no en la cooperación necesaria, dado que contribuye entreteniéndolo a Adelaida y posibilitando la producción de los hechos por Elias, pero atendiendo a su intensidad debe calificarse como no esencial.

Criterio que es avalado por la sentencia del TSJ (fundamento derecho séptimo) habida cuenta que en su conducta omisiva, entreteniéndolo a Adelaida e impidiendo que entrase en la habitación y no ayudando a Sacramento, no era esencial al fin perseguido por Elias.

5.3.- Por último, en cuanto a la posible aplicación del principio in dubio pro reo, como hemos dicho en recientes SSTS 108/2023, de 16-2; 603/2023, de 13-7, el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS. 45/97 de 16.1).



Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" (SSTS. 70/98 de 26.1, 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 999/2007 de 12.7, 677/2006 de 22.6, 1125/2001 de 12.7, 2295/2001 de 4.12, 479/2003, 836/2004 de 5.7, 1051/2004 de 28.9). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el Tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

STC. 147/99 de 15.6, sobre el alcance principio in dubio pro reo, dice:

"Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, "en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial", ni está dotado de la protección del recurso de amparo, "ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter inculpatório de las pruebas practicadas" (SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4; 103/1995, de 3 de julio, F. 4; 16/2000, de 16 de enero, F. 4; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4; y 137/2005, de 23 de mayo, F. 3).

Y la STS 666/2010, de 14-7, en similar sentido, precisa:

"el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11, con cita en la STS 939/98 de 13-7, que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda (STS 1186/95, de 1-12; 1037/95, de 27-12)".

- En el caso actual, en ningún momento se manifestó por el Tribunal de instancia duda razonable alguna tras la valoración de la prueba, de que la versión de la defensa fuera posible. Por el contrario, la sentencia mantiene su firme convicción de que los hechos ocurrieron tal y como se detallan en el relato fáctico, y como ya hemos dicho con anterioridad, el principio in dubio pro reo no obliga a dudar, obliga a absolver en caso de duda, que aquí no existió.

SEXTO.- El motivo segundo por infracción de precepto constitucional, 24.2 y 120.3, en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los núms. 1 y 2 art. 849 LECrim, por error en la valoración de la prueba al haberse establecido un relato de hechos viciado en la sentencia, por cuanto ésta se ha nutrido de los testimonios que se consideran inveraces sobre la base de lo preceptuado en el art. 458 Cp. Los testigos Sacramento , Adelaida y David , han ido variando su relato en cada fase procesal según más convenía a la tesis acusatoria, habiendo



prestado testimonios sustanciales en el Juzgado de Instrucción, Fiscalía de Menores, juicio de menores y juicio oral con el resultado lesivo de los derechos fundamentales a un juicio justo y a la presunción de inocencia.

El motivo coincide en su planteamiento y desarrollo con el ordinal primero del recurso interpuesto por el anterior recurrente Elias , por lo que nos remitimos a lo ya razonado para evitar repeticiones innecesarias.

SÉPTIMO.- El motivo tercero por infracción de precepto constitucional art. 24.2 y 120.3 en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los núms. 1 y 2 del art. 849 LECrim, por falta de motivación suficiente de la sentencia de instancia, que no explica los criterios por los que se aparta y desvincula de la sentencia absolutoria de menores.

Motivo coincidente con el segundo del anterior recurrente por lo que damos por reproducido lo ya razonado en aras a su improsperabilidad.

OCTAVO.- El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 y 120.3 en relación con el art. 5.4 LOPJ y por infracción de ley de los núms. 1 y 2 art. 849 LECrim y del art. 14 CP, entendiendo que ha existido un error en la valoración jurídica de los hechos y apreciación de la prueba, no habiendo acreditado que este acusado conociera la edad de la denunciante.

NOVENO.- El motivo es sustancialmente coincidente con el mismo ordinal del recurso interpuesto por Elias , por lo que debe seguir la misma suerte desestimatoria.

DÉCIMO.- En cuanto a la ampliación de los motivos de casación por los recurrentes, en virtud de lo acordado por diligencia de ordenación de 13-1-2023, solicitando la imposición de las penas previstas en la LO 10/2022, de 6-9, en su mínima extensión, dado que la redacción del art. 183 anterior a la reforma de la citada ley preveían para el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, con menores de 16 años, empleando violencia o intimidación, una pena de 12 a 15 años (vid. apartado 3). En el presente caso, de acuerdo con dicha Ley, Elias fue condenado a 12 años de prisión como autor, y Erasmo a 6 años de prisión como cómplice. En la actual regulación LO 10/2022, la pena prevista en el art. 181.1 cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, es de 10 a 15 años.

La sentencia de la Audiencia (fundamento decimoquinto) en cuanto a la pena privativa de libertad razona:

"Atendiendo a los hechos que se describen, no solo penetración vaginal violenta, sino además intento de que le practicara una felación, junto con las consecuencias para Sacramento : "Como consecuencia de estos hechos Sacramento ha atravesado las distintas fases de daño psicológico que habitualmente cursan las víctimas de un suceso violento. Actualmente presenta sintomatología propia de DIRECCION001 , además de mostrar desajustes anímicos con pensamiento de suicidio"; pero teniendo en cuenta también la duración del procedimiento, entendemos que la pena a imponer debe ser de doce años de prisión.

Por su parte, Erasmo , a la vista de la entidad de su contribución, tal como la hemos descrito, de acuerdo con el artículo 29, en relación con el artículo 63 CP debe ser castigado con la pena de seis años de prisión tras la rebaja en un grado."

Por tanto la Sala, atendiendo a las circunstancias del caso, tras no haber contemplado el prevalimiento (art. 183.4 d)) impuso las penas mínimas, no habiendo concurrido ninguna circunstancia agravatoria.

Siendo así, el nuevo motivo deberá ser admitido.

En efecto, en la sentencia de instancia no se identifican razones de exacerbación de la pena más allá del mínimo imponible previsto en la reforma 10/2022, por lo que no se aprecian circunstancias especiales que avalen su apartamiento del criterio general adoptado en el Pleno de esta Sala de los días 6-7 de junio de 2023, en el sentido de que la imposición de la pena en el grado mínimo con arreglo a la anterior regulación, con o sin motivación adicional, conlleva la revisión de la pena y la imposición de la pena en el mínimo de la ley actual más favorable (vid. s. 487/2023, de 21-6).

UNDÉCIMO.- No obstante lo anterior, como hemos precisado en esta última sentencia 487/2023, de 21-6, al estimarse la procedencia del recurso y resultar de aplicación las normas contenidas en la LO 10/2022, de 6-9, dicha regulación debería resultar aplicada en su totalidad y no de forma selectiva o fragmentaria. La comparación entre las normas cuya vigencia se sucede en el tiempo, con carácter general, debe ser realizada de forma completa.

- En efecto, tal como hemos resuelto en el Pleno 6-7 junio de 2023, así es, al menos, con toda evidencia, por lo que respecta a los extremos relativos a las consecuencias jurídicas que se incorporan en cada una de las normas que se suceden temporalmente, consecuencias asociadas a la comisión de las conductas delictivas que tratan de subsumirse en uno u otro marco normativo. Imposible sería conocer con precisión cuál pueda



resultarla norma más favorable si, para dicha labor de selección, solo se tuviera en cuenta una parte de la nueva penalidad.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre determina, en el nuevo artículo 192.3 que la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el Título VIII (delitos contra la libertad sexual), sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia, si el delito fuere grave, y entre dos y veinte años, si fuera menos grave.

Por esa razón, en el pronunciamiento en que se acuerda la aplicación de la LO 10/2022, además de rectificar la extensión de las penas privativas de libertad impuestas en aquélla, debe también imponer esta pena accesoria, habida cuenta del carácter preceptivo de la misma para supuestos como el presente ("impondrá", establece taxativamente el precepto penal referido).

Naturalmente, nada hay en ello que pudiera vulnerar el principio acusatorio. Desde luego, la acusación se formuló de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos (que no contemplaba dicha sanción accesoria). Sin embargo, promovida, --por definición en eventual beneficio del condenado--, la posible revisión de la condena como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo texto legal más favorable, dicha calificación solo podrá alcanzarse a partir de las consecuencias jurídicas que la nueva norma anuda a la conducta ya enjuiciada, tomando aquella en su totalidad. Cuando la naturaleza de las penas, como en este caso, no resultara, total o parcialmente, idéntica (añadiéndose, como aquí, una pena privativa de derechos a la privativa de libertad), es el conjunto de dicha sanción el que deberá ser ponderado, la norma completa, para determinar cuál dentro de las concurrentes merece calificarse como más favorable, siempre naturalmente con audiencia del reo, en particular cuando pudieran existir dudas a ese respecto. La norma más favorable ha de resultar de la comparación completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada con la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra.

Del mismo modo, es claro que no se vulnerarían las exigencias derivadas del principio acusatorio cuando, por hipótesis, la nueva ley sustituyese una pena privativa de libertad por otra de diferente naturaleza (por hipótesis, privativa de derechos o de carácter pecuniario), por la que, evidentemente y por no existir entonces no se formuló acusación.

Así lo hemos señalado, por ejemplo, en nuestras sentencias números 324/2023, de 10 de mayo, 285/2023, de 21 de abril; o 235/2023, de 30 de marzo. Puede leerse, por ejemplo, en la segunda de ellas: <<[L]a entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II del Código Penal, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resulta más beneficiosa al condenado pues, de ser así, habrá de serle retroactivamente aplicable por indicación del artículo 2.2 del Código Penal. Y la Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo "No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad">>.

DUODÉCIMO.- Estimando parcialmente los recursos interpuestos, conforme a lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas devengadas en el presente recurso.

FALLO

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

1º) Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Elias ; y de Erasmo , contra la sentencia nº 187/2021, de fecha 28 de junio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 197/2021.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con devolución de la causa en su día remitida.

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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 5266/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 2 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5266/2021, interpuesto por Elias , y por Erasmo , contra la sentencia nº 187/2021, de fecha 28 de junio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación nº 197/2021, en causa seguida por un delito de abuso sexual a menor de 16 años, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, y en aplicación de la LO 10/2022, procede condenar a Elias como autor de un delito de agresión sexual víctima menor de 16 años, previsto y penado en el art. 181.3 y 192 CP, a la pena de 10 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con prohibición de acercarse a no menos de 500 metros de Sacramento , así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio, por un tiempo de 11 años.

Igualmente en aplicación del art. 192.1 y 3 CP, procede imponer al mismo la pena de libertad vigilada de hasta 6 años, y la accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 15 años.

Y procede condenar a Erasmo como cómplice del mismo delito, a las penas de 5 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con las accesorias de prohibición de acercarse a no menos de 500 metros de Sacramento , así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por un tiempo de 6 años.

Igualmente en aplicación del art. 192.1 y 3 CP, procede imponer al mismo la pena de libertad vigilada de hasta 5 años, y la accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 10 años.

**FALLO**

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

Manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida, **debemos condenar y condenamos a Elias** como autor de un delito de agresión sexual víctima menor de 16 años, previsto y penado en el art. 181.3 y 192 CP, a la pena de 10 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con prohibición de acercarse a no menos de 500 metros de Sacramento, así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación con la misma, por cualquier medio, por un tiempo de 11 años.

Igualmente en aplicación del art. 192.1 y 3 CP, procede imponer al mismo la pena de libertad vigilada de hasta 6 años, y la accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 15 años.

Y debemos condenar y condenamos a Erasmo como cómplice del mismo delito, a las penas de 5 años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con las accesorias de prohibición de acercarse a no menos de 500 metros de Sacramento, así como a su domicilio, lugar de trabajo o estudio o cualquier otro frecuentado por la misma, así como prohibición de comunicación con la misma por cualquier medio, por un tiempo de 6 años.

Igualmente en aplicación del art. 192.1 y 3 CP, procede imponer al mismo la pena de libertad vigilada de hasta 5 años, y la accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 10 años.

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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina