

RECURSO CASACION (P) núm.: 10497/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 99/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.497/2018P, interpuesto por **D. Cristian Tortosa Olmo**, representado por el procurador D. Alejandro Escudero Delgado, bajo la dirección letrada de D^a Yobana Carril Antelo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que con fecha 29 de junio de 2018 resolvía el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección 1^a de la Audiencia Provincial de Valencia. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida **D^a xxx**, representada por el procurador D. Fernando Pérez Cruz, bajo la dirección letrada de D. Remigio Sancho Valles.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Xátiva, instruyó Sumario nº 544/2016, contra **D. Cristian Tortosa Olmo**, por delitos de agresión sexual y malos tratos en el ámbito familiar y delito leve de injurias, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, que en la causa nº 71/2017, con fecha 21 de marzo de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**ÚNICO.-** CRISTIAN TORTOSA OLMO, nacido en Xátiva, el 11 de Mayo de 1994, con DNI 7259811E, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, y Dª xxx, de 20 años de edad en la fecha de los hechos, fueron pareja sentimental sin convivencia, desde el día 29/07/2014 hasta el 28/10/2016, aunque posteriormente a esta fecha siguieron viéndose en alguna ocasión e incluso tuvieron relaciones sexuales consentidas. Durante la mencionada relación sentimental y tras finalizar la misma se produjeron los siguientes episodios:

A) El procesado, a finales de abril de 2016, sobre el día 26 de dicho mes, estando en la localidad de L'Alcudia, con el ánimo de menoscabar la integridad física de la Sra. xxx la agredió llegándole a hacerle un corte en el labio y un moratón en el ojo. La perjudicada no acudió a centro de salud alguno.

B) El día el 27 de noviembre de 2016, sobre las 6.00 horas el procesado llamó por teléfono a xxx y le propuso fumar un cigarro con él, aceptando xxx, la cual bajó con el pijama y una cazadora del procesado, yendo en el coche de aquél marca Volkswagen modelo Golf, hasta la caseta de campo sita en la Urbanización ... de la localidad de L'Alcudia de Crespins. Durante el trayecto el procesado le pidió a xxx que le hiciera una felación a lo que está se negó, ante lo cual, el procesado con el ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos, la cogió de la cabeza y la dirigió con fuerza a sus genitales y allí la obligó a hacerle una felación, a la vez que la golpeaba en la cabeza, y le impedía que alzara la cabeza.

Al llegar a la caseta el procesado insultaba a la Sra. xxx diciéndole guarra, come pollas, hija de puta..." manifestándole entonces que quería irse, negándose a ello el procesado, momento en el que trató de marcharse, cogiéndola el procesado 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, a lo que ella se negó, y tras lanzarla sobre el sofá, le quitó el pijama, el procesado se quitó los pantalones y le quitó las bragas a xxx mientras ésta le pedía que no lo hiciera, diciéndole este «que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa, momento en el que se puso encima de xxx que estaba tumbada en el sofá y comenzó a penetrarla vaginalmente, mientras xxx le decía que la dejara, que no quería.

Momentos después el procesado ordenó a xxx que le hiciera una felación nuevamente, para lo que se sentó en el sofá y xxx arrodillada delante de él, y pese a que ella le decía que no quería, acabo realizándola ya que el procesado la golpeaba insistentemente en la cabeza y la estiraba del pelo acercándole la cabeza hacia sus genitales.

A continuación, permaneciendo el procesado sentado en el sofá, conminó a la Sra xxx que se pusiera encima de él, mordiéndole el pecho, penetrándola de nuevo vaginalmente, tras lo cual la lanzó sobre el sofá y obligándola a ponerse de espaldas a él arrodillada, le dijo que la iba a penetrar analmente, manifestándole ella que no quería por lo que volvió a golpearla con la mano en la cabeza, la espalda y los laterales del cuerpo. xxx pidió, para evitar que la causara más dolor, que le permitiera hacer uso del lubricante que tenían en la mesita cercana, a lo que accedió el procesado, consiguiendo penetrarla analmente, tras lo cual la giró mientras él continuaba de pie y entonces eyaculó lanzándole el semen sobre la cara y al pecho de xxx.

Como consecuencia de estos hechos D xxx, resultó con lesiones consistentes en "excoriaciones en espalda, lesiones compatibles con mordedura, esguince de muñeca y hematoma palpebral", las cuales requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, y por las cuales la perjudicada no manifiesta que reclame.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

«**FALLAMOS.-** Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** al procesado **CRISTIAN TORTOSA OLMO**, como autor penalmente responsable de un delito de delito de malos tratos en el ámbito familiar previsto en el artículo 153.1 del CP, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de **UN AÑO Y UN DÍA**, y prohibición de aproximarse a menos de 1000m de la Sra. xxx, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que esta frecuente así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de **DOS AÑOS** (art. 57 del Código Penal).

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** al procesado **CRISTIAN TORTOSA OLMO**, como autor penalmente responsable de un delito de delito agresión sexual, previsto y penado en los arts. 178 y 179 CP, en concurso medial (art. 77.3) con un delito de lesiones del art. 153.1 y 3 del mismo Cuerpo Legal, a la pena de **SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art 56 C.P), y la prohibición de que el procesado se aproxime a menos de 1000 metros de la Sra. xxx, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que esta frecuente, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de **8 AÑOS 6 MESES Y 1 DÍA**.

Y en aplicación del art. 192.1 CP se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de **cinco años**, la cual se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, con el contenido que se determine de conformidad con lo previsto en el art. 106 CP.

Y en concepto de responsabilidad civil condenamos al citado acusada a que indemnice a Da xxx en la cantidad de 12.000 euros por las lesiones físicas y daño moral, cantidades que devengarán el interés legal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y al pago de las tres novenas partes de las costas procesales.

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a **CRISTIAN TORTOSA OLMO** del delito de malos tratos en el ámbito familiar del artículo 153.1 del CP, de los dos delito de injurias del artículo 173.4 del CP, del delito de coacciones en el ámbito familiar del artículo 172.2 del CP, y de los dos delitos de detención ilegal del artículo 163.1 CP objeto de acusación, con declaración de las costas de estos ilícitos de oficio.

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas al procesado, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa.

De conformidad en lo dispuesto en el art. 69 de la L.O.V.G., mantenernos las medidas cautelares de prohibición de acercamiento y comunicación, impuestas en el presente procedimiento a CRISTIAN TORTOSA OLMOS respecto a xxx hasta la firmeza de la sentencia, y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen.

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

TERCERO.- Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación dictándose sentencia por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana con fecha 29 de junio de 2018, en el recurso nº 91/2018, con la siguiente parte dispositiva:

«**Fallamos.-** QUE DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de (Doña) xxx contra la Sentencia número N° 167/2018, de fecha 21 de marzo de 2018, dictada por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en el Rollo de Sala núm. 71/2017.

QUE ESTIMAMOS EN PARTE el recurso interpuesto por la representación del Ministerio Fiscal y en consecuencia revocamos la sentencia dictada en el sentido de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de género en el delito de agresión sexual por el que ha sido condenado y

REVOCAMOS EN PARTE la sentencia en el único sentido de condenar al acusado por el delito de agresión sexual de los art 178 y 179 con la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de género en concurso medial con un delito de lesiones del art 153.1 a la pena de 9 años y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de que el procesado se aproxime a menos de 1000 metros de la Sra. xxx, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que esta frecuente, así como comunicarse por cualquier medio por tiempo de 10 años y 1 día, quedando intacto el resto del pronunciamiento condenatorio y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.»

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, por el procesado 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:

Único.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 22.4 CP.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestiones planteadas en el recurso.

1. Se formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 22.4 del Código Penal. Se alega:

a) Por un lado, que en este caso concreto **no se respetan los hechos considerados probados** de la Sentencia 167/2018 dictada por la AP de Valencia (sección Primera) y que fueron **aceptados también por el Tribunal Superior de Justicia** de la Comunidad Valenciana, **al resolver la apelación** contra aquélla, en la sentencia nº 72/2018 recurrida ahora en casación ante nosotros; Esa diferencia entre la Sala de la Audiencia Provincial de Valencia y la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia estriba en que la Audiencia Provincial excluyó la agravación del artículo 22.4 del Código Penal porque no apreció el elemento subjetivo de discriminación, apreciando la existencia de este elemento y en consecuencia la agravante genérica citada, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia a pesar de que esta Sala de segunda instancia no gozó del privilegio de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción de los que sí ha gozado el Tribunal de Primera Instancia, quien no apreció esta intención discriminatoria.

b) Por otro lado, sostiene el recurso casacional que el Sr. Tortosa actuó «*con el ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos*», pero afirmando que en

ningún momento se probó que el hoy recurrente actuase con *ánimo de superioridad o dominación por razón de género*. Al estimar que el fundamento de la agravante es la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, hace que sea **decisivo que se acredite la intención de cometer el delito contra la mujer por el hecho de ser mujer**. Concluyendo en fin que en el caso no se puede deducir un ánimo discriminatorio

2. La Audiencia Provincial en primera instancia estimó que los hechos probados son constitutivos de: **a)** Un delito de malos tratos en el ámbito familiar previsto en el artículo 153.1 del Código Penal, y **b)** de un delito agresión sexual, previsto y penado en los artículos 178 y 179 del Código Penal, en concurso medial (art. 77.3) con un delito de lesiones del artículo 153.1 y 3 del mismo Cuerpo Legal al concurrir todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que tipifican el delito.

No estima, sin embargo, concurrente la agravante de parentesco por inexistencia de convivencia de agresor y víctima. Tampoco aprecia la Sala la concurrencia de la circunstancia agravante de «comisión del delito por razones de género» del artículo 22.4 del Código Penal. En ninguno de los dos delitos. Y lo justifica diciendo que *la mayor culpabilidad* (que presupone fundamento de la agravante) *trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito.* (énfasis añadido)

Supedita la estimación de la agravante a la prueba de que *el autor*, no sólo quiso atentar contra la libertad sexual de D^a xxx, sino también *que cometió el delito de agresión sexual por razones de género*, o en otras palabras que la acción criminal fue el *reflejo de un ánimo gravemente*

discriminatorio hacia aquélla **por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.**

Y, en el caso, afirma la Audiencia Provincial, ni siquiera las acusaciones en sus respectivos relatos fácticos de imputación recogieron ningún hecho o circunstancia de la que se desprenda que el procesado actuó, además de con dolo de satisfacer sus deseos libidinosos, por un motivo discriminatorio hacia su pareja.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia, estimando el recurso del Ministerio Fiscal, afirma que, dado que *la Audiencia considera que **concorre un delito del artículo 153** (delito que no es cuestionado por las partes) ello implica que **las lesiones ocasionadas constituyen una manifestación de la discriminación**, situación de desigualdad y las relaciones de poder entre el acusado y la víctima.* Partiendo de tal premisa, añade la decisión del Tribunal Superior de Justicia, debería haberse estimado, incluso con mayor motivo, que tal *manifestación de discriminación concurrió en el delito de agresión sexual.*

SEGUNDO.- Sobre la revocabilidad en vía de recurso de una decisión menos gravosa que la impuesta en aquélla.

Examinaremos en primer lugar el primero de los submotivos del recurso referido a la revocación en apelación de la decisión de no apreciar la agravante imponiendo una decisión más gravosa, al determinar la pena desde la aplicación de esta circunstancia genérica de agravación.

Viabilidad de revocación de una sentencia absolutoria para condenar manteniendo el hecho probado.

1. Reproducimos aquí la ya consolidada doctrina constitucional resumida en la STC nº 37/2018 de 23 de abril que da cuenta, en primer lugar, de la evolución de la doctrina constitucional relativa al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa (art. 24.2 CE), vinculada a las condenas **o la agravación** de las mismas en vía de recurso.

Reitera el Tribunal Constitucional en esa sentencia la síntesis de doctrina constitucional efectuada en la STC 146/2017, FFJJ 6 y 7, cuando indicaba que *el derecho a un proceso con todas las garantías ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani c. Suecia, o de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu c. Rumania). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.*

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora -como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados

(así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)-, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una **alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración** -como es el caso de pruebas documentales (así, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), o de pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)-; o, también, cuando dicha alteración fáctica **se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia**, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, **no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas** (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de

la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de **un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados**, argumentando que, en este último caso, **se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación** (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 3, o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2). (énfasis añadidos)

Ahora bien la misma sentencia lleva a cabo una importante advertencia en el Fundamento Jurídico 7º en referencia, no solamente al derecho a un proceso con todas las garantías, sino en relación al derecho de defensa:

Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y **en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito**, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó «que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito **forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio** que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de

inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado» (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

*Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado «de manera consciente y deliberada» a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber **permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas** (asunto Serrano Contreras, anteriormente citada, § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del*

*comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese **elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes**, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo **intencionalidad** por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto Serrano Contreras, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).*

(nuevamente añadidos los énfasis)

En la sentencia de este Tribunal Supremo nº 396/2018, de 26 de Julio se recuerda igual doctrina citando las SSTS SSTS 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril.

2. En el caso que ahora examinamos el debate se ha centrado en la supuesta introducción, como fundamento de la imposición de la agravante que se hace *ex novo* en la sentencia de apelación, de un elemento subjetivo cuya presencia se rechazó en la sentencia dictada en primera instancia: el móvil que impulsó la acción delictiva de agresión sexual, que en ésta se niega que, en el caso juzgado, fuera un ánimo gravemente discriminatorio

hacia la víctima por ser esposa del autor del delito. Incluso se afirma que ni siquiera fue objeto de imputación expresa por la acusación.

Como pasamos a justificar en los siguientes Fundamentos Jurídicos de nuestra sentencia, tal elemento subjetivo del injusto, añadido al genérico dolo, no es, sin embargo, un requisito para apreciar la agravante. Dados los hechos base no discutidos que se declaran probados, el derecho a un proceso con todas las garantías resulta indemne, tal como determina su contenido la expuesta doctrina del Tribunal Constitucional. Pero es que, además, tampoco se afecta el derecho de defensa. El debate en la apelación ha sido, en lo que a la apreciación de la agravante respecta, exclusivamente jurídico en cuanto referido, no a si concurrió esa premisa fáctica del elementos subjetivo del injusto, sino a si el mismo venía requerido por el presupuesto legal de agravación. Resuelto el debate en el sentido de excluir tal exigencia ya no cabe hablar de lesión de la defensa posible sobre si concurrió o no concurrió.

TERCERO.- Presupuestos de la agravante por razones de género

1. En lo que concierne a la agravante genérica consistente en «*cometer el delito por.....razones de género...*» recordaremos que con su introducción en el Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Dice el Preámbulo de aquella ley: *se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio nº 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, como «los*

*papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente contruidos 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.** (énfasis añadido)*

El legislador español con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido también tres nuevos tipos penales que son el de acoso y hostigamiento (art. 172 ter del CP) y el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis del CP) y el delito de divulgación sin el consentimiento de la víctima de imágenes que fueron captadas con su anuencia (197.7 del CP). Tales tipos penales ven realzada su relevancia en el ámbito de la violencia sobre la mujer por razones de género. Pero aquel legislador, además, consideró necesario que, como respuesta proporcional a la gravedad del hecho cuando la víctima es una mujer *por el simple hecho de serlo*, se debía incluir el ahora vigente párrafo 4.º del artículo 22 que prevé una nueva circunstancia agravante: la de discriminación por razón de género, aplicable en relación a aquellos delitos en los que la discriminación no ha sido tenida ya en cuenta para la configuración del correspondiente tipo penal, pero que no será aplicable a aquellos delitos que fueron modificados ya por la Ley Orgánica 1/2004 que, adoptando lo que se conoce como perspectiva de género, tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, es decir, en **discriminación** de la mujer por razón de género.

La Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 22.4 Código Penal añadiendo a las circunstancias agravantes de cometer el delito por motivo de discriminación referente al sexo de la víctima la de actuar por motivos de discriminación por razones de género. Los términos sexo y género son definidos por la OMS: «El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere

a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres», y concluye que «el macho» y «la hembra» son categorías sexuales, mientras «masculino» y «femenino» son categorías de género».

2. La cuestión que ha originado polémica y diversidad de criterios en alguna jurisprudencia y en la dogmática es la de ***si en estos otros delitos, que no fueron modificados por la Ley Orgánica 1/2004, es necesario acreditar que concurre ese específico elemento subjetivo.*** Y esa ha sido la discrepancia entre la sentencia de primera instancia y la dictada en apelación.

Esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido (STS del Pleno nº 677/2018) en relación con tal específico elemento subjetivo, pero referido al delito del artículo 153.1 del Código Penal, que exigir ese elemento subjetivo del tipo en el *art. 153.1* supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describe tal elemento del tipo del *artículo 153.1 del Código Penal* como elemento subjetivo del injusto. Y ello, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo por más que concurra el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del *apartado 1º del artículo 153 del Código Penal*.

Tal sentencia mereció un voto particular, pero no en cuanto a la doctrina referida a la ausencia de exigencia de ese supuesto requisito de específico consistente en un elemento subjetivo del injusto, sino sobre la exigencia de que, objetivamente, haya de producirse el hecho en el contexto de una *situación de dominación* que, dice dicho voto particular no cabe presumir por el hecho de ser varón el agresor que golpea a pareja femenina. Tal dominación en la relación marido-mujer, dice sin embargo la mayoría del Pleno de la Sala, no se presume *iuris et de iure* y tampoco se exige como

elemento del tipo. Aunque apunta el voto particular que, si se admite por la mayoría prueba que excluya el contexto de dominación, el trato diferenciado dado a sendos apartados 1 y 2 del artículo 153 pudiera cuestionarse como constitucional.

En cualquier caso, el mismo voto particular emitido respecto de la mayoría en la citada sentencia del Pleno de la Sala se cuida de subrayar que el elemento del contexto de dominación «no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito». «No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer». «Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada».

Ya había adelantado el Tribunal Constitucional en su auto n° 233/2004, de 7 de junio, que el legislador de la Ley Orgánica 11/2003 trató de objetivar el tipo penal convirtiendo el maltrato de obra constitutivo de la antigua falta del *artículo 617 en delito cuando la víctima mantenía con el ofensor lazos afectivos y familiares, propósito que, como veremos seguidamente, no quedó desvirtuado por la reforma operada en la norma sustantiva por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Ésta definía en su artículo 1.1 *cuyo apartado tercero* afirma que la «violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende **todo** acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad», definición que al incluir el pronombre indefinido «todo» en los actos que refiere, entre los cuales se encuadra sin duda el maltrato de obra, no excluye de su radio de acción los actos violentos en los que no se aprecia directamente alguna de las manifestaciones recogidas en el apartado primero del artículo, **ni exige la constatación de un determinado propósito a modo de elemento subjetivo del injusto**.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 59/2008 (antes de la reforma del artículo 22.4 pero en referencia al trato dado en los apartados 1 y 2 del artículo 153 del Código Penal) recordaba que «... las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

Validó el Tribunal Constitucional la constitucionalidad del *artículo 153 del Código Penal* afirmando (como recordábamos en nuestra citada STS 677/2018) que es competencia del legislador «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Y, en lo que aquí puede importar, advierte que el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de 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 que lo son por constituir una **manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad**.

El momento jurisdiccional ha de partir de las soluciones adoptadas en el momento legislativo, tanto más cuanto que la legitimidad constitucional de aquella solución ha sido avalada por quien tiene atribuida esa competencia en exclusiva.

La ley decide elevar la pena cuando reforma el artículo 153.1 del Código Penal a conductas porque considera que son, objetivamente, prescindiendo de los motivos subjetivos del autor, tanto causa como expresión de la situación de desigualdad. El agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista. Lo relevante es que los tipos de agresión en ese contexto relacional de agresor y víctima dan lugar a la discriminación y son, cuando se llevan a cabo, manifestación de tal situación.

Frente a esa opción del legislador, validada por el Tribunal Constitucional, la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, añadido al genérico de la consciencia y voluntad de la agresión, sería contraria a la fuente normativa. Ésta exige voluntad de agredir, pero no reclama que el autor además muestre voluntad de dominar o discriminar.

3. Si el debate sobre la antes enunciada cuestión se ha cerrado en esos términos en lo que concierne al maltrato no habitual en pareja, resta ahora definir los presupuestos típicos que justifican la estimación de la nueva agravación genérica.

3.1. La Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción de esta agravante diciendo el Convenio de Estambul al que nos hemos referido más arriba del que retiene que el género puede constituir un **fundamento** de acciones **discriminatorias** diferente del que abarca la referencia al sexo. Y entiende a estos efectos por género como «*los papeles, comportamientos o*

actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres».

Así pues, ubica el concepto género en el ámbito de lo cultural o social como diferente de la mera referencia al sexo que restaría como dato biológico.

Y, más concretamente, enfatiza la relación de esa perspectiva con la idea de discriminación. La exigencia constitucional ínsita en el derecho a la igualdad no se acantona en lo meramente formal o, como se ha dicho, limitada a la relación del individuo con el Estado, sino que también remite a las relaciones entre individuos dentro del ámbito social.

La corrección de las desigualdades, que aquel derecho de igualdad reclama, por un lado, impone respuestas desiguales para situaciones caracterizadas por la desigualdad. Pero, como también se ha cuidado de señalar en la mejor doctrina, la tutela antidiscriminatoria, más allá que de restablecer la igualdad se orientará a lo que se ha denominado el **principio de prioridad** para favorecer a los de peor situación. Por eso se protege a la mujer con prioridad cuando es víctima de una determinada violencia, como la producida en el ámbito de la relación de pareja.

Pero la concreción de criterios no se agota ni en la proclamación constitucional del derecho, ni en las traducciones llevadas a cabo en el momento legislativo. Cuando en éste se hace referencia como supuesto discriminatorio a las desigualdades surgidas por razón del género, entendido con el alcance que se explica en el preámbulo de la Ley 1/2015, el autor de ésta deja inconclusa la definición del presupuesto típico de la pertinencia de la agravante.

3.2. Sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172-2 y 148.4 del Código Penal nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo **presupuesto objetivo** de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima. Pero con ello no se resuelve el problema ya que nada obliga a limitar la agravante a los casos de esa relación de pareja. La Ley Orgánica 1/2004 de protección integral, pese a que la intervención penal que introduce la circunscribe a ese concreto ámbito, define en el primero de los párrafos de su exposición de motivos la violencia «de género» diciendo que: «Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». La Ley Orgánica 1/2015 si bien determinados tipos penales los acota a supuestos en que la mujer-víctima mantiene con, o ha mantenido con el agresor una relación de pareja, cuando describe la agravante que aquí nos ocupa, no efectúa esa restringida delimitación. Por ello su ámbito de aplicación extravasa dicha relación de pareja.

Aunque, por otra parte, la vecina agravación en el mismo artículo del delito motivado por discriminación por razón de sexo, impide ampliar la agravante que examinamos a todos los casos en que tal circunstancia en que la víctima sea mujer.

La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer *relacionada* socialmente con el autor del delito. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado

ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una **asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.**

3.3. Ahora bien, si la exclusión de exigencia de un añadido elemento subjetivo de ánimo dominador, como propósito determinante del comportamiento delictivo respecto del que se pretende aplicar la específica agravante, no impide sancionar más gravemente un resultado de menor entidad, conduciéndolo a otro tipo penal más gravoso, sería incoherente reclamar tal componente subjetivo en el actuar injusto para simplemente agravar la pena pero sin salir de la prevista para el tipo penal en el que se discute la aplicación de la agravante como genérica.

3.4. Como recuerda la STS N° 707/2018 de 15 de enero (2019) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre al aplicación de la agravante genérica nueva del artículo 22.4 del Código Penal, como lo hizo en las sentencias 420/2018 y 565/2018 recordando los fundamentos explícitos del legislador de 2004 y 2015 y la doctrina del TC en su reiteradamente citada sentencia n° 59/2008.

Se estimó entonces que: Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino **en todos aquellos otros casos** en los que la discriminación por esas razones, basadas en la *intención de dominación* del hombre sobre la mujer, que **dentro de las relaciones de pareja** es considerada por el autor como un

ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como *motivos o móviles de la conducta*.

Debiendo ahora matizarse en el sentido de la doctrina expuesta en la sentencia del Pleno de este Tribunal en la ya citada nº 677/2018 que relativiza esa referencia subjetiva al subjetivo propósito del autor.

Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de **la relación típica** prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como **manifestación objetiva de la discriminación** característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la **consciencia** de tal relación unida a la **voluntad** de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos.

CUARTO.- Hecho probado suficiente para estimar actuación delictiva motivada por razones de género.

En el hecho probado de la sentencia dictada en la primera instancia del asunto origen de esta casación, que, por otra parte, es admitido en su integridad por la sentencia dictada en apelación, objeto de este recurso de casación, se proclama, como expusimos más arriba: **a)** Que el acusado recurrente y la víctima *fueron pareja sentimental sin convivencia, desde el día 29/07/2014 hasta el 28/10/2016, aunque posteriormente a esta fecha siguieron «viéndose en alguna ocasión e incluso tuvieron relaciones sexuales»*; **b)** que el 27 de noviembre de 2016, en la ocasión que describe (viajaban ambos en un vehículo) el acusado obligó violentamente a la víctima a hacerle una felación; **c)** al llegar a una caseta el autor insultaba a la víctima *diciéndole «guarra, come pollas, hija de puta...» manifestándole entonces que quería irse, negándose a ello el procesado, momento en el que trató de marcharse, cogiéndola el procesado 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, a lo que ella se negó, y tras lanzarla sobre el sofá, le quitó el pijama, el procesado se quitó los pantalones y le quitó las bragas a xxx mientras ésta le pedía que no lo hiciera, diciéndole este «que harían lo que él quisiera, que para eso estaba y que no servía para otra cosa».

A lo que siguieron las demás actuaciones descritas en el hecho probado que damos por reproducidas en este lugar, transcrito en los antecedentes.

Es evidente que tal escenario y comportamiento implican objetivamente a situación de machismo origen de discriminación fruto de la cual son los actos atribuidos al acusado, relación y asimétrico estatuto que sin duda les constaba y que resultaron funcionales para el objetivo delictivo de su voluntad de agredir a la víctima con menoscabo de su libertad sexual.

Como ya hemos anticipado en el primero de los Fundamentos Jurídicos de esta sentencia, no era necesario proclamar una específica voluntad de reafirmar su hegemónica prevalencia, ni otro dato fáctico, o subjetivo diverso de los que tal relato deja constancia acreditada. De tal suerte que, sin otro debate que el meramente jurídico, que hemos resuelto en los precedentes fundamentos jurídicos en el mismo sentido que la sentencia recurrida en casación, cabía al órgano de la apelación revocar y dejar sin efecto la sentencia dictada en primera instancia.

Habiendo correctamente estimado ésta el recurso en su día formulado en apelación por el Ministerio Fiscal nos corresponde ahora rechazar el que en sentido contrario formuló ante nosotros el penado, rechazando sus dos motivos de casación (que pretenden ser único en el recurso).

QUINTO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

F A L L O

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 **D. Cristian Tortosa Olmo**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 29 de junio de 2018, que resolvía el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia.

Condenar al pago de las costas derivadas del presente recurso

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.

