



Roj: **STS 4312/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4312**

Id Cendoj: **28079120012023100753**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2023**

Nº de Recurso: **10405/2022**

Nº de Resolución: **722/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 4170/2022,**
STS 4312/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 722/2023

Fecha de sentencia: 29/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10405/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10405/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 722/2023

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 10405/2022 interpuesto por Enma , representado por la procuradora doña Estefanía Laura Verdú Usano, bajo la dirección letrada de don José Antonio Prieto Palazón, contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2022 por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de Apelación 140/2022, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrente y confirmó la sentencia dictada el 15 de febrero de 2022 por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, en el Procedimiento Ordinario 71/2021, que condenó al recurrente como autor de un delito de agresión sexual, con la agravante de parentesco y de género, de un delito de amenazas y de un delito de quebrantamiento de condena. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal, así como Eufrasia , representada por el procurador don Jorge Andrés Pajares Moral, bajo la dirección letrada de don Fernando Llanos Campos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 4 de Valencia incoó Sumario 57/2021 por delito de agresión sexual y otros, contra Enma , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera. Incoado Procedimiento Ordinario 71/2021, con fecha 15 de febrero de 2022 dictó Sentencia n.º 85/2022, en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **ÚNICO.-** El acusado Enma mantuvo una relación de pareja con Eufrasia , durante unos cuatro años, hasta que fue ejecutoriamente condenado, por Sentencia firme de fecha 14/12/2020, dictada por el Juzgado de lo Penal 12 de Valencia, por un delito de amenazas en el ámbito familiar, a la pena de sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad y 2 años de prohibición de aproximación a la misma a menos de 300 metros, así como prohibición de comunicación con la víctima por idéntico periodo. Habiendo estado vigente dicho alejamiento y prohibición de comunicación como medida cautelar desde el 07/06/19, y finalizando el cumplimiento de la pena el 05/06/2021.

Sobre octubre de 2020, tras un periodo de separación, volvieron a encontrarse, yéndose el acusado a vivir en el domicilio de Eufrasia , sito en CALLE000 , n.º NUM000 de Valencia, tras convencerla el acusado al decirle que había cambiado.

El día 21/01/2021, al regresar Eufrasia al domicilio después de su jornada laboral, sobre las 14.30 horas, comenzaron a discutir por celos de él, reprochándole que tenía relaciones con otros hombres.

Durante la tarde siguió el acusado en actitud agresiva y reproche, rompiendo objeto de la vivienda.

Igualmente, sobre las 01:00 horas desde el teléfono móvil de Eufrasia comenzó a enviar mensajes de voz a través de whatsapp a sus contactos masculinos.

Más tarde cogió un cuchillo de cocina, amenazándola, y se lo puso a la altura del cuello de Eufrasia mientras le decía: "¿YA HAS EMPEZADO A TENER MIEDO?", "AHORA VEREMOS QUIEN TE VA A AYUDAR", "¿QUÉ QUIERES DE MI?", ¿ CON QUIEN QUIERES ACOSTARTE?".

Sobre las cinco o seis de la mañana, encontrándose en el salón y en mueble sofá el acusado le manifestó que quería tener sexo, a lo que se negó la mujer y así se lo hizo saber: No obstante, insistió y como no accedía a sus propósitos le quitó el pijama y se colocó sobre ella al tiempo que golpeaba su cabeza con el apoyabrazos del sofácama y le agarraba de los brazos, para que no se fuera, para seguidamente penetrarla vaginalmente."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS

PRIMERO: CONDENAR al acusado Enma como autor de un delito de agresión sexual, un delito de amenazas y delito de quebrantamiento de condena.

SEGUNDO: Concurrir la circunstancia modificativa de la responsabilidad agravante de parentesco y de género en el primer delito.

TERCERO: Imponerle por tal motivo las penas:

1.- Por el delito de agresión sexual la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y prohibición de acercarse a Dña. Eufrasia y a su domicilio, lugar



de trabajo o cualquier sitio dónde se encuentren a menos de quinientos metros y prohibición de comunicar con la misma por cualquier medio por un plazo de diez años.

Imponer al acusado CINCO AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA, para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, concretándose las obligaciones y prohibiciones que procedan a propuesta del Juez de Vigilancia, antes de finalizar el cumplimiento de la pena de prisión.

2.- Por el delito de amenaza la pena NUEVE MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años y prohibición de acercarse a Dña. Eufrasia, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro lugar frecuentado por ella a menos de quinientos metros, y de comunicarse con ella por cualquier medio por término de dos años.

3- Por el delito de quebrantamiento de condena la SEIS MESES DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

TERCERO.- El acusado Enma abonará las tres cuartas partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- El acusado Enma indemnizará a Dña. Eufrasia en la cantidad de siete mil € por daño moral. Esta cantidad devengará el interés legal.

QUINTO.- Absolver al acusado Enma del delito de maltrato habitual, declarando de oficio la cuarta parte de las costas.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviere absorbido por otras.

De conformidad con el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal remítase testimonio de la sentencia al Juzgado que instruyó la causa.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Valenciana a interponer en el plazo de diez días desde la notificación."

TERCERO.- Recurrida la anterior sentencia en apelación por la representación de Enma, y completado el trámite de alegaciones, se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que incoado Rollo de Apelación 140/2022, con fecha 1 de junio de 2022 dictó Sentencia n.º 147/2022 con el siguiente pronunciamiento:

"FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Enma frente a la sentencia núm. 85/2022, de fecha 15 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera.

2º.- Confirmamos dicha sentencia imponiendo el pago de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de 5 días, a contar desde la última notificación, en los términos del art. 847 y por los trámites de los arts. 855 y ss. de la LECrim.; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Enma anunció su propósito de interponer recurso de casación; recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Enma se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional de los artículos. 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ, y más concretamente del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, en cuanto consagra el derecho fundamental a no sufrir indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por indebida aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal, así como por indebida aplicación de los artículos 22.4 y 23 del mismo texto punitivo.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal de Eufrasia impugnó dicho



recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se acordó dar traslado para alegaciones, con el resultado que obra en autos.

OCTAVO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la deliberación prevenida el 26 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, en su Procedimiento Ordinario n.º 71/21, dictó Sentencia el 15 de febrero de 2022 en la que condenó a Enma : a) Como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual, concurriendo las agravaciones de parentesco y de género, a la pena de 9 años de prisión y accesorias; b) Como autor de un delito de amenazas, a la pena de 9 meses de prisión y accesorias y c) Como autor de un delito de quebrantamiento de condena, a las penas de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El acusado interpuso recurso de apelación contra el indicado pronunciamiento, desestimándose su recurso por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en Sentencia 147/2022, de 1 de junio, la cual es objeto del presente recurso de casación, que se estructura alrededor de dos motivos; el primero de ellos formalizado al amparo del artículo 852 de la LECRIM y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho constitucional y más concretamente del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española en cuanto consagra el derecho fundamental a no sufrir indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

En su alegato, el recurrente sintetiza la doctrina de esta Sala sobre la presunción de inocencia y únicamente añade que el motivo debe prosperar respecto de su condena por los delitos de agresión sexual y amenazas porque "No sólo estamos en presencia de vulneración del derecho fundamental de "la presunción de inocencia" sino que igualmente estamos en presencia de vulneración de los derechos fundamentales a nuestro representado tales como el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de su derechos e intereses legítimos..., así como a un proceso con todas las garantías".

1.2. El artículo 874.1 de la LECRIM subraya la necesidad de que el recurso de casación exprese, con la mayor concisión y claridad, el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos de casación por quebrantamiento de forma, por infracción de ley o por ambas causas, encabezados con un breve extracto de su contenido. No es esta una exigencia formal, sino que deviene sustantiva y nuclear para el desarrollo de la impugnación, pues sólo si se conocen los extremos y razones en los que el recurrente centra su discrepancia con la sentencia impugnada, en este caso la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, puede el Tribunal entrar a conocer el acierto y desajuste de la resolución sometida a revisión, además de la pertinencia de la pretensión impugnativa.

1.3. Lo expuesto y la ausencia de cualquier indicación sobre las actuaciones procesales que el recurrente entiende que han lesionado su derecho a un proceso con todas las garantías o de los extremos que comportan una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, determinan la desestimación del motivo.

En concreto, respecto de la prueba de ADN y su vinculación con un eventual quebranto del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, la sentencia de instancia proclama razonadamente su validez y su capacidad incriminatoria diciendo que *"Consta al folio 76 a 78 auto del Juzgado que instruyó la causa, que autoriza en los términos establecidos en la resolución la toma de muestras biológicas de saliva del investigado, haciendo constar un nombre que no corresponde con el del acusado, y eso a los fines de determinar perfil de ADN para obtener un perfil genético y proceder a su cotejo. En efecto, asiste la razón a la defensa, cuando dice que la persona designada en la resolución no es al acusado y la fecha de la resolución es anterior a la de incoación de las diligencias previas 57/21, por lo que entiende que no hay prueba de que las muestras analizadas por los peritos se correspondan al acusado. Ahora bien, entendemos se trata de un mero error material perceptible sin duda. Todo indica que el juzgado reutilizó un modelo usado en otro procedimiento anterior y con cierta desidia no lo adaptó al procedimiento que correspondía y mantuvo sin cambiar la fecha y el nombre del investigado. De manera evidente, si como consta en el auto cuestionado se trata de diligencias previas 57/21, difícilmente la fecha del dictado de la resolución que consta que es de 18 de febrero de 2020, puede corresponder a la de las diligencias previas 57/21, por incoarse después; y tampoco puede suponer que se trata de una resolución recaído en otro procedimiento e incorporada erróneamente en éste, puesto que se expresa de manera inequívoca que corresponde a las diligencias previas 57/21. Siendo cierto que el nombre de la persona afectada no se corresponde con la del entonces investigado no lo es menos que en los antecedentes de hecho se hace referencia a la comunicación al Juzgado por parte del médico forense en el protocolo por denuncia la agresión sexual*



la toma de muestras de interés médico legal de la denunciante Eufrasia , para su remisión a laboratorio de genética criminal. Después se hace referencia a que en el día de la fecha se ha puesto a disposición del juzgado al denunciado Enma . La designación errónea de la identidad de la persona objeto de la toma de perfil, entendemos no afecta a la licitud de la prueba, no cuestionada por la defensa, como tampoco se atisba la mínima posibilidad de que las muestras analizadas puedan corresponder a persona distinta, que parece sería duda que asalta a la defensa del acusado. Y ello lo decimos sobre la base del informe realizado por el Instituto nacional de toxicología, obrante a los folios 229 a 238, donde se detalla las muestras recibidas en el servicio para su análisis, procedentes del Instituto de medicina legal de Valencia. Entre ellas se encuentran tres hisopos en tubo etiquetado " Enma " e "HISOPO TOMA BUCAL INDUBITADO", lo que desvanece cualquier duda acerca de que la muestra analizada correspondiera a persona distinta. Y dicha pericial, ratificada en el plenario, acredita que los análisis realizados confirman la presencia de escasos restos de semen en el lavado vaginal y tras el análisis genético de marcadores específicos de cromosoma Y y de los hisopos vaginales uno y dos se obtuvo un perfil único, que coincide con el perfil de referencia del acusado, lo que viene a acreditar la realidad de la relación sexual, siendo compatible esos escasos restos, como así lo declararon en juicio la médico forense, con una penetración sin eyaculación, como así ha venido declarando la víctima, lo que viene a desdecir la tesis exculpatoria sostenida por el acusado".

Y esta consideración de validez y capacidad incriminatoria es validada por el Tribunal de apelación en el tercer fundamento jurídico de la sentencia impugnada, en el que expresamente recoge: "En la invocación que la parte apelante hace de este derecho a un proceso con todas las garantías, aun habiéndose omitido la ligazón argumental que cabía esperar, han de insertarse sus alegaciones relativas a determinado elemento corroborador del complejo probatorio de cargo, el resultado de las pruebas biológicas de ADN servidas por el Instituto Nacional de Toxicología según el cual se detecta una presencia limitada de semen del acusado en las muestras tomadas de la testigo principal.

Tal dato resulta de la toma de muestras de ADN ordenada mediante auto del Juzgado de Instrucción sobre la persona del sospechoso y ante sus reiteradas negativas. Porque el Tribunal sentenciador analizó el tema cabalmente, no son necesarias nuevas glosas de las variadas circunstancias que evidencian el error de transcripción detectado en el auto en cuanto al nombre del investigado (aunque en el auto también aparece su nombre) y a la fecha. Error que, no obstante, no crea dudas de a quién se estaba refiriendo el auto: el hoy apelante. Tampoco existe motivo alguno para dudar que la toma de muestras de ADN se ejecutó efectivamente sobre la persona del apelante y que de dicha muestra y no de otra extrajo el Instituto Nacional de Toxicología sus conclusiones periciales.

En definitiva, descartamos que en la práctica del dictamen pericial se hubieran vulnerado las garantías legales que cabe esperar de un proceso penal justo. Así que, legítimamente, el resultado de dicho dictamen puede integrar el complejo probatorio de cargo".

1.4. Respecto a un eventual quebranto del derecho a la presunción de inocencia y como se indica en la sentencia impugnada, la fundamentación en la que descansa la valoración del material probatorio es amplia y coherente, presentando signos incriminatorios que se refuerzan entre sí y que muestran que la realidad recogida en los hechos probados de la sentencia de instancia son la conclusión racional y lógica del enjuiciamiento.

1.4.1. En lo tocante al delito de agresión sexual, la sentencia impugnada destaca que " El Tribunal sentenciador apoyó su convicción de culpabilidad en un complejo probatorio de cargo. Dicho complejo tiene como piedra angular las reiteradas declaraciones inculpatorias de la víctima y que fueron corroboradas por 1.º) el testimonio de referencia de su amigo Valeriano que reiteró lo declarado en fase de instrucción sobre que la víctima le contó que el acusado la pegó y la violó (sin entrar en detalles); 2.º) las declaraciones de tres Agentes del CNP que refirieron el estado de nerviosismo y alteración de la denunciante a quienes también les refirió los hechos y que constataron el desorden y los objetos rotos en la vivienda; 3.º) el ADN del acusado detectado en las muestras extraídas de la vagina de la víctima [analizando además la sentencia las circunstancias por las que no hay ninguna duda sobre que las muestras indubitadas de material biológico se recogieron del recurrente, pese a un error en la mecanización del nombre].

Aun concurriendo una pluralidad de elementos probatorios de cargo de diversa índole y significación, dado que la convicción del culpabilidad del Tribunal sentenciador se apoyó de manera forma sustancial en el testimonio de la víctima (como por otro lado es frecuente que suceda en casos de abuso o agresión sexual), comprobaremos si la ponderación de dicho testimonio responde a las tradicionales pautas consistentes en 1.º) la persistencia y firmeza del testimonio; 2.º) su verosimilitud resultante de la coherencia interna del discurso y de su corroboración con datos periféricos objetivos; y 3.º) la ausencia de incredulidad subjetiva que descarte todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza. Ello sin olvidar que tales pautas suponen "meros criterios" y "no exhaustivas reglas de valoración" (STS núm. 288/2016, de 7 de abril , con cita de muchas otras).



En la sentencia a quo se descartaron en la testigo principal motivos espurios de incredibilidad subjetiva, tales como venganza o resentimiento. Rechaza el Tribunal los "celos de la mujer" alegados durante el juicio "cuando lo cierto es que esos celos afectaban al acusado". Apreciación sin duda coherente con los mensajes de WhatsApp con que el día de los hechos el acusado obsequió a diversos contactos masculinos de su pareja y utilizando el teléfono de ella.

El otro supuesto motivo espurio alegado en el escrito de apelación, "quitar de en medio" (sic) al acusado, se compadece mal con que la denunciante lo acogiera en su hogar no obstante estuviera vigente la orden de alejamiento a raíz de la anterior condena penal del apelante por un delito de amenazas contra ella. A lo que añadimos nosotros que los informes médicos no detectaron en la testigo perturbación psiquiátrica alguna.

En el discurso de la testigo principal no se advierten incoherencias internas ni tampoco la parte apelante las llega a concretar. La corroboración del testimonio de la víctima con datos objetivos periféricos resulta meridiana a partir de los reseñados más arriba que tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador. A los que pueden ser añadidos los mensajes de WhatsApp del acusado o la personalidad demostrada con su anterior condena penal. Aunque en los informes médicos no se detectaron lesiones corporales en la víctima, tal circunstancia no disminuye la fuerza de convicción de los restantes elementos de cargo porque -en línea con lo que razona el Tribunal sentenciador- para una agresión sexual como la reprochada al acusado no es preciso un grado de violencia que se traduzca en lesiones externas.

Por lo demás, la incriminación por la testigo principal se ha mantenido incólume a lo largo de toda la causa penal. Ello desde la fase inicial hasta el acto culminante de la vista esencial, y sin contradicciones de ningún tipo, siquiera accidentales".

1.4.2. Del mismo modo, en lo que hace referencia al delito de amenazas, la sentencia impugnada expresa que "Las anteriores consideraciones son predicables sobre la inculpación del delito de amenazas del art. 171.4 del CP. También aquí resulta determinante el detallado y reiterado testimonio de la víctima y la pluralidad de datos corroboradores que lo apuntalan. Además de la otra corroboración específica que la sentencia reseña y que consisten en la propia declaración del acusado por la que admite que un cuchillo fue encontrado, en el salón de la vivienda (lugar de los hechos), junto a su móvil sin explicarse el por qué".

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 2.1. Su segundo motivo, sin indicación del cauce procesal empleado, se formaliza por indebida aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal, así como por indebida aplicación de los artículos 22.4 y 23 del mismo texto punitivo.

En su alegato el recurrente niega que se hayan probado las amenazas o que el acusado tuviera relaciones sexuales con la denunciante, lo que argumenta desde la alegación de que el Auto por el que se acordó realizar la prueba de ADN recogió el nombre de otro investigado, lo que a su juicio dejaría a la prueba carente de autorización judicial y determinaría que los resultados sean predicables de otra persona.

Y además de reprochar que el *factum* de la sentencia no recoge determinados motivos que coadyuvaron a que se iniciara una discusión entre ambos, denuncia que se haya aplicado la agravante de parentesco, argumentando que la pareja había terminado su relación afectiva y que si reanudaron la convivencia fue, únicamente, para facilitar que el recurrente contara con un cobijo del que carecía; lo que a su juicio se recoge claramente en los hechos probados al decir que el recurrente "mantuvo una relación de pareja", lo que supone una referencia a un pasado anterior a los hechos. Aduce, además, que los hechos probados no pueden integrar la agravante de género del artículo 22.4 del Código Penal, pues no se recoge una intención de dominación en su comportamiento.

2.2. Aun cuando el recurrente no indica el cauce procesal empleado, lo que denuncia es la indebida aplicación de determinados preceptos sustantivos, en clara referencia a lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECRIM que fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal".

Se trata, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o por vulneración



del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Partiendo de esta intangibilidad del relato fáctico, el alegato supone analizar si se ha producido una indebida aplicación de la agravante de discriminación por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal y si se ha apreciado indebidamente la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, dado que la indebida aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal que recoge la formulación del motivo no se argumenta sobre un juicio equivocado de subsunción de los hechos probados en los referidos tipos penales, sino sobre una insuficiente probanza de los hechos constitutivos del delito que ha sido ya rechazada en el fundamento anterior por las razones que allí se expresaron.

TERCERO.- 3.1. Como referíamos en nuestra STS 650/2021, de 20 de julio, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, añadió en el artículo 22.4 del Código Penal la agravante de cometer el delito por razones de género, surgiendo como primera cuestión del nuevo redactado cuál sería el contenido de esta discriminación y dónde se encuentra su elemento diferencial respecto de la agravación de discriminación por razón de sexo.

Una primera orientación sobre cuál es el alcance del concepto de género puede extraerse de la exposición de motivos de la mencionada reforma. En ella se expresaba la razón de añadir el género como un motivo de discriminación diferente de la discriminación por sexo que el Código Penal ya contemplaba en la misma agravante. En concreto, la exposición de motivos acude al concepto de género plasmado en el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, y desde su acepción indica que la razón de la incorporación de esta agravación "es que el género, entendido...como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo".

Esta significación es además coincidente con la que resulta del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que señala en su artículo 1.1 que el objeto de la ley es "actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia".

Por último, es una significación que el Tribunal Constitucional acogió y perfiló en su Sentencia 59/2008, con ocasión de examinar la constitucionalidad de las agravaciones específicas del artículo 153.1 del Código Penal. La sentencia proclama la igualdad de género como un valor constitucional y social susceptible de especial protección penal y fija el sentido del mismo al indicar en su fundamento jurídico 9.c) "Como el término "género" que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad".

Con todo ello, hemos proclamado que si bien la discriminación por razón de sexo hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres, cuando la actuación responde a una discriminación de género se está proyectando o refiriendo a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente y que una colectividad concreta considera propios de las mujeres o de los hombres (STS 420/2018, de 25 de septiembre).

Consecuencia de lo expuesto, hemos declarado que la igualdad de género, como valor que debe ser objeto de especial protección, determinará una mayor culpabilidad cuando se ejecuta una acción típica que tenga connotaciones con la subcultura machista y vulnere la paridad. Sin embargo, por las razones ya expuestas, la agravación no supone que cualquier conducta típica sea siempre merecedora de exacerbación punitiva si lesiona bienes jurídicos de una mujer y la comisión del delito se hubiera desplegado por un hombre, sino que su operatividad dependerá de que el sujeto activo perpetre el delito bajo una demostración grave y arraigada de desigualdad y con proyección de una pretendida supremacía machista, que trascienda la previsión del tipo



penal al que pretende aplicarse. Como recuerda la STS 707/2018, de 15 de enero de 2019, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la agravante genérica de actuar por razones de género, como lo hizo en las sentencias 420/2018 y 565/2018, y estimó entonces que la circunstancia modificativa es aplicable en todos aquellos supuestos en los que, no estando expresamente contemplado en la descripción típica, se actúa con motivos o móviles de discriminación basados en la dominación del hombre sobre la mujer, por considerarla el autor un ser inferior, despreciando y vulnerando su derecho a la igualdad. Basta esa manifestación objetiva de discriminación para resultar aplicable la agravante genérica, siempre que, como elemento subjetivo exigible, el sujeto activo tenga consciencia de tal desprecio y acompañe ese conocimiento a la voluntad de cometer el delito (STS 99/2019, de 26 de febrero).

3.2. Es evidente que la comisión de cualquier delito supone un desprecio de los derechos subjetivos que a la víctima corresponden y, con ello, constituye una ofensa a su titular que resulta más marcada en función de la naturaleza de los bienes jurídicos finalmente lesionados y de la relevancia del ataque. Por ello, los delitos que atacan la vida o la libertad de las personas determinan las ofensas más preeminentes y su mayor reproche penal.

Es también indudable que ese desprecio a la consideración de la víctima queda más remarcado con unos métodos comisivos que con otros. Aun cuando el dominio de un individuo, o su opresión, claramente pueden derivar de comportamientos coactivos o intimidatorios, e incluso podría no descartarse que deriven de algunos supuestos de engaño, la verticalidad de la dominación se visualiza de manera rotunda cuando se somete la voluntad de una persona mediante el uso de la violencia, que precisamente consiste en la utilización de la fuerza para imponer algo, sometiendo y desviando a quien la soporta de la que sería su libre y natural manera de proceder.

Por ello, pese a que los delitos contra la libertad sexual no son delitos en los que el género sea una de las razones tomadas en consideración por el legislador a la hora de tipificar las conductas que les hacen referencia, pues como su denominación genérica proyecta son delitos en los que el bien jurídico protegido es una libertad sexual reconocida a mujeres y hombres, dado que no puede eludirse que gran parte de estos delitos responden al esquema de ataque heterosexual a una mujer y que existe una diferenciación sustantiva entre las agravaciones de actuar por razones de sexo y hacerlo por razones de género, surge la necesidad de identificar cuál es el aditamento que exige la agravación del artículo 22.4 respecto de los delitos de violación.

3.3. El legislador ha excluido que los ataques a la libertad sexual de una mujer sean siempre y por sí mismos merecedores de una mayor punición, a diferencia de la opción punitiva plasmada en el artículo 153 del Código Penal. En todo caso, tampoco desatiende que en las relaciones sexuales se manifiestan frecuentemente los estereotipos de género que cosifican a la mujer y la relegan al papel de mero instrumento de placer. Decíamos en nuestra Sentencia 444/2020, de 14 de septiembre: "El de las relaciones sexuales es claramente uno de estos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que relegaban a la mujer a la procreación o a la condición de mero objeto de placer. Ahora bien, no todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación pues, además de ese ámbito relacional, es necesario que las circunstancias que rodean los hechos revelen que se trata de un acto de dominio machista".

A esta realidad es a la que hace frente la agravación que contemplamos, si bien se muestra particularmente resbaladiza y compleja la tarea de definir cuándo la violación de una mujer está acompañada de la agravación de género, por acumularse en unos mismos hechos la transgresión de su libertad sexual y un móvil basado en la dominación del hombre sobre la mujer, al considerarla el autor un ser inferior, despreciando y vulnerando su derecho a la igualdad.

Desde una consideración normativa, la diferenciación descansa en la concurrencia de circunstancias que rebasen las exigencias del tipo concreto de agresión sexual que resulte de aplicación, esto es, cuando se acumulen patrones de discriminación femenina y que el autor, aun sin buscar específicamente humillar o dominar a la mujer (STS 99/2019), asume consciente y voluntariamente la actitud y el comportamiento antijurídico añadido que despliega.

Desde una consideración probatoria, la dificultad surge en identificar qué marcadores permiten reconocer que confluye un desprecio de género distinto y añadido al contenido propio de una lacerante agresión sexual, más aún cuando la agresión consiste en una violenta y feroz violación.

En nuestra Sentencia 99/2019, de 26 de febrero, nos ocupábamos de un supuesto de agresión sexual violenta en el seno de una pareja habitual y apreciamos que en la violación concurría una actuación acumulada de dominación o de actuación delictiva motivada por razones de género o machismo. La constatación se extraía de que el acusado había observado comportamientos con ese perfil a lo largo de su relación de pareja, a lo que se unió que durante la ejecución de los hechos se materializó un desprecio de género que desbordaba la



ejecución de la agresión sexual. El día de los hechos, el acusado obligó a la mujer a que le hiciera una felación mientras iban en el coche. Una vez consumada esta agresión y al llegar a la caseta a la que el acusado llevó a su víctima, el acusado le vejó con expresiones como "guarra, come pollas, hija de puta...". Además, cuando su antigua pareja trató de marcharse, el acusado le cogió del pelo y del brazo, arrastrándola hacia el interior de la caseta donde, tras lanzarla al suelo y propinarle patadas, le instó a que se quitara la ropa. Ella se negó y el acusado, tras lanzarla sobre el sofá, le quitó el pijama y las bragas, quitándose él los pantalones. Mientras ésta le pedía que no lo hiciera, este le dijo "que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa". Tras ello, se consumó nuevamente la violación.

Esta Sala también se ha pronunciado respecto de la posible concurrencia de la agravación en supuestos en los que la agresión sexual se ha perpetrado contra una mujer con la que no se tenía ningún vínculo o relación personal anterior. En nuestra Sentencia 444/2020 antes citada, y sin pretensión de agotar una enumeración de los criterios que pueden ayudar a inferir la concurrencia del elemento determinante de la agravación, resaltábamos la fuerza indicativa de circunstancias como: la vinculación entre el agresor y la víctima; las expresiones proferidas; el carácter denigratorio de las prácticas desarrolladas; el número de actores; o el simbolismo de determinados actos.

En ese supuesto, el acusado había contratado los servicios sexuales de una prostituta. Tras trasladarse ambos a un descampado próximo y después de que la víctima informara al hombre del coste de los servicios, este se negó a abonar cualquier importe. El acusado golpeó fuertemente en el rostro a la mujer, al tiempo que le decía "te enteras ya como va esto"; expresión que refleja un desprecio de género que se reforzó, más allá de la propia agresión sexual, con los hechos posteriores. Se declaró probado que, ante la actitud violenta del acusado y para evitar sufrir una agresión mayor, la víctima se sometió inerte a la iniciativa sexual que se le impuso, si bien el acusado continuó golpeándola de manera injustificada mientras consumaba la penetración. Por último, también se declaró probado que el acusado, tras penetrar vaginal y analmente a la mujer, eyaculó en su boca; cerrándose el relato indicando que, no satisfecho con ello, el procesado le propinó a continuación un fuerte puñetazo en la nariz y se apoderó de los pocos elementos de valor que tenía una mujer que ejercía su actividad sexual por necesidad económica. Todo esto llevó a la Sala a proclamar "que lo que el acusado protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal. Los presupuestos sobre los que asienta la agravante cuestionada surgen con nitidez, suficientemente diferenciados y como un plus respecto de los que conforman la tipicidad del delito de violación".

3.4. En el presente supuesto, el relato de hechos probados, mantenido en la sentencia impugnada, no sólo refiere una fuerte discusión en el seno de la pareja, sino que el acusado plasmó el desprecio de género desde la 1:00 AM del día de los hechos. En concreto, a esa hora comenzó a enviar mensajes de voz a través de la aplicación de WhatsApp correspondiente al teléfono de su víctima Eufrasia. Más tarde, cogió un cuchillo de cocina y se lo puso a la altura del cuello de Eufrasia. El relato, si bien relativo al delito de amenazas por el que también ha sido condenado, define que el amedrentamiento vino acompañado de expresiones claramente indicativas de su desprecio como mujer y su absoluta dependencia del recurrente, preguntándole retóricamente si ya había empezado a tener miedo, o quién le iba a ayudar en esas circunstancias, o con quién deseaba acostarse en esas circunstancias. Y no fue hasta cuatro o cinco horas más tarde cuando, pese a la negativa de su pareja, le quitó el pijama y le penetró vaginalmente, después de golpearle en la cabeza con el apoyabrazos del sofá cama y de inmovilizarle de brazos.

Las razones que llevan a concluir que el comportamiento enjuiciado estuvo acompañado de comportamientos orientados a remarcar la superioridad o dominación masculina se complementan en la fundamentación jurídica de la resolución al detallar el contenido de los mensajes de WhatsApp que el recurrente remitió a las amistades de la víctima, en los que no sólo se mostraba provocador con expresiones tales como: "te romperé la cara" o "te daré una paliza", sino que se atribuía una superioridad sobre su víctima o su dominación con expresiones que hacían referencia a que Eufrasia era suya y de nadie más.

Lo expuesto sobrepasa los contornos de tipicidad que se contemplan en la agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal. Más allá del ataque a la libertad sexual de la víctima, el enjuiciamiento permite percibir una discriminación de género que justifica la agravación que prevé el artículo 22.4 del Código Penal en los términos expuestos, justificando con ello el pronunciamiento de la Sala y la desestimación del motivo en este aspecto.

CUARTO.- 4.1. El recurrente denuncia, además, la indebida apreciación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

Argumenta que no procede la aplicación de esta circunstancia de parentesco como agravante, pues la víctima y el condenado ya no eran pareja sentimental estable al tiempo de los hechos. Aduce que aunque habían



retomado la convivencia a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, la vida en común no respondía a una reanudación de la relación afectiva, sino a una liberalidad de la víctima, que se había limitado a acoger al recurrente en su casa.

4.2. No es esa la realidad recogida en los hechos probados.

El Tribunal de instancia declaró acreditado que el acusado mantuvo una relación de pareja con Eufrasia durante cuatro años y añade que aunque esta relación terminó, sobre octubre de 2020 la pareja volvió a encontrarse y, puesto que el acusado aseguraba que había cambiado, Eufrasia aceptó que volviera a vivir en su casa. Y se declara también probado que las discusiones entre los dos se retomaron pocos meses después, surgiendo los enfrentamientos precisamente por celos y porque el acusado reprochaba a Eufrasia que mantuviera relaciones con otros hombres.

4.3. En todo caso, aun cuando el contenido de la retomada convivencia fuera el que el recurso aduce, debe significarse que tras su reforma operada por la LO 11/2003, el artículo 23 del Código Penal hace depender la apreciación de la circunstancia de "ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

La construcción normativa torna el motivo necesariamente estéril, pues la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal también es aplicable cuando el agraviado haya sido cónyuge o persona unida de forma estable al agresor por análoga relación de afectividad, de modo que el sentimiento de amor y cariño no es exigido que concurra al momento de los hechos, bastando con que la relación haya existido en el pasado. Consecuentemente, reiterada jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de la agravación que se combate (SSTS 707/2018, de 15 de enero; 565/2018, de 19 de noviembre; 280/2023, de 20 de abril).

El motivo se desestima.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Enma , contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2022, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el Rollo de Apelación 140/2022, que desestimó el recurso de apelación formulado por Enma contra la sentencia dictada el 15 de febrero de 2022 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Procedimiento Ordinario 71/2021, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al Tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián