

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

PROF. DR. SERGIO CÁMARA ARROYO

Prof. Titular de Derecho Penal y Criminología UNED

ARTÍCULO 60 CP

Imposibilidad de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al no apreciar en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este tipo de expedientes del artículo 60 CP será necesario, además de la asistencia letrada del interno, que se proceda a la audiencia o examen personal del interno por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

No existe un precepto en la LOGP que exija la celebración de un juicio o vista para resolver oralmente y no por escrito el expediente del artículo 60 CP. La circunstancia de que en la práctica algunos JVP convoquen a una comparecencia entre Fiscal, Letrado y forense no es sino una práctica procesal sin sustento o apoyo legal directo que no determine su ausencia la nulidad de lo resuelto.

Con ello, hay que tener en cuenta que se desestima el recurso interpuesto, pero a los efectos que interesan en cuanto al tema planteado *ex* artículo 60 CP y a los efectos de unificación de doctrina una tercera cuestión que se desprende de lo expuesto en este caso es la relativa a la comparecencia o vista con el Letrado y las restantes partes pasa por que el interno se encuentre allí y pueda ser oído.

(...) Cuando el JVP en cumplimiento del artículo 60 CP, acuerde la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y decrete la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, la audiencia del interno, que es sujeto y no objeto del procedimiento, parece obligada antes de la adopción de la medida.

Así: En el expediente del artículo 60 CP y con independencia de la decisión que haya finalmente de tomarse, resulta buena práctica acordar la necesaria audiencia o examen personal por el JVP del interno para valorar la necesidad de adopción de una medida en caso de suspensión de la prisión.

En las «conclusiones vigentes sistematizadas de encuentros de fiscales de vigilancia penitenciaria 2011-2023» (Fiscal.es) se acordó que:

«En el procedimiento debe garantizarse la contradicción, con audiencia del sujeto y nombramiento de letrado para su defensa. Además del informe médico del centro, se interesará el del médico forense sobre la concurrencia de los presupuestos del artículo 60 CP y la necesidad y tipo de medida de seguridad aplicable para garantizar la asistencia médica de la persona con trastorno mental sobrevenido».

La doctrina que al respecto se adopta, tal y como propone con acierto el Fiscal de Sala, es la siguiente:

En los expedientes del artículo 60 CP será necesario, además de la asistencia letrada del interno, que se proceda a la audiencia o examen personal del interno por el JVP.

(STS 680/2024, 27 de junio)

ARTÍCULO 76 CP

Supuesto de refundición de condenas: en caso de refundición de penas no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento, en consecuencia, los criterios para el cómputo son los siguientes: si consta la fecha de extinción de la condena dentro del conjunto de la acumulación jurídica, a ella debemos estar; segundo, en caso contrario puede partirse de la fecha de la firmeza de la Sentencia, adicionarle la duración de la pena impuesta, con reducción de la situación de preventivo, si constare, y sumarle el plazo de cancelación del artículo 136 CP y en tercer lugar, si nada de ello consta, ha de entenderse que falta un dato sustancial que es la fecha de extinción de la condena como dato para verificar el cómputo de la reincidencia, por lo que no se puede estimar aplicable tal circunstancia agravante

Con respecto a la acumulación jurídica, la regulación legal de la acumulación es parca, lo que obliga a una interpretación integradora

de la misma que debe mantener una orientación pro reo. Por ello, aunque el conjunto punitivo resultante de la acumulación jurídica de penas se tome legalmente en consideración como un bloque unitario de cara a la aplicación al penado de determinados beneficios (art. 78.1 CP), no puede partirse de esa premisa en su perjuicio en los aspectos que la norma no contempla.

El artículo 76.1 CP está orientado a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal (entre otras, SSTS 1249/1997; 11/1998; 109/1998; 328/1998; 1159/2000; 649/2004; 192/2010; 253/2010; 1169/2011; 369/2014 o 572/2016, de 15 de junio), y el silencio legal no puede sustentar una interpretación en perjuicio del condenado, como la que supone considerar con carácter general que el momento de extinción de todas las penas que componen el conjunto punitivo se retrasa hasta el límite total de cumplimiento, y con él el inicio del plazo de cancelación (art. 136). Es imprescindible examinar en cada caso los términos de la acumulación realizada. Pues el momento de extinción de algunas de las penas integradas en la misma podrá ser perfectamente individualizado, en particular el de las más graves, que por ello se ejecutarán materialmente primero según el orden que determina el artículo 75 CP. Habrá otras que solo resulten parcialmente cumplidas de manera efectiva, e incluso puede que algunas, por exceder del límite máximo de cumplimiento fijado, queden extinguidas por efecto de la acumulación sin ni siquiera haberse iniciado su cumplimiento real. Para estas últimas y para las que solo se cumplan en parte, esa fecha límite marcará la de su extinción por cumplimiento, pero no para todas las restantes.

Señala la jurisprudencia que «La solución que apunta la [parte] recurrente aporta criterios de certeza, pero se aparta de la necesaria orientación pro reo en la medida que dilata el inicio del plazo de cancelación de todas las penas jurídicamente acumuladas, con lo que se llega a lesionar derechos adquiridos por el penado en relación con el mismo. Porque es evidente que algunas de las penas, y desde luego la de mayor duración, se han cumplido antes de alcanzar el límite máximo que la triplica. Y una vez cumplida de manera efectiva, no existen razones fundadas para entender que no hace nacer un plazo de cancelación respecto al antecedente que integra. Plazo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 136, solo se interrumpe por la comisión de un nuevo delito. Sin olvidar que incluso la doctrina de esta Sala desde el Pleno de 8 de mayo de 1997 referido al artículo 70 CP de 1973, y más recientemente mantenida en las SSTS 297/2008, de 15 de mayo; 434/2013, de 23 de mayo, o 172/2014, de 5 de marzo, referidas ya al CP de 1995, ha admitido que se

incluyan en la acumulación que se realiza con base en el artículo 76.1 CP penas que ya habían sido cumplidas y respecto a las que produjo el licenciamiento definitivo, porque el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. Siempre partiendo de una orientación en beneficio del reo que no puede tornarse en su contra haciéndole perder un derecho en cuanto al inicio del cómputo de cancelación que ya ha adquirido. Y ese análisis individualizado se impone en mayor medida en relación con la agravante de reincidencia. La acumulación aglutina condenas que dimanan de infracciones heterogéneas vinculadas por un elemento de conexión cronológica –que dimanan de hechos que, atendiendo al momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado en un solo proceso–. Sin embargo, de cara a la reincidencia solo serán efectivas las condenas por delitos incluidos en el mismo título del CP y de la misma naturaleza. Diferenciación que abona el tratamiento diferenciado de las condenas eficientes para conformar la agravación. Y en los casos en que no sea posible realizar ese análisis particularizado, necesariamente habremos de acudir como fecha de extinción a la de firmeza de la sentencia.

Esta doctrina resulta de la STS 885/2016, de 24 de noviembre, y de la STS 694/2017, de 24 de octubre. También hemos dicho (STS 620/2023, de 17 de julio, reproduciendo la STS 495/2015, de 29 de junio) que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que sean relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Y en lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTS 857/2016, de 11 de noviembre o 217/2016 de 15 de marzo, han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones, por lo que no puede acudirse al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo.

(...) En consecuencia, el Pleno de la Sala acuerda la siguiente doctrina legal: en caso de refundición no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento; en consecuencia, los criterios para el cómputo son los siguientes: si consta la

fecha de extinción de la condena dentro del conjunto de la acumulación jurídica, a ella debemos estar; segundo, en caso contrario puede partirse de la fecha de la firmeza de la Sentencia, adicionarle la duración de la pena impuesta (con reducción de la situación de preventivo, si constare) y sumarle el plazo de cancelación del artículo 136 del Código Penal, y en tercer lugar, si nada de ello consta, ha de entenderse que falta un dato sustancial que es la fecha de extinción de la condena como dato para verificar el cómputo de la reincidencia, por lo que no se puede estimar aplicable tal circunstancia agravante.

Por consiguiente, al no constar tales datos, o bien resultarle favorable el aludido cómputo, que arroja la cancelación del antecedente cuestionado, el motivo será estimado en lo referente al delito de robo intentado, del que no puede ser considerado antecedente la Sentencia de 29-03-1995 para ser tenido como reincidente al acusado.

Distinto el caso del delito continuado de hurto, en el que concurren dos agravantes, pues, aunque suprimiéramos la de reincidencia, no tendría practicidad alguna, toda vez que la pena imponible sería la misma. Recordemos que se le han impuesto 15 meses de prisión, sobre la base de una penalidad de 6 meses a 18 meses, que, con la continuidad delictiva, obliga a individualizar la pena en su mitad superior (pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado), esto es, una cuantía correspondiente entre 12 y 18 meses, por lo que, al concurrir, al menos una agravante (art. 66.1.3.^a), debería imponerse en la mitad superior, entre 15 y 18 meses, y al concretarse en 15 meses, ninguna infracción legal se ha cometido.

(STS 265/2024, 18 de marzo)

ARTÍCULO 139 CP

Asesinato. El acusado, tras una discusión con su pareja, y actuando con la intención de acabar con su vida causándole el mayor dolor posible, la roció de gasolina y a continuación le prendió fuego, causándole quemaduras de tercer grado en el 96% del cuerpo que determinaron su fallecimiento. Ensañamiento. Aumento del dolor causado con actos innecesarios a la ejecución del delito. Crueldad innecesaria e intención de causar sufrimientos brutales e intensos. El acusado buscó de propósito causar mucho más sufrimiento a la víctima y no realizó actos posteriores que trataran de mitigar el dolor que sufrió. Cualquier persona conoce los efectos del fuego y el gran dolor que causan las quemaduras superficiales, de manera que elegir como medio de agresión un líquido inflamable y rociar con él a la víctima

no sólo es un medio eficaz para causar la muerte sino para provocar un intenso dolor físico. Abuso de superioridad. Importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor que redujo las escasas posibilidades de defensa de la víctima ante un ataque tan brutal. Ambos estaban solos en la vivienda; la mujer fue rociada de gasolina, lo que pudo reducir notablemente su visión; la mujer no tenía ningún mecanismo de defensa, lo que concuerda con que el agresor no presentara herida alguna derivada de una posible pelea previa

La acción homicida fue ejecutada mediante una sucesión de actos que evidenciaban la voluntad de dar muerte a la mujer causándole un gran dolor, como rociar de gasolina dos veces, de forma sucesiva, antes de prenderle fuego y, de otro, que fue irrelevante a efectos de la apreciación de ensañamiento que el acusado al final del proceso rociara con agua a la víctima.

En relación con esto último señala con acierto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que el hecho de que el autor pudiera comoverse del sufrimiento de la víctima en el momento terminal no excluye la agravación. La sentencia destaca como un dato relevante que el acusado llamara a los servicios de emergencia antes de apagar el fuego, ya que si su intención fuera la de evitar el sufrimiento debería haber procedido a la inversa. Pero más allá de este dato hay otro más relevante que se deduce de la prueba practicada en el juicio. Los policías y sanitarios que llegaron al lugar vieron un charco de agua debajo de la silla en la que estaba la víctima pero no hay ninguna prueba, y tampoco se alude a ello en el recurso, que acredite que el autor después de prender fuego a la mujer tratara de apagarlo de forma inmediata. Ni en la inspección ocular, ni en el testimonio de los agentes que la hicieron, ni en los policías y sanitarios que acudieron al lugar observaron evidencia alguna de que dentro de la vivienda hubiera restos de agua en el suelo, enseres o paredes, de lo que se deduce que el agua que apareció en el jardín, debajo de la silla en la que se situó finalmente la mujer, fue aplicada en el momento terminal cuando la mujer ya había sufrido los devastadores efectos del fuego. Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, cualquier persona con inteligencia media o baja conoce los efectos del fuego y el gran dolor que causan las quemaduras superficiales, de manera que elegir como medio de agresión un líquido inflamable y rociar con él a la víctima no sólo es un medio eficaz para causar la muerte sino para provocar un intenso dolor físico.

(...) Al margen de lo anterior, conviene precisar que el artículo 139.3.º del Código Penal se refiere al ensañamiento como agravante

específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». Por su parte, el artículo 22.5.^a, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». La única diferencia entre ambas definiciones legales es que el artículo 139.3.º CP prescinde del requisito de la innecesariedad del aumento del dolor.

Toda muerte violenta supone dolor y sufrimiento físico y psíquico para la víctima por el que el sentido o justificación de esta agravación reside en que el sujeto activo no sólo busca matar, sino que quiere hacer sufrir a la víctima de modo cruel. Se ha descrito esta forma comisiva como una maldad de lujo.

En esa dirección la doctrina de esta Sala viene exigiendo para la apreciación del ensañamiento como circunstancia que cualifica el asesinato dos elementos: Uno objetivo, constituido por la causación de males que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima, y que son objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico. Pueden proceder de actos de tortura previos a los que directamente causan la muerte, o bien, de una determinada forma de causarla que añade sufrimiento a la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe actuar de modo consciente y deliberado, para lo cual es suficiente que pueda afirmarse que sabía que con esa forma de actuar necesariamente aumentaba el sufrimiento de la víctima. No es preciso, por lo tanto, que exista frialdad de ánimo, ni tampoco que la acción vaya dirigida directa y exclusivamente a la causación de mayor dolor (STS 477/2017, de 26 de junio, por todas).

El motivo obliga a determinar si la muerte causada mediante fuego permite apreciar ensañamiento. A tal fin conviene hacer referencia a los precedentes legislativos entre los que destaca el artículo 406 del derogado Código Penal de 1973, en el que se preveía como circunstancia que cualificaba el asesinato el empleo de determinados medios de peligro común como la inundación, incendio, veneno o explosivo y también otro medio revelador de una especial perversidad del autor, el ensañamiento.

El Código Penal de 1995, vigente en la actualidad, simplificó la tipificación del asesinato, excluyendo los medios a que antes nos hemos referido y limitando su apreciación en caso de alevosía, precio recompensa o promesa y ensañamiento, pero en este último supuesto sin hacer alusión a la exigencia de la innecesariedad del mal, a diferencia de lo que se exige en la circunstancia agravante genérica del artículo 22.5.^a CP.

Aun cuando la doctrina de esta Sala viene exigiendo para apreciar el ensañamiento que el mal causado sea innecesario para alcanzar el resultado típico, este requisito se cumple no sólo cuando se ejecuta la muerte adicionando sufrimientos innecesarios para alcanzar el resultado mortal (torturas previas, amputaciones o puñaladas realizadas antes de la puñalada que ocasiona la muerte, etc.), sino también cuando se utiliza intencionalmente un medio que va a causar a la víctima sufrimientos muy intensos y brutales. Así puede ocurrir en el caso en que se utiliza el incendio para dar muerte a la víctima buscando con ello causar un dolor que excede del que es connatural a otras formas de muerte violenta.

Con ello no se pretende la reintroducción del incendio como un medio comisivo que en todo caso cualifique el homicidio en asesinato. No toda muerte causada mediante fuego conlleva la apreciación de ensañamiento. Sólo en los casos en que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, se utiliza el fuego para aumentar el dolor de la víctima, cabrá apreciar la agravación, tal y como previene en puridad el artículo 139.3 CP que sólo exige que el autor se represente que con su acción aumenta inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido.

En este caso el empleo del fuego para causar la muerte se produjo en unas circunstancias singulares que permiten apreciar el ensañamiento. Se roció a la víctima para que ardiera como una antorcha, como gráficamente ha descrito el Ministerio Fiscal en su informe, el prendimiento de fuego se produjo en una dependencia de la casa y la víctima, ardiendo, se trasladó a otra donde siguió ardiendo sin perder el conocimiento durante todo el tiempo en que el fuego producía sus efectos devastadores, causando quemaduras de tercer grado en prácticamente toda la superficie corporal.

Entendemos que el medio empleado y la forma en que se produjo la muerte son decisivos para apreciar la existencia de ensañamiento porque evidencian, no sólo la voluntad homicida, sino una crueldad innecesaria y la decidida intención de causar sufrimientos especialmente brutales e intensos.

(...) Las circunstancias de la agresión determinaron, a juicio del Tribunal del Jurado, una reducción notable de las posibilidades de defensa de la víctima, lo que justifica la apreciación de la agravante.

En efecto, el abuso de superioridad exige una situación de preeminencia, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad

medial), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes (superioridad personal).

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1157/2006, de 10 de noviembre; 574/2007, de 30 de 3 mayo; 973/2007, de 19 de noviembre; 76/2009, de 4 de febrero; 479/2009, de 30 de abril; 889/2009, de 15 de septiembre y 325/2021, de 22 de abril, entre otras muchas), la circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos:

1.º Que se produzca una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2.º Que esa superioridad ha de ser tal, que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso, la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3.º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4.º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Se trata de una circunstancia agravante predominantemente objetiva que debe apreciarse cuando se produzca una evidente desproporción entre la situación del autor y la víctima que sea aprovechada por aquél para reducir de forma notable las posibilidades de defensa.

En este caso el tribunal del jurado excluyó la apreciación de alevosía porque la víctima no tuvo totalmente bloqueadas las posibilidades de abandonar el lugar pero, en cambio, apreció que sus posibilidades de defensa se redujeron de forma muy intensa (...).

El acusado y víctima estaban solos en la vivienda; la mujer fue rociada de gasolina lo que pudo reducir notablemente su visión; la

mujer no tenía ningún mecanismo de defensa lo que concurra con que el agresor no presentara herida alguna derivada de una posible pelea previa y la agresión se produjo en el distribuidor, junto a la cocina y el dormitorio, de pie y enfrente del acusado.

(STS 396/2024, 14 de mayo)

ARTÍCULO 140 CP

Asesinato. Acusada que hizo que la víctima inhalara gas butano para después asfixiarle con un cordón de zapato, no sin antes propinarle golpes que le causaron distintas lesiones para vencer la escasa resistencia física que opuso atendida su cuasi inmovilidad, neutralizando los riesgos que para la autora pudieran derivarse de las posibilidades de defensa, sin que el fallecido hubiera mostrado su decisión de que se le causara la muerte debido a la deficiente situación física que padecía. Víctima especialmente vulnerable por discapacidad: compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento por la especial vulnerabilidad de la víctima y la hiperqualificación del artículo 140.1 circ. 1.ª CP de persona especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad

El plan de acción, además de resultar objetivamente idóneo para obtener el resultado buscado, neutralizó, hasta la irrelevancia normativa, los riesgos que para la autora pudieran derivarse de las posibilidades de defensa de la víctima.

Como de forma reiterada se ha pronunciado este Tribunal de casación, «el mayor desvalor de la acción alevosa se funda en la ventaja ejecutiva que proporciona al acusado el medio por él elegido para acabar con la vida de su oponente. De ahí que la agravación no necesite como presupuesto aplicativo la absoluta inmovilización de la víctima, la ausencia de toda capacidad de movimiento físico por parte de quien, en ese momento y en una situación de notoria desigualdad, está siendo objeto de un ataque directamente encaminado a privarle de la vida» –*vid.* SSTS 814/2020, de 5 de mayo; 721/2021, de 24 de septiembre; 34/2022, de 19 de enero; 421/2022, de 28 de abril.

La eliminación de toda posibilidad de defensa, como presupuesto objetivo de apreciación de la alevosía, reclama una valoración normativa de las posibilidades situacionales de las que disponía la víctima para desplegar una defensa mínimamente eficaz. Lo que resulta compatible con intentos defensivos de autoprotección frente al ataque que, al tiempo, carecen de toda idoneidad para poner en peligro la vida o la

integridad física del agresor y evitar la acción homicida –*vid.* STS 218/2022, de 9 de marzo; 980/2022, de 21 de diciembre–.

En el caso que nos ocupa, los hechos probados describen que el Sr. Florentino carecía de movilidad en sus extremidades inferiores, no podía tenerse en pie por sí solo, no coordinaba adecuadamente los movimientos de las extremidades superiores y presentaba debilidad muscular y temblores, utilizando para sus desplazamientos una silla de rueda eléctrica.

Además, sufría parálisis o ataxia de centros nerviosos que dificultaban la articulación de palabras o sonidos. Y es obvio que, atendido dicho estado físico, Florentino carecía de toda posibilidad de defensa mínimamente eficaz frente al plan homicida.

Tanto en su primera fase de ejecución –cuando la recurrente intentó intoxicarle, dentro del vehículo, con gas butano– como, después, –cuando le estranguló con un cordón hasta causarle la muerte–, estuvo presente la alevosía –la ventaja comisiva, abarcada por el dolo, que supone aprovecharse de la imposibilidad de la víctima de defenderse de la injusta agresión.

Cuesta imaginarse lo que debió sentir el Sr. Florentino al apercebirse de que su esposa buscaba acabar con su vida –primero, haciendo que inhalara gas y, después, estrangulándole–, sin poder oponer la más mínima resistencia más allá de algunos gestos de autoprotección. Gestos que propiciaron la reacción violenta de la recurrente, golpeándole en la mandíbula, en la cavidad torácica izquierda, en la región parietooccipital y en la espalda.

(...) En el caso, el juicio normativo del Tribunal Superior, que le lleva a imponer a la hoy recurrente la pena de prisión permanente revisable, se ajusta, en términos incuestionables, a la doctrina estabilizada de esta Sala que descarta la infracción del principio de prohibición de doble valoración establecido en los artículos 4 del Protocolo 7.º al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 50 CDFUE y 9 y 24, ambos, CE cuando la aplicación de la cláusula de agravación del artículo 140 1.1.º CP recaiga sobre supuestos de muerte alevosa en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima.

En efecto, como sosteníamos en la STS 36/2023, de 26 de enero, de la que también se hace eco la sentencia recurrida, «este principio comporta que el juez no pueda castigar un solo hecho de forma agravada si el fundamento de la agravación radica en un elemento previo de ese mismo hecho ya valorado. La prohibición, cuyo fundamento también se nutre del principio de culpabilidad por el hecho, supone que no pueda tomarse en cuenta un mismo elemento como circunstancia conformadora del tipo penal y, al tiempo, como causa concurrente

de agravación mediante el juego de las circunstancias genéricas contempladas en el artículo 22 CP. Se impide, a la postre, que un mismo hecho sea valorado como término típico y como circunstancia agravante, porque las exigencias de tipicidad imponen que un elemento que configura el género en su forma abstracta no pueda al mismo tiempo caracterizar a la especie en su forma concreta.

En el ámbito de la determinación de la pena lo que la regla de inherencia o de prohibición de la doble valoración del artículo 67 CP viene a resolver, mediante la fórmula de la consunción, es un concurso aparente de normas entre una circunstancia agravatoria genérica y la figura delictiva que la incorpora expresamente a su estructura típica.

Ahora bien, lo anterior no implica que la circunstancia de agravación tomada en cuenta para la conformación del tipo no pueda también desplegar efectos agravatorios en la determinación de la pena aplicable sin lesionar el principio de prohibición de la doble valoración. Ello será posible cuando su consideración contribuya de forma esencial a la caracterización especial del hecho particular dentro del grupo del delito del que forma parte. De tal modo, si aporta una especificidad –un *cuño de individualización*, se precisa por la doctrina– en la forma en que se ejecutó el hecho o en su gravedad, ese «*aliud*» prestará fundamento material a la cualificación punitiva del delito. De contrario, si dicha circunstancia no aporta nada nuevo en la desvalorización del supuesto concreto, carecerá de toda razón de ser que pueda utilizarse para fundar la plusagravación de la pena.

Pues bien, en el caso, se identifica con toda claridad ese «*aliud*» cualificante. No se castiga más porque se tome en cuenta la alevosía como elemento del tipo y, al tiempo, como determinante de la agravación punitiva del resultado. No estamos ante un supuesto de «doble alevosía». Sin perjuicio de la –mejorable– técnica legislativa con la que se redactó el tipo del artículo 140.1.1.º CP, lo que funda la agravación penológica es que la acción alevosa que determina la calificación del delito como asesinato recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores –por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad– que le hacen merecedora de una mayor protección. Lo que comporta, como consecuencia, que esa concreta muerte alevosa incorpore una mayor tasa de antijuridicidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche más grave.

La circunstancia alevosa de producción en estos supuestos aporta una específica gravedad que determina, por opción del legislador, una respuesta penal más severa frente al resto de muertes alevosas que se engloban en el grupo de conductas abarcadas por el tipo general el artículo 139 CP.

La doctrina de este Tribunal, reforzada por la Sentencia de Pleno Jurisdiccional 585/2022, de 14 de junio, es clara al afirmar la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento por la especial vulnerabilidad de la víctima y la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP. No hay «*bis in idem*» sino, en los términos precisados en la STS 701/2020, de 16 de diciembre, un legítimo «*bis in altera*».

Como se afirma en la STS 367/2019, de 18 de julio, de la que se hace eco la STS de Pleno referida, «la consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia».

De acuerdo con esta idea, el artículo 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 139.1, esto es, la muerte de una persona con una intensa discapacidad física ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección.

De tal modo, la muerte alevosa de una persona especialmente vulnerable por su discapacidad –que, en el caso, le impedía toda movilidad– siempre será más grave que la muerte alevosa de otra persona no especialmente vulnerable que es asesinado, por ejemplo, mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le nublan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el artículo 67 del CP. –*vid.* en el mismo sentido, SSTS 367/2021, de 30 de abril; 704/2021, de 19 de septiembre; 719/2021, de 23 de septiembre–.

Opción del legislador por el mayor castigo en atención a necesidades de especial protección a favor de determinadas personas o colectivos sociales que no es ni mucho menos ajena a la estructura del Código –*vid.* los delitos contra la libertad sexual de menores de 16 años y de personas especialmente vulnerables o determinados delitos cometidos contra la mujer cuando el victimario hombre es o ha sido su pareja–.

19. En el caso, atendida la especial vulnerabilidad de la víctima vinculada a su grave e intensa discapacidad, la imposición de la pena de prisión permanente revisable se ajusta a los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad precisados en la norma, descartándose toda infracción del principio de doble valoración.

(STS 82/2024, 25 de enero)

ARTÍCULO 140 CP

Asesinato de un menor de edad. Prisión permanente revisable. Alevosía de desvalimiento: tras dar a luz a su hijo vivo tras embarazo a término, tras intentar abortar con medicamentos hasta en dos ocasiones, le arranca el cordón umbilical, lo envuelve en dos bolsas de plástico a las que quita el aire y lo abandona en un contenedor. Indulto Parcial. Sustitución de la prisión permanente por una pena privativa de libertad que supere la que correspondería al concurso de los delitos de aborto intentado y homicidio por imprudencia, pero sin sobrepasar los veinte años de asesinato

(...) que la acusada abordara el consumo de un medicamento con el que en ocasiones anteriores se había interrumpido su embarazo y que lo hiciera con la patente finalidad de poner término a su gestación, ignorando que podía propiciar un adelanto del parto dado el nivel de desarrollo del embarazo, refleja un comportamiento inicialmente ajustado a la antijuridicidad contemplada en el tipo penal del aborto.

Evidentemente la acusada fue finalmente consciente de que la criatura había nacido viva y, con ese conocimiento, abordó el comportamiento homicida por el que ha sido condenada, pero el Tribunal percibe que la desviación intencional acaeció en unas circunstancias límite que condicionaron la evaluación de sus actos y el análisis de la dimensión del bien jurídico que realmente lesionaba, afectando con ello al desvalor de su acción. En concreto, su comportamiento se desarrolló inmediatamente después de pasar por los dolores de un parto, carente ella de toda asistencia y en un contexto en el que su nueva determinación delictiva se simultaneó con la voluntad de ocultar su responsabilidad, así como con la necesidad de atender a su propia supervivencia y reclamar el socorro que se exigía para superar la fuerte hemorragia que sufrió y que obligó a su inmediato traslado al hospital por los servicios de emergencia.

Estas circunstancias, perceptiblemente alejadas de las que normalmente rodean las conductas contempladas en el artículo 140.1.1.^a del Código Penal y que usualmente determinan el grave reproche penal contemplado por el legislador en ese precepto, comporta que el Tribunal sea favorable a que pueda concederse a la acusada un indulto parcial de la pena privativa de libertad impuesta.

Es evidente que la pena a cumplir no puede ser equivalente a la que ofrece el concurso de un delito intentado de aborto y un delito imprudente de homicidio, pues la intencionalidad del comportamiento que se enjuicia y la indefensión del menor se oponen a ello, pero con-

sidera el Tribunal que una pena privativa de libertad que supere la punición del concurso delictivo expuesto y que no sobrepase los veinte años del artículo 139.1 del Código Penal con agravante de parentesco, puede resultar equitativamente adecuada al supuesto enjuiciado.

(STS 846/2024, 9 de octubre)

ARTÍCULO 146 CP

Aborto Imprudente. Estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que condenó por delito de homicidio por imprudencia grave profesional en concurso de ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave profesional. Comadrona que no interpretó adecuadamente el registro cardiográfico que daba signos inequívocos de sufrimiento fetal y que aplicó oxitocina, pese a no estar indicada por el número de contracciones que presentaba la paciente y su no suspensión en ningún momento, no avisando, en consecuencia, al ginecólogo para que valorase la realización de una cesárea urgente, produciéndose la rotura parcial del útero y resultando la muerte del feto. El médico se dio cuenta que el feto ya estaba muerto en el seno de la madre, aunque se certificó la muerte cuando el mismo ya estaba fuera, siendo la causa real de la muerte la hipoxia fetal extrínseca o asfixia fetal

El recurrente entiende que hubo, en todo caso, aborto, y no homicidio imprudente. (...) Hay que hacer constar que el médico se dio cuenta que el feto ya estaba muerto en el seno de la madre. Fue, por ello, aborto imprudente, y no homicidio imprudente.

En el presente caso el *factum* determina que La causa de la muerte del feto, que no presentaba malformaciones externas ni internas y tenía un adecuado desarrollo para la edad gestacional, fue hipoxia fetal extrínseca (no causada por una malformación o un problema fetal intrínseco) o asfixia fetal.

Por ello, la circunstancia de que se certifique la muerte cuando el feto ya está fuera ello no determina que estemos hablando de un homicidio imprudente en lugar de hacerlo de un aborto imprudente. Porque, en realidad, los hechos probados describen que «El feto, una niña, nació en parada cardiorrespiratoria y tras 10 minutos de manobras de reanimación falleció a las 19:32 horas».

Quiere esto decir que la real causa de la muerte fue por hipoxia fetal extrínseca, y se llevara a cabo lo que se llevara a cabo cuando

estaba fuera el feto el origen estaba en el momento en que era feto con un vínculo causal que se desprende y consta en los hechos probados.

En el presente caso lo que se modifica es el sujeto pasivo del delito, ya que en la condena por aborto es el feto, y, también, la mujer embarazada, mientras que en la condena por homicidio imprudente lo era el ser nacido ya, y lo que los hechos probados refieren con constancia y reiteración, como apunta el recurrente, es del «feto» (...).

Aunque la mayoría doctrinal recuerda que en los delitos contra la vida, sea independiente o dependiente, coinciden el sujeto pasivo (sea feto o ya nacido) (que es el titular del bien jurídico protegido) y el objeto material (el cuerpo sobre el que recae la acción).

Incide, así, la doctrina que el delito de homicidio es el punto de referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente mientras que el delito de aborto regulado en los arts. 144 y siguientes constituye el referente de los delitos contra la vida humana dependiente.

Se puede afirmar, también, que hay vida independiente y, por tanto, objeto material del delito de homicidio cuando la expulsión ha llegado a un punto en el que es posible matar directamente a la criatura, sin intervenir sobre el cuerpo de la madre, existiendo aborto hasta ese momento.

De esta manera, se incide en que la decisión de criminalizar el aborto imprudente, resolviendo la vieja polémica doctrinal, conlleva que esta conducta no sólo afecta al bien jurídico vida humana, sino que al mismo tiempo frustra las legítimas expectativas de la mujer embarazada, dando lugar así a un hecho de la suficiente gravedad como para hacerse merecedor de sanción penal.

No se habla en ningún caso en la sentencia de la muerte del nacido, sino de la muerte del feto, porque eso es lo que describen los hechos probados, sin que ninguna indefensión pueda predicarse de la circunstancia de la condena por delito de aborto imprudente en lugar de homicidio imprudente (...).

Hay que tener en cuenta que no se pueden establecer *a priori* criterios diferenciadores para acudir a entender que hay homicidio o aborto y habrá que acudir a las circunstancias de cada caso, – aunque en supuestos similares siempre es aconsejable la acusación por ambos tipos penales al objeto de poder comprobar tras la prueba de qué tipo concreto se trata–, pero la mejor doctrina apunta que resultará decisiva la dirección objetiva *ex ante* de la conducta.

Así, se señala que si *ex ante* la acción es adecuada para destruir la vida del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, deberá aplicarse el régimen jurídico propio del aborto, con independencia de que la muerte tenga lugar, finalmente,

varios días o incluso semanas después. Es necesario, en suma, que el retraso de dicha muerte sea meramente circunstancial o casual, esto es, consecuencia de la gran resistencia física opuesta por el feto, de la relativamente ineficaz acción ejecutada por el autor. No se trata, pues, tanto si la muerte se produce fuera del claustro materno, sino el análisis del origen.

Así, en el caso que ahora estamos analizando resulta evidente que tiene gran importancia y relevancia el origen *ex ante* a la expulsión del feto como causa directa de la muerte, lo que determina que se trate de aborto y no de homicidio.

Con ello, la mejor doctrina apunta que el elemento decisorio es la previsibilidad objetiva: cuando, desde una perspectiva *ex ante*, la ejecución de la acción prenatal sea adecuada para producir la muerte del feto, bien en el interior del claustro materno, bien mediante su expulsión prematura, será aplicable el delito de aborto, con independencia de que el resultado, casual o circunstancialmente, se produzca después del nacimiento. Sin embargo, si la muerte no se manifiesta como una consecuencia residual de una acción prenatal cuyo resultado circunstancialmente se retrasó estaríamos ante un homicidio.

El «*factum*» en este caso nos lleva a la conclusión, como planteaba subsidiariamente el recurrente, a un delito de aborto imprudente y no de homicidio imprudente.

Por otro lado, los matices que diferencian la tipificación en uno y otro caso son determinantes de que se opte por una y otra calificación ante unos mismos hechos, no siendo tan relevante, como vemos, que la muerte se produzca fuera del claustro materno si existe un origen *ex ante* determinante de la muerte fuera.

(...) En cualquier caso, en el aborto imprudente y el homicidio imprudente la clave está en la conducta imprudente, esto es, en la acción carente de la mínima diligencia y prudencia exigible que atrae la imprudencia grave y que en este caso queda probado un efecto «*ad intra*» al afectar directamente al feto como consta en la redacción de hechos probados, más que una afectación «*ad extra*» o extra claustro de la madre, por cuanto aunque fallezca cuando estaba fuera, la certificación de la muerte en ese momento no atrae la tipificación de homicidio imprudente, cuando el origen lo es *ex ante*, como consta en los hechos probados a los que nos remitimos.

En consecuencia, la conducta es de imprudencia grave y al ser el origen y manifestación de la misma «*ad intra*» se trata de aborto. Si lo fuera en la acción imprudente «*ad extra*» lo sería como homicidio. Además, de que la certificación de la muerte no atrae la condena como homicidio, como ya hemos precisado.

Además, en cuanto al bien jurídico protegido en ambos casos es la vida. Nada más que en el aborto es la vida humana prenatal o dependiente, a diferencia de la vida enteramente formada y postnatal, como apunta la mejor doctrina.

(STS 817/2024, 2 de octubre)

ARTÍCULO 181 CP

Dolo del autor: es suficiente que la acción, en sí misma, sea de significado sexual, sin necesidad de que concurra el denominado «ánimo libidinoso»

(...) Si la discusión está en que para la apreciación de un delito como el que nos ocupa es que quede constancia expresa en los hechos probados de lo que viene definiéndose como «ánimo libidinoso», hay ya una asentada jurisprudencia de esta Sala que no lo considera necesario, si el acto, en sí mismo, encierra una propia significación sexual, porque ni siquiera lo exige el tipo contemplado en el artículo 181 CP, que solo precisa la realización de «actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona».

Así lo venimos manteniendo, por cuanto que su contenido objetivo se concreta en la realización de actos de inequívoco carácter sexual realizado por una persona contra otra que no consiente, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, pues con ello queda afectada su intimidad y su indemnidad sexual, entre cuyos actos de alcance sexual hay que incluir, sin duda, como es el caso, una palmada en la nalga de la víctima sin que ésta lo consintiera, que en eso se concreta el elemento objetivo de inequívoco significado sexual para llenar el tipo.

En este sentido, en STS 428/2023, de 1 de junio de 2023, decíamos:

«No desconocemos la existencia de una jurisprudencia ya superada que venía a considerar como falta de las antiguas vejaciones leves determinados hechos de menor entidad, como besos o tocamientos efectuados de forma rápida y fugaz en los senos, genitales o glúteos, pero la cuestión aparece zanjada en la más reciente jurisprudencia, y en la STS 396/2018, de 26 de julio, se abordaba la problemática para diferenciar la vieja falta del derogado artículo 620.2 CP, del delito de abuso sexual del artículo 181 CP, entre cuyas consideraciones se decía que «cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido

con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.»

Con todo, el tipo no exige otro elemento subjetivo específico más, que, a veces, se ha expresado con la identificación de unos ánimos lascivo, lúbrico o libidinoso, sino que, como delito contra la libertad, requiere, en su tipicidad subjetiva, el dolo, entendido, en su acepción clásica, como conocimiento y voluntad de agredir la libertad sexual o la indemnidad de una persona, sin necesidad de que se concrete en un ánimo lúbrico o libidinoso, que no viene requerido por la tipicidad, de manera que, en cuanto se trata de un acto de contenido sexual realizado de manera consciente y voluntaria, se está hablando de una actuación atentatoria a la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido, a tenor del Título VIII del Libro II CP».

(STS 489/2024, 29 de mayo)

ARTÍCULO 181 CP

Stealthing: relaciones sexuales con consentimiento viciado por un engaño provocado por el sujeto activo que, pese a lo convenido, elude el uso de preservativo. Lesiones por contagio de una enfermedad sexual: dolo eventual

El tratamiento penal del conocido como *Stealthing*, en una primera aproximación, suscita, en efecto, dos formas de abordaje:

- a) Determinar si el consentimiento sexual obtenido mediante una argucia o engaño rellena la tipicidad del artículo 181 (o la del actual artículo 178.1).
- b) Indagar si en supuestos como el analizado se puede hablar de «consentimiento» respecto del concreto acto sexual realizado, desde la estricta perspectiva de la libertad sexual, que es el bien jurídico protegido.

El primero de los interrogantes merece una respuesta negativa. En ello viene a concordar la más autorizada doctrina nacional, aunque no falten algunas prestigiosas voces académicas discrepantes.

No son actos típicos, por existir anuencia, aquéllos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual.

Cuando el Código habla en estos preceptos de consentimiento lo hace en su sentido débil, según expresiva terminología manejada por algún estudioso; es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión esté viciada por un conocimiento errado de la realidad provocado o aprovechado por el otro sujeto. Consentir es sencillamente aceptar; no aceptar libre, e informadamente y con conocimiento de todos los factores y circunstancias concernidas. Estos preceptos (arts. 178 y ss. CP), a diferencia de otros, no incluyen una referencia a un consentimiento obtenido por engaño (*vid.*, v.gr., el artículo 177 bis o, singularmente, el artículo 144.2 CP: el legislador prevé expresamente el consentimiento obtenido a través de un engaño; lo que no hace en el actual artículo 178, ni hacía en el precedente 180). Cuando la ley quiere referirse a un consentimiento plenamente informado, libre de error, lo aclara normalmente de forma taxativa: artículo 156 –consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido–. Cuando solo habla de consentimiento, sin más calificativos, piensa ordinariamente en ese sentido débil.

Justamente por eso, el reformado artículo 178 CP estaría incompleto si junto al primer párrafo que enuncia la ausencia de consentimiento, no especificase que quedan asimilados aquéllos supuestos en que media violencia o intimidación (consentimiento arrancado coactivamente), o prevalimiento de superioridad (consentimiento no libre por concurrencia de una presión o ascendiente). Si se entendiese de otra forma, sobraría esa especificación.

En la misma línea, se ve obligado a tipificar expresamente los abusos sexuales sobre menores, aunque carezcan de capacidad legal para consentir y, por tanto, no pueda hablarse de consentimiento libre. Es más, en el seno de tal tipicidad (art. 181 actual) diferencia implícitamente entre algunos casos en que media consentimiento (entendido como simple aceptación o anuencia) y otros en que no lo hay. Aunque, ciertamente, la autonomía de las tipicidades del artículo 181 CP obedece también a razones de diferenciación punitiva. Aún con esa aclaración, una y otra consideración confluyen erigiéndose en señal inequívoca de que esa expresión –consentimiento se está usando como equivalente a aceptación; no como consentimiento totalmente libre (*vid.* art. 183 bis que, por el contrario, sí adjetiva), y no aquejado por algún vicio del conocimiento.

Las relaciones sexuales en que el consentimiento se ha obtenido mediante un engaño solo estaban tipificadas como abuso sexual en el

artículo 182 CP (abuso fraudulento de menores) cuando la edad de la víctima se movía entre 16 y 18 años. Tal tipicidad ha sido suprimida por la reforma de 2022, lo que significa necesariamente que se ha despenalizado esa conducta.

No podía considerarse, absurdamente, que estábamos ante un tipo privilegiado de conductas incardinables en los preceptos generales (ausencia de consentimiento), pero con un desvalor inferior por mediar engaño y tratarse de menores!

La decisión legislativa (suprimir el artículo 182) no puede implicar desplazar a los tipos genéricos todas las relaciones sexuales en que se ha logrado la anuencia mediante algún artificio o engaño, por muy determinante que sea éste; es decir, aunque exista constancia clara de que no se hubiese accedido a ese trato sexual de conocer la realidad que se ocultó o desfiguró intencionadamente.

El engaño sobre el propio estado civil (dice ser soltero/a), sobre las condiciones personales (simula ser un famoso), sobre los sentimientos (hace protestas de amor y fidelidad cuando simultanea varias relaciones clandestinas), la condición personal estable (alega ser infértil; oculta que es un transexual) o coyuntural (asegura que ha tomado anticonceptivos), la situación financiera (se jacta de ser millonario/a), o la promesa de recompensa o precio (promete falsamente que pagará una cantidad si mantiene relaciones sexuales)... no son supuestos típicos, aunque se alcance la certeza de que el engañado no hubiese accedido a la relación de conocer el ardid o la simulación. Y es que hay conductas que pueden ser inmorales, desleales, reprobables e, incluso, despreciables, pero que no necesariamente son delictivas. Por esta vía, podríamos llegar al absurdo de un acto sexual en que ambos son a la vez agresores (ha engañado) y víctima (ha sido engañado).

Puede imaginarse toda una gama o abanico de supuestos –la vida, siempre variopinta, enriquecería mucho más el cuadro–. Se pueden distinguir grados de reprobación social (no es lo mismo negarse a relaciones sexuales por tratarse de persona casada; que rechazarlas por tratarse de persona de otra raza). Ninguna de esas simulaciones, por poco compartibles que sean las razones del que maquina; o por más o menos comprensibles que resulten las motivaciones que llevaban al engañado a rechazar la relación; es merecedora para el legislador español del siglo XXI de reproche penal. Da igual que la motivación de la víctima sea socialmente aceptable (no consiente relaciones con una persona casada establemente), o no lo sea (no consiente relaciones con persona de otra etnia que considera inferior).

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 10/2022 y esta constatación robustece esta tesis se rechazaron algunas enmien-

das que invitaban a reconsiderar la no previsión del engaño como uno de los supuestos que legalmente habían de ser asimilados a la ausencia de consentimiento.

En conclusión, un consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los artículos 178 y ss. actuales; como no las abría antes a las tipicidades equivalentes, con la única salvedad de los casos de sujeto pasivo con edad comprendida entre 16 y 18 años. Solo se otorga relevancia penal al consentimiento viciado si se obtuvo con intimidación, o prevalimiento o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad (art. 178).

Quinto. Se ha replicado a esta concepción, con argumento deslumbrante y en apariencia convincente, que eso significaría admitir que nuestro ordenamiento otorga más importancia al patrimonio que a la libertad sexual. Tutela aquél frente a conductas engañosas (la estafa), dejando desprotegida ésta cuando se usa la misma herramienta –un ardid o *mise en scène*– para burlar la autonomía de la voluntad. Solo son decisiones libres las que se adoptan con conocimiento de todas las circunstancias esenciales o, al menos, aquellas consideradas como *conditio sine qua non* para quien consiente. No es libre y, por tanto, debía originar una respuesta penal, la aceptación determinada por una información falsa, máxime cuando esta proviene de quien va a interferir en esa esfera de autonomía.

En un plano –el del conocimiento errado que vicia las decisiones es cierta la asimetría en la tutela de esos bienes jurídicos. No solo cierta; también lógica y razonable. El patrimonio en ese nivel está más protegido que la libertad sexual. No debe llamar la atención. Hay razones para ello. No es preciso ahora abordarlas a fondo. Un ejemplo ayuda a entender que esa conclusión dista mucho de ser disparatada. Quien presentándose como persona adinerada y fingiéndolo de forma creíble, logra seducir a quien conoce en un ambiente de ocio y descanso y consigue, mediante esas añagazas, no solo mantener relaciones sexuales prometiendo falsamente que le impulsa el deseo de iniciar una relación; sino además su finalidad real prioritaria –obtener dinero con excusas fingida (lo necesita con urgencia y carece de liquidez) y, alcanzado su objetivo, desaparece sin más, cometerá un delito de estafa. No tenía intención alguna de devolver el dinero. Pero no cometerá un delito de agresión sexual, aunque la relación carnal se haya consentido en virtud de sus simuladas condiciones personales –solvente y soltero y su impostado afán de continuidad en la relación; ello, aunque el agente tuviese plena conciencia de que la víctima jamás habría accedido a esos contactos sexuales si supiese de su estado civil y, menos aún, si tuviese la más mínima sospecha de que

para el seductor era algo premeditadamente esporádico y basado en un exclusivo interés crematístico (ATS 11 de enero de 2024: rec. casación 2994/2023 solo se condena por estafa al que fingió, para entablar la relación afectiva, ser empresario y jugador de fútbol).

Por el contrario, en otros planos –el componente volitivo de la autonomía personal–, se tutela más la libertad sexual que el patrimonio. Arrancar desde una relación de asimetría el consentimiento para una relación sexual es acción típica. No lo es, en cambio, conseguir un desplazamiento patrimonial a través de presiones que, no llegando a la intimidación, están sustentadas por el prevalimiento de una superioridad funcionarial o laboral, o aprovechando la vulnerabilidad o asimetría (empujar a una contribución, un tanto forzada, para un regalo en el ámbito laboral).

La forma de abordar un caso como el que analizamos no es la de negar relevancia al consentimiento por estar viciado por un engaño. Si lo entendiésemos así se desbocaría el principio de intervención mínima invadiendo el derecho penal ámbitos que no reclaman la activación de la más poderosa herramienta de represión que maneja el Estado. Si convertimos un consentimiento prestado por engaño en la base de un delito de agresión sexual llegaríamos a una insoportable y asfixiante intromisión del derecho penal en el ámbito afectivo sexual de los ciudadanos. No hay fórmula satisfactoria para seleccionar solo algunas de las variadísimas formas de engaño imaginables. Nos adentraríamos en una resbaladiza pendiente en que no habría forma racional de establecer límites. No encontraríamos razones para negar la tipicidad de un acceso carnal logrado con la falsa promesa de amor incondicional que solo enmascara el afán de placer sexual. El intento de discriminar entre unas motivaciones protegibles y otras no tutelables, llevaría a una justicia penal que se inmiscuye de forma ilegítima en la autodeterminación sexual del ciudadano.

Sexto. Taponada esta vía, queda, abierto un camino alternativo. Viene definido por un interrogante: en casos como el señalado ¿se puede hablar realmente de consentimiento respecto de ese concreto acto?

Por esta senda, de forma rigurosa y bien estudiada, es por la que se adentran las sentencias de instancia y apelación. Es opción que cuenta con adeptos a nivel doctrinal, aunque la opinión tampoco es unánime. Otras legislaciones han incorporado una tipificación expresa precisamente por entender que no basta con los tipos tradicionales que no abarcarían este supuesto, o lo han reconducido a la ilicitud civil, o contemplan expresamente el abuso sexual fraudulento (Inglaterra,

Canadá, Israel –en donde se ha producido alguna condena por la relación sexual entablada por quien ocultó su condición de árabe–...).

En efecto, hay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta. No es consentimiento existente pero inválido por error; sino ausencia de consentimiento. El médico que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los actos propios de una exploración sanitaria; o unos masajes terapéuticos o prescritos médicamente, no se limita a obtener un consentimiento mediante su engaño (el consentimiento se prestó pensando en el plano puramente sanitario), sino que realiza acciones –con contenido sexual no cubiertas por ese consentimiento (vid. STS 647/2023, de 27 de julio). No estamos ante un engaño motivacional, terminología que tomamos prestada de algún acercamiento académico, es decir, aquel que influye sobre las motivaciones o circunstancias que presumiblemente hubiesen excluido la anuencia; sino sobre el qué, sobre la misma acción (*fraud in the inducement* frente a *fraud in the factum*). Son conductas encajables en el anterior artículo 181 y en el actual artículo 178. No hay consentimiento para actos de contenido sexual, aunque se presenten disfrazados de palpaciones terapéuticas o de diagnóstico.

Una penetración anal cuando solo se consintió la vaginal; o introducir en la cavidad genital un objeto, cuando solo se consintió el acceso digital, constituyen actos sexuales inconscientes. Por eso encajan en los artículos. 178 y 179; y no porque el consentimiento estuviese viciado por el engaño previo. Cuando la acción sexual desplegada desborda o se aparta de lo consentido hay agresión sexual. No fue lo consentido. También cuando se suplanta la identidad –algún supuesto de ese tenor ofrecen los repertorios se produce una actuación no consentida. No es que haya un consentimiento arrancado por engaño; es que no hay consentimiento para actos sexuales o para esos actuales sexuales, o para la interacción con esa persona que se hace pasar por otra.

Es más, bien vistas las cosas, aquí radica el núcleo de la cuestión –si hay consentimiento o no–. La concurrencia de un previo engaño no añade nada penalmente. La respuesta penal será la misma si en lugar de una argucia preexistente, nos enfrentamos a una idea surgida de improviso, sin maquinación previa: retirada no planificada del preservativo, sino determinada por un impulso sobrevenido; o, para acudir a otra situación parificable, el médico que carecía de dolo antecedente, y, mientras examina a la paciente, cede a su pulsión sexual y comienza tocamientos lascivos que sin ajustarse a la

lex artis o las exigencias del tratamiento, tienden en exclusiva a satisfacer su libido.

En esos supuestos no se identifica un engaño previo y es que lo decisivo no es eso. Las elucubraciones sobre la validez de un consentimiento viciado por el engaño resultan superfluas a los fines de abordar la relevancia penal de estos casos. Lo determinante es comprobar si el consentimiento –viciado o no por una simulación o maquinación antecedente: eso es lo menos abarcaba esos actos neutralizando su relevancia típica. La cuestión no estriba en la eficacia o naturaleza del engaño, sino en el alcance del consentimiento prestado. La pregunta a formular no es ¿el consentimiento estaba viciado por un error esencial provocado?. Son otras: ¿el acto sexual concreto estaba consentido? ¿Se apartó esencialmente de lo que se había aceptado?

Indagar sobre los vicios del consentimiento al modo de una relación contractual civil es camino infecundo a estos efectos. Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesoria, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no.

Séptimo. Ahora bien, es obvio que no basta cualquier divergencia en el cómo (no se respetó la exigencia de esperar al orgasmo simultáneo, se cambió la postura acordada...), o en circunstancias no esenciales (se consumió el acto en un tiempo breve en contra de la reclamación de la pareja, frustrando deliberadamente las expectativas convenidas...). Es necesario que haya un qué distinto; un *aliud*. No solo un cómo diferente del acordado. No es fácil fijar los linderos entre unos casos y otros. Hay supuestos claros; otros, fronterizos.

Hay que advertir que a estos efectos debemos manejar en exclusiva la dimensión estrictamente sexual o corporal, física, del acto y no otros aspectos igualmente importantes (móvil de puro disfrute o manifestación de amor comprometido; potencialidad reproductiva; riesgo sanitario) pero irrelevantes a estos fines. Entre esos factores no determinantes están la apertura o no a la reproducción, o los riesgos sanitarios. Esas perspectivas no están involucradas en estos tipos. No hay agresión sexual –sí, en su caso, lesiones dolosas en quien oculta la enfermedad venérea que le aqueja; o en quien hace protestas falsas de ser fértil para lograr el acceso con quien busca, por encima de todo, su maternidad.

Pues bien, llegados a este punto se trata de dilucidar si desde esta óptica (la dimensión pura y estrictamente sexual del acto que es lo que se protege en los artículos 178 y ss. CP) puede afirmarse que la penetración sin preservativo es algo esencialmente diverso de aquella otra en que se usa esa barrera. Obviamente son acciones diferentes con una

eventual trascendencia lejos de ser irrelevante. Si el punto de divergencia es el mismo que nos permite distinguir un acceso vaginal con quien es infértil, temporal o definitivamente, y quien no lo es; no podremos otorgar relevancia penal a la conducta. Desde un prisma puramente sexual no son acciones sustancialmente distintas. Si se consintió mantener relaciones sexuales con la provocada y errónea convicción de que era infértil –coyuntural o definitivamente no puede decirse que no se consintió, a los efectos del artículo 178, el acto sexual (hubo consentimiento, aunque débil).

Es imprescindible explorar si se identifica una diversidad que interfiere en la libertad sexual, que es lo tutelado, el bien jurídico en juego. No se protegía en el anterior artículo 181 la libertad reproductiva (amparada en nuestro ordenamiento en el artículo 161 CP: otra cosa es que pudieran reputarse necesarias otras normas). Tampoco la integridad física (riesgo de contagios). Si se produce la afectación de ese otro bien, el desvalor quedará cubierto por el delito de lesiones. Se protege la autodeterminación sexual pero desvinculada de la libertad reproductiva, es decir, sin ponderar las consecuencias del acto sexual sino solo en su componente puramente sexual. Por eso no resulta incoherente que otras conductas similares y equiparables (la mujer asegura mendazmente haber tomado anticonceptivos tal y como exigía el varón para llegar a la penetración vaginal; el varón o la mujer engañan a la pareja sexual insistiendo en que son infértiles u ocultando una infección contagiosa) no merezcan reproche penal.

Si se llega a la conclusión de que las relaciones con o sin preservativo constituyen a estos efectos un *aliud* en el nivel rigurosamente físico sexual habrá que convenir que también el llamado *stealth* invertido como destaca algún autor, sería constitutivo de delito contra la libertad sexual. Y es que el bien jurídico protegido es la libertad y autonomía sexual que cada uno rige tomando sus decisiones en atención a su personal concepción de la sexualidad que el ordenamiento debe respetar.

Tan protegible será la autonomía de quien no quiere separar su sexualidad de la posibilidad de concepción como la visión contraria. No puede el ordenamiento tutelar una visión y considerar no digna de protección otra asumida por un grupo social o por una persona en concreto. Quien consiente el acceso con el miembro viril, no tiene por qué verse obligado/a a tolerar el acceso digital, aunque su trascendencia sea menor.

Octavo. Ciertamente el contacto corporal es diferente en ambos casos (sin o con preservativo). Eso no bastaría para definir o perfilar el componente estrictamente sexual del acto. Su diferencia enlaza, de

una parte, con cuestiones ajenas a lo que es estrictamente la libertad sexual (el deseo de no correr riesgos sanitarios; o la evitación de un embarazo o, también, a la inversa la búsqueda de un deseado estado de gestación, o convicciones antropológicas sobre el significado de la sexualidad, u otras posibles razones determinantes del consentimiento otorgado). No tutelan eso –insistimos– los delitos contra la libertad sexual. Si introducimos otras dimensiones –potencialidad para generar otro ser, riesgo sanitario que no pondera el legislador al tipificar estos delitos, advertimos su clara diferencia. Pero debemos prescindir de esos otros factores, ligados con lo sexual pero ajenos a las tipicidades examinadas. Una penetración sin preservativo es sustancialmente igual a la penetración por una persona estéril que además no puede transmitir enfermedad alguna pues cuenta con las analíticas limpias pertinentes, en esos otros planos ajenos a lo corporal.

Pero también hay diferencia en el terreno de la naturaleza sexual.

¿Desde el punto de vista estrictamente corporal, de la autodeterminación sexual, una penetración con preservativo es algo sustancialmente diferente a la misma acción sin preservativo?; ¿podemos decir que si omite el uso de preservativo está realizando un acto esencialmente diverso no consentido?

La respuesta es afirmativa; no por las concomitancias reproductivas o de salud. Por llegar a un ejemplo absurdo, sería disparatado pensar que el uso de guantes de látex sin conocimiento de la pareja determina la ausencia de consentimiento.

Eso no supone una mutación esencial del contenido sexual del acto, aunque el contacto corporal no coincida y aunque (pensemos en una alergia a ese material) la acción pueda afectar a la salud física. Las consecuencias para la salud deberán ser sancionadas a través de los delitos de lesiones.

Una penetración anal o bucal cuando solo se consintió la vaginal, atentan a la libertad sexual. No estaban cubiertas por el consentimiento. Se detecta nítidamente en esos casos una diferencia sustancial que no se apreciará en otros extremos menores o accesorios que podrían imaginarse (v.gr.: la introducción de un objeto distinto del pactado exigiría un discernimiento no siempre fácil: en ocasiones podrá asegurarse que no es un *aliud*; en otras, quizás, no será descartable la tipicidad). Serán, posiblemente, conductas reprochables, pero no delitos sexuales.

Solo podemos hablar de un acto sexual esencialmente distinto cuando se afecta al qué y no solo al cómo. Lo relevante no son las consecuencias posibles, sino el acto en sí.

Pues bien, identificamos, en esa dimensión estrictamente sexual a que hemos de atender, un *aliud* que constituye una diferencia esencial, ajena al consentimiento, en una penetración con preservativo cuando se exigió que se usase de ese medio y se eludió esa barrera; o cuando se impuso como condición excluirla y furtivamente se incumplió el compromiso.

La conducta merece reproche como consecuencia de las lesiones causadas. Sin duda. Pero no agota ahí su desvalor. Se ha producido un contacto sexual que desborda, también en su proyección puramente corporal, lo que se aceptó. Hay un contacto corporal distinto (por exceso o, en su caso, por defecto) del consentido. Muta la dimensión sexual del acto y no solo su potencialidad generadora o el eventual riesgo sanitario, ajenos a estas tipicidades. Sucede igual cuando se consintió el acceso con el órgano genital masculino, y, sin autorización, se introducen los dedos.

Noveno. Afirmada así la tipicidad de la conducta, tropezamos con otro importante interrogante a la hora de acoplar el hecho en el tipo penal ajustado a la antijuridicidad de la conducta. Se antoja una visión extremadamente superficial que no penetra (ahora, en sentido figurado) en la realidad de la conducta, concluir que, como ha existido acceso carnal, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 181.4 CP. Es este el tipo aplicado por la Audiencia. Su penalidad se mueve entre cuatro y diez años de prisión (no menos de siete, si existiese una relación conyugal o análoga: arts. 23 y 66 CP o si el hecho se ha repetido). Según la legalidad vigente, quedaría incardinada la conducta en el artículo 179.1 dando lugar a una penalidad comprendida entre cuatro y doce años de prisión, o ¡siete a quince años! si la conducta se lleva a cabo entre cónyuges o excónyuges o personas que tienen o han tenido una relación afectiva análoga (art. 180.1.4.^a CP) y no menos de ocho años si se ha repetido el hecho al menos una vez. Si confluyen ambos datos (pareja y reiteración), la pena mínima sería de ¡once años y seis meses!, superior a la del homicidio consumado (diez a quince años).

Y es que, cuando el legislador fija esas altas penalidades, está pensando en una penetración, por cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada. No se quiere la penetración.

En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuridicidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equipa-

ración con el acceso no consentido. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer –o viceversa u otras hipótesis imaginables). El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal.

Por eso, como sugiere el Fiscal en su dictamen de forma atinada y razonada, y como han llegado a concluir tribunales de otros países de nuestro entorno, resulta más ponderado reconducir los hechos a los abusos (actualmente, agresión) sin penetración; no porque ésta no se produzca, sino porque ésta estaba aceptada.

Eso nos hace optar por las penas señaladas en el artículo 181.1 CP. En la actualidad los hechos encajarían en el artículo 178.1 CP, con posibilidad en algún supuesto de acudir a la cláusula atenuatoria artículo 178.4. No es legislación más favorable que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos por lo que hemos de descartar su aplicación a este supuesto.

Coincidimos, así pues, con el Ministerio Público en la vía intermedia que apunta. Estaríamos ante un tipo de abuso sexual sin penetración en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera. Ese cambio solo en la forma, en un aspecto no cubierto por el consentimiento, no podría equipararse a la falta de consentimiento para la penetración. Es tesis bien fundada y asumida por un sector doctrinal y otros ordenamientos occidentales. La respuesta punitiva se revela como más proporcionada y se equipara a la manejada en entornos jurídicos próximos en el derecho comparado. La sobrepenalización puede arrastrar un perverso efecto de infraaplicación.

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres./Excmas. Sras.: D. Andrés Palomo del Arco, D.^a Ana María Ferrer García, D.^a Susana Polo García y D. Javier Hernández García

Con todo el respeto hacia los compañeros de Sala que han suscrito el parecer mayoritario de la Sala II de este tribunal, expresamos a través de este voto particular, nuestra disensión con una parte del fallo de la sentencia, concretamente la subsunción de los hechos en el delito de abuso sexual, (art. 181 CP, vigente al tiempo de los hechos), sin aplicación del apartado 4 del mencionado artículo, que recoge la agravación por penetración, disensión que también extendemos a un apar-

tado de la argumentación de la sentencia mayoritaria al afirmar la irrelevancia del engaño para rellenar la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual. Concretamente, la expresión, posteriormente desarrollada en el fundamento tercero, en la que se afirma «no son actos típicos, por existir anuencia, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual». A nuestro juicio, los hechos debieron ser subsumidos en el delito de abuso sexual, agresión sexual, con penetración. Además, entendemos que el engaño, si es relevante, puede rellenar la tipicidad en el delito de agresión sexual.

Unas precisiones previas. En este voto, como también en la sentencia de la mayoría, identificamos el tipo penal aplicable a los hechos como delito de abuso sexual, en la terminología anterior a la reforma operada por la ley 6/2022, hoy agresión sexual. No obstante ese cambio de *nomen*, el contenido argumentativo desarrollado en la sentencia y en este voto, es de aplicación a la nueva redacción de la agresión sexual. Por ello, nos referimos a los hechos como constitutivos de una agresión sexual comprensiva del anterior abuso sexual desaparecido de la tipicidad. Una segunda precisión, la mencionada reforma de los delitos contra la libertad sexual, LO 10/2022, aunque ha puesto el acento de la reforma en el consentimiento, que es definido en los siguientes términos «existirá consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona», su concepción ya constituía el eje central de los delitos contra la libertad sexual, por lo que su concurrencia en uno u otro grupo normativo no se ve afectada por la reforma. Los anteriores delitos de agresión y de abuso sexual, hoy bajo la misma expresión de agresión sexual, consistían obviamente, en la ausencia de consentimiento, pues el sexo consentido entre adultos no es delito. Con la reforma se ha pretendido reforzar la exigencia de consentimiento y su ausencia será determinante de la tipicidad en la agresión sexual, con una pena distinta en función de si existe, o no, penetración y también podrá agravarse en función de la concurrencia de violencia u otras situaciones descritas en la tipicidad. Por último, la jurisprudencia debe estar caracterizada por la prudencia en la interpretación de la norma. En casos como el presente en que nos pronunciamos por primera vez, sobre estas conductas, es necesario ir fijando la interpretación del precepto de forma prudente, señalando principios básicos de los que partir y, poco a poco, conforme se planteen supuestos concretos, desarrollar los principios precedentemente señalados y así analizar en la inteligencia de los tipos penales.

II. El motivo de nuestra disensión se centra en la subsunción de unos hechos consistentes, en síntesis, en que, en una relación consentida, a la que la perjudicada en el delito solo aceptó mantener relaciones sexuales con uso de preservativo y a cuyo efecto la propia víctima lo proporcionó, el acusado simula su colocación sin llegar a ponerlo, e inicia la penetración por vía vaginal que la perjudicada en el hecho aceptó en la convicción de que lo tenía puesto. Al sospechar la perjudicada que no lo llevaba le conminó a que parara y que se «quitara de encima». Supuesto fáctico que ha sido definido en la doctrina como de *stealthing* y en el que lo relevante es el engaño producido para mantener una relación sexual consentida bajo la condición de la llevanza del preservativo.

(...) III. Relevancia del engaño para la subsunción en el delito de agresión sexual.

La sentencia de la mayoría califica de débil la exigencia del consentimiento en los delitos de agresión sexual, disponiendo, por vía argumentativa, una catalogación del consentimiento de menor entidad que el exigido para otros tipos penales que refieren el consentimiento como presupuesto de la tipicidad. Concluye su análisis afirmando que «el consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los arts. 178 y ss. actuales». En la argumentación expone, por vía de ejemplos, distintas situaciones llamadas a ridiculizar la valoración del engaño en las relaciones sexuales, como acceder a una relación creyendo que era una persona adinerada, o persona famosa, o una soltera o no comprometida, o realizando promesas de amor o fidelidad, o afirmando su infertilidad, etc., situaciones que, entendemos, pueden ser fácilmente apartadas de la tipicidad desde la ausencia de relevancia del engaño, pues la relación se ha consentido con una persona, no con su apariencia. El consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo.

No obstante, la sentencia de la mayoría presenta, a nuestro juicio, una clara contradicción interna, pues tras negar la virtualidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual, entiende que hay supuestos en los que el engaño es relevante, aquellos en los que la doctrina penalista conviene en reconocer relevancia del engaño como presupuesto típico de una falta de consentimiento. En primer lugar, la naturaleza sexual de la actividad consentida, en referencia a los casos en los que el sujeto pasivo es ignorante, por la acción del sujeto activo, de la naturaleza de acto sexual que se realiza sobre la víctima, de manera que ha consentido un acto ignorando su naturaleza sexual (caso del sanitario); los supuestos en los que el sujeto activo simula

ser otra persona con la que el sujeto pasivo consiente en el acto sexual. Si el principio de autonomía sexual implica el derecho a decidir el cómo, cuándo y con quién se consiente mantener una relación sexual, el error en la persona derivado del engaño, tiene toda la relevancia en la tipicidad afirmando la ausencia de consentimiento (caso de novación de intervinientes, suplantaciones); un tercer supuesto, referido al grado de injerencia corporal, que es relevante cuando el sujeto pasivo ha consentido una determinada injerencia, y no otra, que es realizada sin consentimiento, pues el consentimiento sobre la forma de la relación es relevante, al consentir una determinada relación y no otra.

Consecuentemente, niega que el engaño pueda rellenar la tipicidad de la agresión, en lo que consideramos una trasgresión de la exigencia de un consentimiento libre que predica la definición del consentimiento, y lo hace desde el temor que le genera que abierta la posibilidad del engaño como presupuesto de una agresión sexual se produzca una aplicación desmesurada del tipo, una expansión inaceptable del derecho penal (...) por lo que al no encontrar fórmulas satisfactorias para reducir esa sobreactuación del derecho penal, a salvo del principio de intervención mínima, aboga por negar que el engaño pueda cumplir con las exigencias típicas del delito de agresión sexual, aunque señala que existen esos tres supuestos, los anteriormente referidos, en los que, afirma, «no hay consentimiento viciado, sino ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta».

No compartimos esa argumentación. Expusimos en la deliberación, y reiteramos en este voto, que la definición del consentimiento contenida en el actual artículo 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual. Los ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que no es otro que la libertad de mantener una relación sexual en la forma, con quien quiera y cuando quiera, es decir, el principio de autonomía sexual. Además de esa manifestación de la libertad, la relevancia penal del engaño exige un *plus*, porque el derecho penal no debe extender su represión a todas las relaciones en las que la voluntad de una persona pueda ser viciada por un engaño, haciendo depender la tipicidad del subjetivismo con que el sujeto pasivo perciba el mismo, sino que ha de obje-

tivarse distinguiendo aquel engaño referido a la motivación del consentimiento, de aquel otro que versa sobre el hecho de la relación –el acto de contenido sexual, como precisa la norma–. En otros términos, es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida–, y del que forman parte la novación del sujeto, el que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia, de la relación consentida, situaciones que han sido descritas en la doctrina–, el quién, el cómo y la forma de la relación consentida–, y a las que la propia sentencia de la mayoría se refiere como supuestos en que admite, por lo tanto admitimos, la potencialidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual. Este es el principio básico de la interpretación que proponemos, el engaño puede rellenar la tipicidad de la agresión sexual, si bien habrá de examinarse, como hacemos respecto a otros tipos penales, su relevancia en cada supuesto. En definitiva, el consentimiento tiene que ser voluntario y darse libremente sin mediar coacción, engaño o fraude. Debe ser libre, tiene que exteriorizarse de alguna manera, ser reconocido por el o los otros y haber sido otorgado con anterioridad o concomitante al hecho. Además el consentimiento es revocable (...).

Nuestra disensión es, en este apartado de la sentencia, exclusivamente argumental. No hay desacuerdo en que existen supuestos en los que el engaño tiene relevancia penal, los anteriormente referidos, pero mientras que en la sentencia de la mayoría se niega la relevancia penal del engaño para rellenar la tipicidad en el delito de agresión, por un temor a una desmesura en la aplicación del tipo penal, admitiendo los tres supuestos referidos, en nuestra disensión afirmamos que el engaño puede rellenar la tipicidad y la restricción vendrá dada por el examen, en cada caso, de su relevancia, su causalidad con la relación y la afectación del bien jurídico, en los términos señalados.

En definitiva, para la sentencia de la mayoría se parte, como postulado básico, de la irrelevancia del engaño en la conformación de la exigencia típica de la ausencia de consentimiento, para luego admitir que esa afirmación, categórica, tiene excepciones: las anteriormente referidas. En nuestra opinión, por el contrario, la argumentación parte de una afirmación básica, el engaño, si es relevante, puede viciar y anular el consentimiento, y su relevancia resulta clara y patente en los tres supuestos anteriormente referidos, la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado

y forma de la injerencia consentida que se ve alterada por la acción del sujeto activo que truca lo autorizado.

Partimos de la relevancia del engaño para rellenar la exigencia típica de la ausencia del consentimiento y restringimos la desmesura de los ejemplos que se exponen a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico.

También estamos de acuerdo en que el engaño del sujeto respecto de la utilización del preservativo, simulando su llevanza conforme a lo acordado, para quitárselo, o no llegar a ponérselo, afecta a la forma de la injerencia, al grado de injerencia en la relación consentida, por lo que tiene la relevancia precisa para afirmar la tipicidad en el delito de agresión sexual. También convenimos en que el examen de la tipicidad ha de realizarse desde una dimensión pura y estrictamente sexual, sin atender a otros criterios que pueden surgir de la potencialidad lesiva a la integridad física o de potencialidad de embarazos, pues su concurrencia podría dar lugar a otras tipicidades concurrentes, en su caso, bajo las normas reguladoras de los concursos.

En nuestra opinión, la realización de un acto sexual, con penetración, es de distinta naturaleza si se realiza con preservativo o sin él. Supone un *aliud* que radica en la distinta afectación del contacto corporal, derivado de la conjunción física de dos miembros sexuales sin barreras, con los intercambios de mucosas propias de ese contacto directo, que trasciende de lo puramente físico a lo mental, al proyectarse sobre una distinta intimidad entre los sujetos que intervienen, precisamente, por el compromiso y proyección del acto mutuamente consentido. El acuerdo existente entre una pareja de mantener una relación sexual con penetración, con barreras o sin ellas, supone una distinta concepción del espacio de sexualidad compartido, entre otras razones, por la asunción de las proyecciones que pueden conllevar y el espacio de intimidad derivado de la situación anímica inherente.

Desde los fines de protección de la norma, resulta, en nuestra opinión, difícilmente mantenible, como sostiene la sentencia mayoritaria, que pueda existir consentimiento válido para el acto sexual penetrativo y, al tiempo, falta de consentimiento para el contacto físico entre las membranas que implique intercambio de fluidos corporales. Esta disociación solo sería posible si se parte de que la utilización de condón es una suerte de condición accesoria del acto de contenido sexual consentido cuya vulneración es menos significativa y, por tanto, lesiona menos el bien jurídico protegido. Conclusión que, por las razones expuestas, rechazamos frontalmente. El acuerdo sobre el uso de preservativo constituye una parte esencial del consentimiento prestado para mantener un acto de contenido sexual penetrativo.

IV. El segundo apartado de nuestra disensión es el relativo a la subsunción de los hechos. (...) El razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción, pues como se argumenta, la penetración no fue consentida en los términos convenidos, por lo que el contenido de antijuridicidad expresado en el hecho es atentatorio a la libertad sexual y ese atentado ha supuesto una penetración no consentida. Así resulta de la subsunción admitida en la deliberación. En el caso, reiteramos, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas. Los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, artículo 4 CP, a las que deberá acudir en lugar forzadas interpretaciones de la norma, creemos, carentes de sustento en la tipicidad.

(STS 603/2024, 14 de junio)

ARTÍCULO 181 CP

Agresión sexual. Condena a un agente de policía que estando custodiando a una detenida le acosa, insistiéndole con el rechazo de la víctima y al final le da un beso sin consentimiento de la víctima siendo condenado por la vía del abuso sexual del artículo 181.1 CP. Alega el recurrente que es patente la atipicidad de los hechos, toda vez que el único contacto corporal acreditado es un beso en la mejilla que el recurrente dio a la detenida, que difícilmente puede constituir un acto material de contenido sexual. No cabe aplicar el subtipo atenuado del actual artículo 178.4 CP tras la LO 10/2022 dada la gravedad de los hechos reconocidos en la sentencia de la AP y del TSJ ante un funcionario policial que aprovecha la situación de una detenida para llevar a cabo los hechos probados

Está probado que existió un contacto físico de contenido sexual del recurrente con la denunciante como es un beso no consentido por ésta. Ello ocurrió, como señala el Fiscal de la Sala, tras haber intentado el recurrente ganar la confianza de la denunciante y buscar cierta intimidad, halagando su físico, preocupándose por su estado, situación y por

cuestiones de su vida personal, e incluso dando pasos previos en el acercamiento, preguntándole por mensaje escrito si podría abrazarla, lo que la denunciante negó, y, pese a ello, el recurrente llegó a besarla en la mejilla y lo intentó en los labios, aunque no lo consiguió.

Los hechos declarados probados han sido correctamente subsumidos en el artículo 181.1 del Código Penal al momento de los hechos, en cuanto la conducta del recurrente implicó un contacto corporal no consentido y con significación sexual. El beso y el intento de otro beso, configuran una intromisión en la libertad sexual de una persona que se encontraba en un medio hostil por desconocido, concurriendo el ánimo tendencial o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro.

Así, la circunstancia de que una persona de forma inconsciente le dé un beso a otra afecta a su libertad sexual, ya que en estos casos se exige el consentimiento, sin el cual supone la existencia de un beso robado que integra el ataque a la libertad de la mujer de decidir con quién quiere besarse, o quien acepta y admite que le dé un beso, ya que no existe un derecho en las personas a acercarse a otra y darle un beso sin consentimiento expreso o tácito *ex* artículo 178 CP, al afectar a la libertad sexual que puede integrarse por muy diversas facetas y formas de manifestación en cualquier parte del cuerpo de la víctima, ya que no solamente quedan afectados los órganos estrictamente sexuales, sino también cualquier parte del cuerpo de la víctima, donde la misma debe aceptar que puedan besarle, por lo que el consentimiento se exige en cualquier caso y circunstancia en que una persona se acerque a otra, y, sobre todo, en una manifestación como supone el dar un beso que si se da de forma inconsciente integra el delito actualmente de agresión sexual y que con anterioridad a la ley 10/2022, conllevaba la existencia de abuso sexual.

Otra circunstancia sería la determinación de la pena por la admisión de subtipo atenuado del actual artículo 178.4 CP con respecto a la calificación jurídica del hecho probado, pero este siempre se debe subsumir en una agresión sexual en la actualidad y abuso sexual al momento de los hechos cuando se trata de la concurrencia de un beso robado sin consentimiento de la víctima.

No puede, en consecuencia, entenderse que exista un derecho de cualquier persona a acercarse a otra y darle un beso cuando a la víctima no lo admite como prueba de cariño o afecto por sus circunstancias personales, familiares, o del tipo que sean, sino como un ataque personal a su intimidad y libertad sexual de consentir o no consentir quién pueda acercarse a la misma para hacer un acto tan íntimo y personal como es darle un beso.

Si se interpretara de otra manera nos encontraríamos con que el amparo en situaciones concretas personales que alguien pudiera alegar subjetivamente, o abusos de confianza en razón a la relaciones entre las personas, determinaría la atribución de derechos personales por los que una persona puede atribuirse el personal y subjetivo derecho de besar a otra sin su consentimiento expreso, o, como señala el artículo 178 CP en atención a las «circunstancias del caso».

Así, una mujer no puede tener una especie de servidumbre sexual, de tener que soportar el deseo de un hombre de querer darle un beso en cualquier parte del cuerpo, ya que ello integraría una agresión sexual por afectar a su intimidad y libertad sexual.

No cabe un contacto corporal in consentido bajo ningún pretexto si no hay consentimiento.

En el presente caso existió un beso dado por el agente a la detenida aprovechando esta situación. No solamente las circunstancias del caso no evidenciaban un consentimiento, sino, precisamente, todo lo contrario como consta en los hechos probados, y siendo consciente de ello el recurrente insistió en acercarse y besar a la detenida sin que esta consintiera, y aprovechándose de una situación en la que el recurrente actuaba de vigilante y la condición de detenida de la víctima, lo que en estos casos les hace sentirse más víctimas.

Además, en situaciones de superioridad existe una especial vulnerabilidad añadida de la víctima que se minimiza en su contexto de ver cercenada su capacidad de oposición, y aunque lo que se requiere para que no sea una agresión sexual es el consentimiento, ni tan siquiera pueden darse situaciones de «reacción» cuando la posición del autor del acto es de superioridad. En cualquier caso, debe insistirse en que no es preciso un «no» de la víctima ante intentos de besar a una mujer, sino que para que no exista delito lo que hace falta es el consentimiento. Cuestión distinta en estos casos es la determinación de la pena y si concurre el actual subtipo atenuado del artículo 178.4 CP, pero ese es otro escenario en el que se parte de la tipicidad penal del hecho y, luego, en función de la gravedad del mismo ya se determina la pena.

En este sentido, la clave está en el consentimiento, al punto de que si este no ha concurrido ha habido agresión sexual. La clave, pues, está clara. Ahora bien, por unas u otras razones el legislador ha querido «vestir» al consentimiento de expresiones «de acompañamiento», –podríamos denominarlas así–, tales como «actos», o «circunstancias del caso», lo que evidencia que habrá que realizar un examen conjunto de la referencia que consta en el artículo 178.1 CP para evaluar el alcance de la exigencia de la prueba del consentimiento para poder concluir si existió, o no, agresión sexual.

Veamos, pues, cuál es la redacción que es objeto de análisis en el precepto clave y que se nos presenta como *Key issue*, o eje central, acerca de si ante una denuncia por agresión sexual el consentimiento concurrió, o no.

De esta manera, se contempla en el artículo 178.1 CP que: ... Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

De ello, se deducen varias cuestiones que se deben tener en cuenta en este caso, a saber:

1. El consentimiento debe prestarse libremente. Cualquier forma coactiva de obtenerlo se entenderá por inexistente. Debe existir libertad a la hora de prestarlo la mujer y nacer de una disposición libre y voluntaria de que quiere tener el acto sexual con esa persona en concreto, y no con otra, y, además, solo con esa persona sin la concurrencia de otros.

2. El consentimiento se otorga y presta solo y exclusivamente respecto a una persona y no con relación a otras. Es claramente prestado con significación de carácter individual y no colectiva.

3. El consentimiento es, así, unidireccional y no bidireccional. Se dirige hacia una persona y no frente a varias.

4. El consentimiento se manifiesta por «actos». No se admite en modo alguno la exigencia categórica de que el consentimiento solo es expreso. Puede ser tácito también por la inclusión de la expresión «circunstancias del caso» que habrá que atender para ver si hubo consentimiento.

Por actos debemos entender cualquier manifestación expresa o tácita que determine la evidencia de que ambas personas desean voluntariamente tener una relación sexual.

5. No es preciso un consentimiento expreso. Puede ser tácito, ya que la expresión «las circunstancias del caso» se erige como el referente para llegar al alcance interpretativo acerca de si existió el consentimiento.

6. El juez o tribunal deberán evaluar cuáles son las «circunstancias del caso» que se obtendrán de las declaraciones, tanto de la víctima como del acusado, para valorar cuáles fueron estas y si determinaron que existía un claro consentimiento de ambos, no tan solo de una de las partes, por cuanto el consentimiento debe ser mutuo y no solo de uno de ellos.

7. Debe existir, pues, confluencia y concurrencia de consentimientos entre ambos. El consentimiento debe ser con relación a una persona y solo frente a ella y no a otras.

8. El consentimiento es mutuo y expreso o tácito. Pero el condicionante clave en la interpretación acerca de si el consentimiento existió lo refleja con claridad el artículo 178.1 CP antes citado al referirse a actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Esto también nos lleva a una cuestión relativa a si debe ser la defensa la que pruebe que existió el consentimiento, lo que podría llegar a alterar la presunción de inocencia y las reglas de la distribución de la carga probatoria, pero no es que la defensa sea la que debe probar la inocencia, pero está claro que si la víctima niega la existencia del consentimiento y afirma que existió agresión sexual la defensa debe también ofrecer su versión de lo ocurrido, alegando que sí existió el consentimiento y cómo se expresó y manifestó el mismo, señalando cuáles fueron las «circunstancias del caso» por las que debe entenderse que el consentimiento mutuo existió y que, por ello, no existió agresión sexual.

Es indudable, así, que con independencia de que el acusado tiene derecho a no declarar, también es evidente que debe tener en cuenta que hay un principio de prueba, que es la manifestación de la víctima, que debe ser tenido en cuenta por la defensa a efectos de su valoración probatoria y la respuesta a ello de la defensa respecto a la realidad de los hechos que se alegan por la víctima haber ocurrido.

La expresión «las circunstancias del caso» en la determinación acerca de la concurrencia del consentimiento en los delitos sexuales.

En estos casos en los que el autor da un beso inconsciente a la víctima la determinación del consentimiento puede tener como referencia «las circunstancias del caso», pero ello no admite que se trate de una interpretación subjetiva de quien da el beso sobre si hay consentimiento, o no, por lo que no cabe apelar a las «circunstancias del caso» que se recogen en el artículo 178 CP en modo de interpretación subjetiva de que este concurre.

Y en el presente caso las circunstancias del caso no avalaban un consentimiento ni expreso ni tácito, sino más bien todo lo contrario, es decir, la oposición al contacto entre autor y víctima, tal y como consta claramente, y en unas circunstancias de aprovechamiento del autor del escenario en el que se encontraba la víctima.

Pues bien, cuando se apela a la expresión «Las circunstancias del caso» para poder entender si hubo consentimiento estas no se pueden interpretar de forma parcial y subjetiva por una de las partes, sino que tienen que tratarse de circunstancias que evidencien de forma clara y evidente la posibilidad consentida de que una de las personas le puedo

dar un beso a la otra sin atentar a su libertad sexual y a su intimidad y privacidad.

Porque estas «circunstancias del caso» deben demostrar a la luz de una interpretación objetiva, y no subjetiva del autor, de cuál fue la voluntad de la parte que recibe un beso y que lo consentía claramente, sin que quepan dudas de que no admitía un contacto físico tan personal e íntimo como recibir un beso de otra persona con la que no es habitual tener expresiones físicas de tal naturaleza, como es lo que en este caso ocurrió entre una detenida y un agente policial.

Distinto sería el caso de que entre las dos partes exista un vínculo personal que admita esa situación como normalizada, ya que si no es así ese acto tan privado supone un «exceso típico» cubierto en su momento en el artículo 181.1 CP y ahora en el artículo 178 CP.

Debe tratarse, así, de unas circunstancias del caso no apreciadas de forma subjetiva, sino de forma objetiva. De tal manera que quede bien a las claras que hay un consentimiento por la otra persona para el acceso de algo tan privativo como es la permisividad de que una persona le dé un beso a otra.

La expresividad del consentimiento atendiendo a las circunstancias del caso.

De esta manera, el legislador ha optado por incluir en el texto del CP la mención del consentimiento que, de cualquier manera, ya había sido exigido por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias donde el Alto Tribunal hace constar que el consentimiento es la clave en el análisis acerca de si existió agresión sexual (Entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 17/2021 de 14 Ene. 2021, Rec. 952/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 886/2021 de 17 Nov. 2021, Rec. 5063/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 664/2019 de 14 Ene. 2020, Rec. 10374/2019, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 460/2022 de 11 May. 2022, Rec. 10515/2021, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 802/2022 de 6 Oct. 2022, Rec. 10098/2022).

Pero en el texto penal se matiza el consentimiento al referirlo a los «actos» que expresen de manera clara la voluntad de la persona. Con el matiz interpretativo de atendidas las circunstancias del caso como estamos analizando.

Con ello, en el análisis de este tema vemos que hay que hacer mención a que:

1. El consentimiento debe expresarse o desprenderse con claridad. No se admiten dudas acerca de si el consentimiento existió o no.

2. La voluntad de la persona debe quedar «clara» de que accede al acto sexual y acepta tener relaciones sexuales.

3. No deben existir dudas acerca de si ese consentimiento existe o no. El CP exige en el artículo 178.1 CP que la expresión de la víctima sea clara en su voluntad positiva a mantener relaciones sexuales.

4. El mero silencio sin más aditamentos no puede dar lugar a admitir un consentimiento.

5. El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.

6. La duda acerca de la concurrencia del consentimiento por parte del que ejecuta el acto sexual correrá en su contra. Este debe obtenerse por la voluntad clara de la otra parte, lo que aleja la posibilidad de la existencia de dudas en quien finalmente ejecuta el acto sexual sin estar seguro de que el consentimiento concurría.

7. Pero las «circunstancias del caso» descritas por ambas partes y valoradas por el juez o tribunal pueden determinar que el consentimiento se desprende con claridad de las «circunstancias del caso».

8. Pero para evaluar si existió debe ponderarse cuáles fueron «las circunstancias del caso» y analizar si estas determinan, no si pueden determinar, el consentimiento.

9. Debe entenderse por «circunstancias del caso» el conjunto de hechos o actos que concurren entre las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la relación sexual que evidencian cuál es la voluntad de la persona y de forma clara, de tal manera que no debe dar lugar a dudas sobre que el consentimiento existió, ya que la falta de claridad en las circunstancias del caso para concluir concurrente el consentimiento da lugar a que este sea inexistente.

10. Suele considerarse como circunstancias al conjunto de lo que está en torno a alguien o algo. En este sentido, las circunstancias están vinculadas al contexto y pueden influir, con mayor o menor determinación, en la esencia de las cosas.

La noción de circunstancia está relacionada con lo circunstancial (es decir, con aquello que no es permanente).

Con ello, cuando se utiliza la expresión «circunstancias del caso» aplicable a los delitos sexuales se entiende como las referidas a ese momento que concurre entre las partes en instantes previos al inicio de un acto sexual y que rodean al modo de proceder las personas, y que haya sido promovido voluntariamente por ellas y que dé lugar a un entendimiento común de que la voluntad sería, clara y común de ambas personas va dirigida de modo exclusivo y excluyente a tener una relación sexual, pero sin dar pie a que se pueda entender a otra

cuestión referente al acto sexual. Y a ese concreto tipo de contacto sexual, no a otro.

Hay que tener en cuenta que los hechos circunstanciales pueden dar lugar a malas interpretaciones, lo que supone un peligro y un problema en esta materia en donde se adiciona a esta expresión que esos actos, y en atención a estas circunstancias, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Con ello, debe deducirse claramente la realidad del consentimiento tanto de los actos como de las circunstancias del caso.

11. El amparo de «las circunstancias del caso» debe serlo a que estas conducen a entender que la voluntad es clara de tener la relación sexual concreta que luego se lleva a cabo y no otra; es decir, debe existir también claridad del «tipo de relación sexual» que se va a realizar, ya que el consentimiento lo es para un acto sexual concreto que puede excluir a otro u otros. Las circunstancias del caso deberán ser explicadas por la víctima y por el acusado y en base a ellas el juez o tribunal deberán llegar a su convicción acerca de si el consentimiento existió o no.

Acerca de si concurrió el consentimiento «atendidas las circunstancias del caso» hay que apelar a las declaraciones de las partes. Por ello, sobre la declaración de la víctima y del acusado debemos recordar las sentencias del Tribunal Supremo relevantes acerca de los criterios a tener en cuenta:

1. En caso de llegar a enjuiciamiento quedará en el ámbito de la prueba del plenario con las declaraciones de víctima y acusado y los criterios de la Jurisprudencia en torno a ambas declaraciones, aunque partiendo siempre de la presunción de inocencia, pero manteniendo que la sola declaración de la víctima es prueba bastante (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 422/2021 de 19 May. 2021, Rec. 10753/2020 (Validez declaración víctima)).

2. La valoración de la declaración de la víctima y 17 criterios para esta valoración aplicables. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018).

3. Necesidad de que cuando se trata de resoluciones judiciales basadas casi exclusivamente en la declaración de la víctima hay que redoblar la exigencia de la motivación acerca de las razones por las que el tribunal llega a la inferencia de que el consentimiento no existió «atendidas las circunstancias del caso». (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 68/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 10588/2019).

Sobre la expresión «las circunstancias del caso» ha reflejado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Senten-

cia 23/2023 de 20 Ene. 2023, Rec. 631/2021 que: «Históricamente nuestra legislación penal no contó con una definición legal de consentimiento que se acuñara junto a la descripción de los tipos penales, lo cual no significa que, desde siempre, la jurisprudencia no entendiera que era sustancial, como un elemento, en este caso negativo del tipo, que el agente actuara sin consentimiento de la persona agredida sexualmente, o bien bajo un consentimiento viciado por las circunstancias concurrentes derivadas de la posición del autor del hecho..... Pero dicho esto, siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual.

La fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento.

Como es de ver, dicha fórmula descansa en actos: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero han de ser tomados como explícitos.

De modo que el consentimiento ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención «la voluntad de la persona», pudiera servir a dichos efectos.

Siempre se partió –y ahora también– de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae «en atención a las circunstancias del caso», la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que «expresen de manera clara la voluntad de la persona».

En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo. En efecto, la definición del artículo 178 del Código Penal se ajusta a este canon: «cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento».

Al mismo tiempo, el alcance de lo que se entenderá por la concurrencia de «las circunstancias del caso» se obtendrá por la inferencia del juez o tribunal acerca de si estas circunstancias llevaron a entender que el consentimiento libre existió.

Sobre el consentimiento expreso de la víctima en delitos sexuales ya ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo con detalle en la Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020:

«1. La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.

2. Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que «no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer», sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.

3. Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última».

Pues bien, la percepción por parte del juez o tribunal acerca de si de las circunstancias del caso se pueda obtener la conclusión o convicción de que existió el consentimiento, o no, se puede obtener por medio de la inferencia.

La inferencia del juez o tribunal para interpretar «las circunstancias del caso» y las «máximas de experiencia».

Para llegar a evaluar y valorar las «circunstancias del caso» es preciso apelar al juicio de inferencia por parte del juez o tribunal. Puede, así, entenderse por inferencia el proceso intelectual realizado por el juez o tribunal acerca del análisis intelectual que lleva a cabo el juez tras la práctica de la prueba en el juicio oral y el análisis acerca de si las circunstancias concurrentes en el caso concreto y las pruebas que se han practicado le llevan a una conclusión concreta, o a otra totalmente opuesta, lo que en el caso que nos ocupa nos situaría en aceptar que hubo consentimiento por parte de la mujer o que por el contrario no lo hubo, y concurriría, en consecuencia, un delito de agresión sexual.

Suele, así, significarse que la inferencia es el proceso por el cual se derivan conclusiones a partir de premisas o hipótesis iniciales, y cuando una conclusión se sigue de sus premisas o hipótesis de partida, por medio de deducciones lógicas válidas, se dice que las premisas implican la conclusión, que será aquella a la que llega el juez o tribunal analizando los actos y las circunstancias del caso para, de ahí, deducir si, en efecto, existió con claridad la voluntad de la persona de

acceder a tener una relación sexual, y a esa en concreto, no otra, a cuyo consentimiento se dirigió la aceptación del acto.

Respecto al acierto del proceso intelectual de la inferencia señalar que cuando una inferencia es aceptable, lo es por su estructura lógica, pero para ello es preciso motivar la inferencia en la sentencia para otorgar la debida tutela judicial efectiva acerca de por qué se entendió que la inferencia deductiva del tribunal tras la prueba practicada llevó a esa conclusión y no a otra, y que en el caso de la enervación de la presunción de inocencia por decantarse el tribunal por la declaración de la víctima que expresó que el consentimiento no existió. Pero, además, que a la misma conclusión llega el tribunal «atendidas las circunstancias del caso» y que se obtiene por las declaraciones de ambas, pero prevaleciendo en este caso la declaración convincente de la víctima, que, al dar su versión y la concurrencia de «las circunstancias del caso», llevan al juez o tribunal a la inferencia de que el consentimiento no existió.

Ahora bien, en estos casos hay que recordar con la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020, de 24 de febrero, Rec. 10588/2019 que existe la exigencia de redoblar la motivación de la sentencia cuando concurren solo declaración de la víctima versus declaración del acusado y se decanta el juez o tribunal por la versión de la víctima acerca de que no existió consentimiento, señalando que: «La palabra de un testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera «creencia» en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. En los casos de «declaración contra declaración» (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien o quienes proclaman su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio.»

Hay que entender que el concepto de la inferencia procede de la lógica formal, donde con este nombre se designa un proceso de razonamiento deductivo, de modo que partiendo de unas premisas se llega a una conclusión que se sigue lógicamente de esas premisas. Por ello, todo ello deberá expresarse en la sentencia con la debida motivación que es la instrumentalización para plasmar y fijar en la sentencia el proceso de inferencia reflejado en la misma y obtenida de las premisas

que llevan a una conclusión interpretativa que en este caso se reduce a entender si existió, o no, consentimiento.

La doctrina jurisprudencial ha exigido que la plasmación de la inferencia sea racional y lógica, ya que si no lo es se tratará de un problema de la explicación razonable acerca de por qué se llega a esa conclusión.

Para construir adecuadamente el juicio de inferencia es preciso expresar un enlace lógico y racional; es decir, si existe el juicio lógico valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho –consecuencia que en este caso será la concurrencia del consentimiento.

Lo que será revisable, pues, es si ese proceso de inferencia está correctamente analizado y plasmado en la sentencia con un enlace preciso y lógico atendidas las máximas de experiencia, pudiéndose llegar a su revisión por la irracionalidad o por la falta de lógica conclusiva.

Hay que añadir, también, que, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo 532/2019 de 4 de noviembre «la conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada».

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 196/2023 de 21 Mar. 2023, Rec. 1147/2021 se añade que: «Está también fuera de duda que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el nuestro; el juicio de inferencia sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (STS 70/2011, de 9 de febrero).

En palabras de la STS 712/2015, de 20 de noviembre cuando dice (FJ 1º):

«No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquélla y la regularidad de la prueba utilizada».

Con ello, no puede realizarse un proceso de «sustitución» de una valoración probatoria por otra, ya que ello atenta al principio de inmediación, sino el análisis lo es del proceso de análisis de la racionalidad, lógica y corrección constructiva en la motivación reflejada en la sentencia acerca de la prueba que se analizó y valoró en la sentencia. El juicio de inferencia no supone, pues, cuando se recurre la sentencia un proceso de «sustitución valorativa» de las pruebas, sino de análisis de la plasmación de las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Sería revisable el juicio de inferencia efectuado por el Tribunal de instancia si albergara conclusiones excesivamente abiertas y descan-

sando sobre lacónicas referencias, y, por ello, fuera excesivamente abierto, insuficiente, para que pudiera desvirtuarse sobre su base el derecho constitucional a la presunción de inocencia del acusado.

El consentimiento para evaluar si concurrió en delitos sexuales:

No se trata ya en la actualidad de evaluar si existió «oposición de la víctima» al acto sexual. Ello se refiere ya a una jurisprudencia antigua en donde se evaluaba si la víctima se opuso al acto sexual. En la actual es radicalmente distinto, ya que más que oposición al acto sexual que trasladaba la prueba a la acusación de que la víctima «se opuso» a mantener relaciones sexuales», la clave está, al revés, en si hubo consentimiento.

La STS n.º 344/2019, de 4 julio de 2019, insiste en delimitar el concepto de intimidación ambiental: «La intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento».

La intimidación viene a «disfrazar» el consentimiento y hacerlo aparecer coactivamente, con lo cual es ineficaz e inexistente. Y con respecto al consentimiento hay que recordar, siguiendo la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo 10/2023 de 19 Ene. 2023, Rec. 10196/2022 que:

«Con relación a los actos sexuales realizados por una persona hay que fijar varios matices:

1. La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar.
2. O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros.
3. La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente.
4. Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros.
5. No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser «renovado» atendidas las circunstancias del caso.
6. No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso.»

Y a estos criterios se añaden los siguientes en la antes citada sentencia del Tribunal Supremo 10/2023 de 19 Ene. 2023, Rec. 10196/2022:

«Las claves respecto al consentimiento en los actos de contenido sexual son las siguientes:

1. No existen, en modo alguno, prórrogas de consentimientos puntuales con una persona a instancia de quienes realizan actos sexuales con una mujer pretendiendo que si ésta ha realizado un acto consentido previamente con otra persona exista una prórroga del consentimiento presunto con otros.

2. La mujer tiene derecho a realizar antes una relación sexual con una persona y negarla más tarde con otra. Pretender lo contrario supondría culpabilizar a la víctima, e imponerle una especie de «servidumbre sexual» por la circunstancia de que antes haya tenido una relación sexual. La mujer decide con quien quiere tener relaciones sexuales, y éstas no se le pueden imponer.

3. Ello sería atentar contra la libertad sexual de las mujeres y trasladar la creencia del consentimiento al hombre cuando las circunstancias del caso no determinan con claridad y concreción que el consentimiento existe claramente en la voluntad de la mujer.

4. El consentimiento no se puede prorrogar a instancia y voluntad exclusiva del hombre aunque ella haya llevado antes contacto sexual con el mismo u otros hombres.

5. Resulta absolutamente inadmisibles que el consentimiento al que se refiere la redacción del artículo 178 apartado primero del código penal, tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y anteriormente a esta reforma, se pueda concebir desde la creencia punto de vista subjetivo del autor, y no desde la voluntad decisoria de la mujer.

6. La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso.

Pero en el presente caso las circunstancias fueron contrarias a que existía consentimiento, sino todo lo contrario.

7. El criterio mantenido por los recurrentes supondría trasladar la existencia del consentimiento a la creencia del autor que tiene el acceso sexual de que la mujer consiente, cuando no existen aspectos externos en la misma para trasladar de forma clara la fehaciencia del consentimiento a la realización de actos sexuales.

8. El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a

dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales.

9. Incluso hay que hacer constar que el hecho de que la víctima tuviera en momentos precedentes una relación sexual con otra persona en modo alguno determina una especie de presunción de prolongación o extensión del consentimiento con otros autores, lo cual es absolutamente rechazable, porque el consentimiento de la víctima es único y con respecto a un momento en concreto, así como con relación a una persona, y sin posibilidad de una extensión a otras en base a la libertad sexual de la mujer de consentir la realización de actos sexuales con una persona y negarlos con otra.

10. La queja que en este sentido muestran los recurrentes es absolutamente rechazable por no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona.

11. No existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de «cheque en blanco» para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual».

Se deben concluir, por todo ello, una serie de reglas que pueden operar a modo de decálogo, a saber:

1. La existencia del consentimiento para realizar el concreto sexual que finalmente se ejecutó debe ser claro y concluyente y haberse manifestado de forma libre.

2. La conclusión de que existió el consentimiento se obtiene de la prueba practicada y se obtiene por la inferencia del juez o tribunal.

3. Para poder concluir que hubo consentimiento para realizar ese acto sexual debe atenderse a las «circunstancias del caso».

Debe entenderse por estas el conjunto de hechos o actos que concurren entre las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la relación sexual que evidencian cuál es la voluntad de la persona y de forma clara, de tal manera que no debe dar lugar a dudas sobre que el consentimiento existió, ya que la falta de claridad en las circunstancias del caso para concluir concurrente el consentimiento da lugar a que este sea inexistente.

4. El razonamiento acerca de que existió consentimiento debe atender a las reglas de la lógica y debe ser razonable explicado en la sentencia con la suficiente y adecuada motivación basado en el juicio de inferencia y en las máximas de experiencia.

5. No cabe apelar a la tesis del error sobre que había consentimiento.

6. No cabe apelar a una noción subjetiva de que existe el consentimiento entendido por el que luego es acusado de agresión sexual.

7. El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.

8. El legislador ha optado por un consentimiento que pueda ser expreso o tácito; de ahí que haya incluido la referencia a la expresión «Las circunstancias del caso».

9. La duda acerca de la concurrencia del consentimiento por parte del que ejecuta el acto sexual correrá en su contra. Este debe obtenerse por la voluntad clara de la otra parte, lo que aleja la posibilidad de la existencia de dudas en quien finalmente ejecuta el acto sexual sin estar seguro de que el consentimiento concurría.

10. El consentimiento es bilateral, no unilateral, y en la dirección del acto sexual pactado, no a cualquier otro. El consentimiento lo es para un acto sexual concreto.

En el presente caso es incuestionable que no hubo consentimiento para que el recurrente pudiera acercarse y darle un «beso robado» a la víctima que estaba detenida, por lo que lo que ocurrió es que, lejos del consentimiento, existió clara oposición, pero en estos casos ni tan siquiera hace falta una oposición o negativa de la víctima, ya que ello no es factor a tener en cuenta, por cuanto en los casos de «besos robados» y atendiendo a las circunstancias del caso que pudieran evidenciar el consentimiento de la mujer a aceptar el beso se estaría cometiendo la agresión sexual actual, antiguos abusos sexuales, siendo, por ello, típica y punible esta conducta. Y en el caso concreto un agente policial en modo alguno puede acercarse a una detenida y darle un beso aprovechando su situación y la especial vulnerabilidad en la que se encuentra.

Sobre esta cuestión debemos traer a colación, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 175/2022 de 24 Feb. 2022, Rec. 896/2021, que señala que, «Como afirmábamos en nuestra STS 79/2022, de 27 de enero, el significado sexual de un determinado tocamiento o acto sobre el cuerpo de otra persona se nutre, sobre todo, de valoraciones socio-culturales que permitan identificar que las zonas del cuerpo en las que se proyecta corresponden con las que, en términos intersubjetivamente compartidos, las personas viven su sexualidad o se interrelacionan con otros sexualmente. Vínculo entre cuerpo y sexualidad que posibilita reconstruir el ánimo atentatorio de la indemnidad sexual que mueve a quien lo realiza».

En este contexto resulta evidente que el contacto fugaz de un beso no consentido supone una invasión corporal del autor sobre la víctima

que no está obligada a admitir actos sobre su cuerpo de contenido sexual como puede ser un beso inconsciente en su cara, y, atendiendo a la realidad social, es indudable la connotación sexual de ese tipo de actos no consentidos, aunque sea fugaz, como puede ser un beso cuando no concurre el consentimiento *ex* artículo 178 CP.

El motivo se desestima.

Cuarto. Aplicación de la LO 10/2022.

Solicita el recurrente que, en caso de condena «se imponga la pena de multa de 18 meses, mínimo legal al ser delincuente primario y atendiendo, nuevamente, a la escasa significación de lo sucedido.» Se interesa, así, que se aplique el subtipo atenuado del artículo 178.4 CP que lleva la pena a la de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Debe descartarse la absolució que postula, dado que este tema ya ha sido analizado en esta sentencia confirmando la tipicidad del hecho probado.

Hay que recordar el recurrente fue condenado como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 punto 1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad (error corregido en la alzada, sustituida por prevalimiento de cargo público) del artículo 22.7.^a y la atenuante de embriaguez del artículo 21.7.^a en relación con el artículo 21.1.^a y 20.2.^a, todos del Código Penal, imponiéndole las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada y costas.

No cabe esta aminoración en sede casacional de la pena aplicando ahora un subtipo atenuado, cuando en la sentencia de la AP se destacó que «Nos decantamos por una pena de prisión y no por la de multa (que de forma subsidiaria la defensa solicita) por estimar que aunque la intensidad de acto atentatorio contra la libertad sexual fue de menor intensidad, las circunstancias en que ocurrieron los hechos la hicieron especialmente afrentosas para la perjudicada por la situación de indefensión en la que se encontraba y el temor que le generó por lo que podría suceder viniendo de quien venía, lo que merece un mayor reproche penal».

Y, además, en la sentencia del TSJ se valida esta apreciación por cuanto se apunta que «... los hechos no carecen de gravedad, tal y como de manera contundente se razona en la sentencia apelada, al aludir a las circunstancias en que se produjeron los hechos, por tratarse de un

abuso sexual contra una mujer detenida por parte del funcionario policial que la custodiaba. La Sala comparte sin titubeos este criterio de la sentencia, y añade que la circunstancia atenuante apreciada de oficio, que permitió la imposición de la pena en su mitad inferior pese a la especial intensidad agravatoria del prevalimiento, no resta un ápice de reprochabilidad a los efectos de optar por prisión o multa, al tratarse de embriaguez de un funcionario policial en servicio».

No puede, pues, aplicarse un subtipo atenuado que no fue reconocido ni admitido, dadas las circunstancias en que se desarrollan los hechos con un agente policial de servicio que realiza a la detenida aprovechando la custodia policial los actos que se consideran probados. No cabe aplicar en este caso de «menor gravedad del hecho» no reconocida en modo alguno ni por la AP ni por el TSJ.

(STS 625/2024, 19 de junio)

ARTÍCULO 198 CP

Descubrimiento y revelación de secretos. La acusada, contratada temporalmente por el Servicio Público de Salud, accedió sin consentimiento a la base de datos con el fin de obtener datos médicos relativos a la compañera sentimental de su ex marido. Haciéndose pasar por ella, dando su nombre y su DNI, consiguió que la enfermera le dijera el número de semanas de gestación en que se encontraba, tras acceder a la historia clínica. Se consideran datos de carácter personal a toda información sobre una persona física identificada o identificable no susceptibles de ser conocidos por cualquiera. El perjuicio consiste en su mero conocimiento derivado del simple acceso. Lo que se sanciona no es el acceso no autorizado al fichero, sino el acceso no autorizado al dato. Agravante específica por cometerse por funcionario público. La recurrente, a pesar de haber sido contratada temporalmente para la sustitución de un funcionario en permiso vacacional, en el momento de ejecutar los hechos realizaba funciones públicas en el Servicio Andaluz de Salud, aprovechando tal coyuntura y los instrumentos informáticos de los que se le dotó para ejercer su función, a fin de conocer los datos reservados que en materia sanitaria centraliza la Administración autonómica para ejercer la competencia autonómica asistencial que tiene asignada

El tipo penal objeto de análisis sanciona a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes

informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En nuestra Sentencia 260/2021, de 22 de marzo, destacamos que el bien jurídico protegido por el tipo penal es la libertad o privacidad informática de los individuos proyectada sobre los datos personales, recordando que ya la Sentencia n.º 586/2016 fijó que el bien jurídico objeto de protección no era la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la Constitución Española, sino la autodeterminación informática a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional (STS n.º 221/2019, de 29 de abril). En el mismo sentido, la STS n.º 532/2015, de 23 de septiembre, reflejó que «lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido».

Decíamos en la sentencia que por datos de carácter personal ha de entenderse toda información sobre una persona física identificada o identificable, tal como se desprende del artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Y que datos de carácter reservado eran aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera (SSTS n.º 1328/2009, de 30 de diciembre y 532/2015, de 23 de septiembre), esto es, todo conocimiento desconocido u oculto que el sujeto activo no conozca o que no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se desvele, con independencia de su contenido concreto, pues la protección se extiende a todos los que se encuentren en los ficheros o archivos a los que se hace referencia, siempre que sean de carácter personal o familiar.

Respecto de la cuestión relativa a si la modalidad de acceso requiere también que se realice «en perjuicio» del titular o de un tercero, al igual que ocurre con la alteración y la utilización de los datos, la sentencia que nos sirve de orientación subrayaba que ha sido respondida afirmativamente por esta Sala, pues la Sentencia n.º 1328/2009, de 30 de diciembre señaló, con relación a las conductas tipificadas en el artículo 197.2 del Código Penal, que «es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2.º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan

ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena– en el inciso segundo».

En todo caso, destacamos que la misma sentencia proclamó que cuando se trata de datos sensibles, el perjuicio consiste en su mero conocimiento derivado del simple acceso, de modo que se actúa «en perjuicio» cuando se accede a los datos que merezcan la calificación de sensibles, sin que sea necesario un perjuicio añadido a su mero conocimiento. Si bien limitábamos la denominación de datos sensibles a los que dan lugar a la agravación prevista en el apartado 5 del artículo 197, es decir, los relativos a ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, pues en el artículo 9 de la actual LOPDP, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se consideran una categoría especial de datos los relativos a ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico, como lo son también en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos que, al diferenciar entre datos personales y datos sensibles, se refiere a estos últimos como los que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física, justificando por ello una protección especial.

Respecto de los demás casos de datos personales, el perjuicio pretendido debe justificarse suficientemente, esto es, debe acreditarse una consecuencia negativa que suponga algo más que el efecto propio del mero acceso o de cualquiera de las otras acciones típicas. En este sentido recordábamos la STS n.º 234/1999, de 18 de febrero y la STS n.º 803/2017, de 11 de diciembre, que expresaban que «Parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo».

En todo caso, subrayábamos que el tipo penal exige el acceso a un dato, pues lo que el precepto sanciona no es el acceso no autorizado al fichero, sino el acceso no autorizado al dato. Un posicionamiento que

se reflejó también en nuestra reciente Sentencia 43/2022, de 20 de enero. Y aun cuando el acceso a un fichero vacío supondría confirmar, al menos, que no se dan las circunstancias que aparecerían anotadas si se hubiera constatado la realidad de referencia en el fichero, para que esta no información de concurrencia fuera penalmente relevante, sería preciso que se proyectara sobre los aspectos sensibles anteriormente expuestos o, en la eventualidad de tratarse de cualquier otra información de carácter personal, que hubiera generado un efectivo perjuicio.

2.3 Lo expuesto determina el rechazo de la alegación de la recurrente.

Es cierto que la acción típica que fundamenta la punición es el acceso a las citas médicas de la denunciante que aparecían registradas en el Sistema Andaluz de Salud. Solo respecto de ellas es predicable un acceso no autorizado al banco de datos y no la mera obtención torticera de la información, más aún cuando la recurrente viene condenada en su condición de funcionario público y no participaba de esas funciones públicas cuando telefoneó al centro asistencial y suplantó la identidad de Sonsoles.

Sin embargo, ello no supone la atipicidad de los hechos. Las citas médicas, como base inicial y esencial del historial médico de una persona, son datos reservados no susceptibles de ser conocidos por cualquiera. Y su naturaleza sensible, que permite proclamar la presencia de un perjuicio inherente a la revelación, no sólo deriva de que el conocimiento de las citas médicas comporta una intromisión en la salud de las personas sino, en este caso, de que las visitas programadas lo eran para el servicio de obstetricia y, consecuentemente, eran reveladoras de circunstancias directamente vinculadas con la sexualidad de la paciente.

2.4 En lo tocante a la aplicación del subtipo agravado del artículo 198 del Código Penal, no podemos sino remitirnos a la estable jurisprudencia establecida al respecto.

El artículo 24.2 del Código Penal considera funcionario público a «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas».

En tal sentido, hemos proclamado que para el Derecho Penal, el concepto de funcionario público es independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, pues la razón penal de su consideración es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (SSTS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el

que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente «la participación en la función pública» (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, esto es, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de una autoridad competente para hacerlo.

Y en mayor concreción para este supuesto, nuestra jurisprudencia también ha subrayado la indiferencia de que el funcionario público sea interino o de plantilla. Decíamos en nuestra STS 663/2005, de 23 de mayo, que los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas, así como los interinos, sustitutos o funcionarios de empleo, en contraposición de los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad, siendo lo relevante que el trabajador participe en el ejercicio de funciones públicas (SSTS 1544/2004, de 23 de diciembre; 252/2008, de 22 de mayo, o 1008/2022, de 9 de enero de 2023, entre muchas otras).

Por último, el elemento de participar en funciones públicas también ha sido interpretado en términos extensivos. Como sintetizábamos en nuestra STS 876/2006, de 6 de noviembre, para una correcta determinación del carácter público de la actuación debe de partirse de que concurra una actividad dirigida a satisfacer los intereses generales, esto es, a las potestades legislativa, jurisdiccional y ejecutiva de la Administración pública, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad o abastecimientos, entre muchas otras. Criterio que, en todo caso, debe ser delimitado por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane la actuación debe ser público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas.

2.5 Lo expuesto muestra la correcta aplicación del artículo 198 del Código Penal.

El artículo establece una penalidad agravada para las conductas expresadas en el artículo 197 de aplicación en este supuesto, cuando

se ejecuten por autoridad o funcionario público, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo. Un comportamiento plenamente observable en la recurrente que, por más que hubiera sido contratada temporalmente para la sustitución de un funcionario en permiso vacacional, en el momento de ejecutar los hechos realizaba funciones públicas en el Servicio Andaluz de Salud, aprovechando tal coyuntura y los instrumentos informáticos de los que se le dotó para ejercer su función, a fin de conocer los datos reservados que en materia sanitaria centraliza la Administración autonómica para ejercer la competencia autonómica asistencial que tiene asignada.

(STS 317/2024, 16 de abril)

ARTÍCULO 205 CP

Calumnias. El ejercicio de la libertad de expresión en el proceso judicial por los Letrados de las partes está reforzado y su relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental como es el derecho a la defensa de la parte, por ello se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar. Letrado que defendía los intereses de sus representados vertió expresiones en un único escrito formulando recurso dentro de un procedimiento penal en que se solicitaba la deducción de testimonio por si los hechos fueran constitutivos de diferentes delitos, entre ellos, de prevaricación judicial, atribuyendo al Juez una actuación irracional y arbitraria, sin la imparcialidad obligada por la ley, sólo buscaba información justificante para achacar un proceder espurio a la parte denunciante con el único fin de promover un sobreseimiento. Expresiones desafortunadas e innecesarias en las que concurre la causa de justificación del derecho a la libertad de expresión del abogado en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa

El honor, bien jurídico protegido por el delito por el que el recurrente ha sido condenado es de naturaleza eminentemente subjetiva, íntimamente conectado con la personalidad de cada individuo, a la vez que influenciado por los criterios valorativos culturales y sociales imperantes en cada momento, por lo que resulta complicado ofrecer un concepto del mismo que satisfaga plenamente las diversas expectativas existentes al respecto, así como determinar donde radican y bajo qué condiciones operan los límites a su protección jurídica en una sociedad democrática.

Desde un punto de vista estrictamente legal, hemos venido diciendo (STS núm. 745/2021 (sic), de 1 de marzo) que «lo que exige el tipo contemplado en el artículo 205 del Código Penal no es propiamente la imputación de un delito sino la atribución de un hecho delictivo que ha de realizarse a una persona o personas concretas o, al menos, bien identificables; que ha de contener los elementos propios de una infracción delictiva, aunque no sea preciso que el autor la califique según el Código Penal; y que, desde el tipo subjetivo se requiere el dolo directo (con conocimiento de su falsedad), o bien el dolo eventual (con temerario desprecio hacia la verdad)».

En esa misma sentencia (núm. 745/2021 (sic)) expresábamos que «La jurisprudencia constitucional ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte en «uno de los pilares de una sociedad libre y democrática» (SSTC 6/1981, 12/1982, 41/2001 y 50/2010). Ha señalado también que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTC 174/2006)».

Más en concreto, en relación a la actuación de los Letrados en los expedientes judiciales, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el ejercicio de la libertad de expresión en el proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE, tratándose de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar» (STC núm. 24/2007 de 12 de febrero). En el mismo sentido señala (STC núm. 155/2006 de 22 de mayo, con cita de la núm. 157/1996 de 15 de octubre), que «excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

La STC de 18 de junio de 2007, con cita de las SSTC núm. 235/2002, de 9 de diciembre; 65/2004, de 19 de abril; 22/2005, de 1 de febrero; y 232/2005, de 26 de septiembre, señala que «el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes consiste en una libertad de expresión reforzada

cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, F. 5)».

Igualmente las SSTC núm. 22/2005, de 1 de febrero y 232/2005, de 26 de septiembre, indican que «la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2020, de 19 de octubre de 2020, la que además recuerda la necesidad efectuar un juicio de ponderación caso por caso, a fin de determinar si el ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión y tutela judicial efectiva puede obrar como causa de justificación de expresiones que en otro caso podrían constituir un atentado contra el honor. De esta forma, con cita de la sentencia núm. 299/2006, de 23 de octubre señala que: «[...] la tutela judicial exige que las alegaciones formuladas en un proceso, que sean adecuadas o convenientes para la propia defensa, no pueden resultar «constrañidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuaría así con una injustificada potencialidad disuasoria o coactiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción (STC 100/1987, de 12 de junio, FJ 3). Y es que el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial y defensa de los propios intereses que asiste a todos los ciudadanos y el carácter esencial que para el funcionamiento de la Justicia reviste la figura del abogado impone –y así lo ha destacado el legislador (art. 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ)– que «en su actuación ante los jueces y tribunales» los abogados sean libres e independientes», gozando «de los derechos inherentes a la dignidad de su función», por lo que deberán ser «amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa», sin la cual este último derecho fundamental resultaría ilusorio.

Es sabido que, junto a los supuestos ordinarios de ejercicio de la libertad de expresión y comunicación, como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia, se dan supuestos de ejercicio de tal libertad en los que están implicados otros bienes constitucionales, o incluso otros derechos fundamentales que adquie-

ren así contenido autónomo en la norma fundamental. Tal es el caso de las libertades de expresión e información conectadas a los procesos de formación y de exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE), el de la libertad de cátedra [artículo 20.1 c) CE], o el que ahora nos ocupa de la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la asistencia letrada (art. 24 CE).

De esta manera, la libertad de expresión e información del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el artículo 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por esta razón, hemos reiterado que cuando la ejercen los abogados se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar dado su valor instrumental al ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que justifica el empleo de una mayor beligerancia en los argumentos que ante los Tribunales de Justicia se expongan. Por ello su ejercicio ha de valorarse en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que carezca de límites ni ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la ‘autoridad e imparcialidad del Poder Judicial’, que el artículo 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) erige en límite explícito a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 febrero 1989, asunto *Barfod*). Así hemos tenido oportunidad de señalar que excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5)».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado también al respecto. Son varias las decisiones del TEDH que han considerado que determinadas resoluciones de Tribunales españoles que condenaban por delito de calumnia o injurias a juez habían sido dictadas con vulneración del artículo 6.1 CEDH.

Recordemos en primer lugar la sentencia de 12 de enero de 2016, dictada en el asunto *Rodríguez Ravelo v. España*. El supuesto exami-

nado venía determinado porque el demandante, abogado en ejercicio, denunció una violación del artículo 10 del Convenio. Alegó que su condena penal por un delito de calumnias, impuesta debido a las expresiones utilizadas por él en el marco de una demanda civil presentada por escrito en representación de su cliente ante el juzgado de primera instancia núm. 13 de Las Palmas, vulneró su derecho al respeto de la libertad de expresión.

El Tribunal consideró que la condena del demandante que conllevaba un riesgo de privación de libertad, no fue proporcional al objetivo legítimo perseguido y no era, por tanto «necesaria en una sociedad democrática». Por ello estimó que había habido una violación del artículo 10 del Convenio.

Las consideraciones efectuadas por el Tribunal son las siguientes: «El Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que una violación de la libertad de expresión corre el riesgo de tener un efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad (véase, *mutatis mutandis*, *Cumpănă y Mazăre contra Rumania* [TEDH 2004, 101] GS, núm. 33348/96, ap. 114, TEDH 2004 XI). El carácter relativamente moderado de las multas cuya falta de pago podría llevar aparejada una privación de la libertad no puede ser suficiente para eliminar el riesgo del efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Esto es particularmente cierto con respecto a un abogado llamado a la defensa efectiva de su cliente (*Mor contra Francia*, núm. 28198/09, ap. 61, 15 de diciembre de 2011 [TEDH 2011, 108]). De forma general, si bien es legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su calidad de garantes del orden institucional, la posición dominante que ocupan estas instituciones llama a un ejercicio moderado de la vía penal por su parte (*Morice contra Francia* GS, núm. 29369/10, ap. 127, de 23 de abril de 2015 [PROV 2015, 111088]).

La libertad de expresión que goza un abogado en la sala de audiencias no es ilimitada, y ciertos intereses, como son la autoridad del poder judicial, son suficientes para justificar las restricciones a este derecho. Sin embargo, incluso si las sanciones impuestas son responsabilidad de los tribunales nacionales, el Tribunal recuerda que según su jurisprudencia, sólo excepcionalmente una restricción a la libertad de expresión del abogado de la defensa, incluso a través de un castigo ligero, puede considerarse como necesaria en una sociedad democrática (*Nikula* [PROV 2002, 78022], precitada, apds. 54–55). Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado, tiene, por su propia naturaleza, un «efecto disuasorio», no sólo sobre el propio abogado, sino también sobre la profesión en su conjunto (*ibid.*, ap. 54). Cualquier «efecto disuasorio» es un factor importante a tener en

cuenta para garantizar un equilibrio justo entre los tribunales y abogados en el contexto de una adecuada administración de la justicia (Kyprianou [PROV 2006, 237], ap. 175).

El Tribunal considera que la conducta del demandante aparece como una falta de respeto hacia la juez de primera instancia núm. 2 e, indirectamente, hacia la justicia. De hecho, el interesado ha presentado los juicios de valor contra la juez en el contexto de la defensa de su cliente, y asimismo, también acusó al juez de conducta reproachable e incluso contraria al deber de un juez – que no justificó ni demostró–, como «decidir voluntariamente falsear la realidad», no «vacilar en mentir», «emitir un informe falso (...) que contenía información falsa y mal intencionada» (ap. 18). En un caso como el presente caso, no se puede excluir la posibilidad de una sanción de este tipo de comportamiento por parte de un abogado.

No obstante, el Tribunal considera que, aunque graves y descorteses, las expresiones utilizadas por el interesado no se realizaron en la sala de audiencias propiamente dicha y se centraron principalmente en la forma en que la juez en cuestión conducía un procedimiento puramente civil. El deber del abogado consiste en defender con celo los intereses de sus clientes, lo que le lleva, a veces a preguntarse sobre la necesidad de oponerse o no o quejarse sobre la actitud de un tribunal (Kyprianou [PROV 2006, 237], precitado, ap. 175, Morice [PROV 2015, 111088], precitado, ap. 137). En primer lugar corresponde a los propios abogados, sujeto a revisión por los tribunales, valorar la pertinencia y la utilidad de presentar un argumento de defensa, sin verse influidos por el «efecto disuasorio» que podría tener una sanción penal aunque fuera relativamente ligera (Nikula [PROV 2002, 78022], precitada, ap. 54).

El Tribunal observa que, en el ordenamiento jurídico español, los abogados pueden ser sancionados disciplinariamente cuando incumplen sus obligaciones en los procedimientos en los que intervienen, particularmente en el caso de falta de respeto hacia los jueces y tribunales (ap. 25). En el presente asunto, el demandante fue condenado penalmente como autor de un delito de calumnias contra la juez de primera instancia núm. 2. El Tribunal considera que sus palabras, si bien agresivas, fueron presentadas en el contexto de la defensa de los intereses de su cliente. Señala que los términos utilizados por el demandante no fueron objeto de ninguna publicidad (Schopfer [TEDH 1998, 22], precitado, ap. 34). Fueron expresadas por escrito y tan solo tuvieron conocimiento de ellas el juez de primera instancia núm. 13 y las partes implicadas.

Considerando lo precedente y teniendo en consideración la condición de abogado del demandante y la existencia de otras sanciones de índole no penal previstas por el derecho disciplinario (apds. 25 y 31), al Tribunal no le convence el argumento del Gobierno según el cual la pena impuesta al demandante era proporcional a la gravedad de la infracción cometida (ap. 34).

Por el contrario, considera que el hecho de haber sido condenado penalmente, junto al carácter grave de la pena impuesta al demandante, tiene por efecto producir un «efecto disuasorio» sobre los abogados en situaciones en las que se trata de defender a sus clientes (Nikula [PROV 2002, 78022], precitado, ap. 49 y Morice [PROV 2015, 111088], precitado, ap. 176). El Tribunal observa que el demandante fue condenado a una pena de multa junto a una pena de sustitución por privación de libertad en caso de incumplimiento del pago de la multa.

Por tanto, las sanciones penales, en especial aquellas que conlleven eventualmente una privación de libertad, limitando la libertad de expresión del abogado de la defensa, difícilmente pueden ser justificadas. Las jurisdicciones penales que examinaron el asunto no ponderaron un justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la autoridad del poder judicial y la de proteger la libertad de expresión del demandante. El hecho de que el demandante hubiera pagado la cantidad a la que fue condenado y por tanto, no haya tenido que padecer una pena de privación de la libertad (ap. 34) no modifica en nada dicha conclusión».

Ello no obstante, el TEDH no excluye la necesidad de proteger a los jueces de los ataques verbales ofensivos que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones, debiendo examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y la aplicación del parámetro de proporcionalidad, tomando en consideración la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de las expresiones referidas y el contexto en el cual fueron formuladas, así como si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

En la sentencia de 9 de marzo de 2021, dictada en el asunto Benítez Moriana e Iñigo Fernández v. España, el TEDH va todavía más allá.

Se trataba de un supuesto en el que se condena a dos sujetos por un delito de injurias graves con publicidad (arts. 208, 209 y 211 CP) a consecuencia de la publicación de una carta abierta en un periódico en la que se criticaba la actuación de una Juez.

Nuevamente la problemática se produce fruto de la confrontación del derecho a la libertad de expresión con el derecho al honor.

En el párrafo 48 de la sentencia, señaló el Tribunal que «Por lo que respecta al nivel de protección de la libertad de expresión, existe un ámbito mínimo con arreglo al artículo 10.2 del Convenio para restringir el debate sobre asuntos de interés público. Por tanto, se otorgará un elevado nivel de protección a la libertad de expresión, con lo que en consecuencia las autoridades dispondrán de un margen de apreciación especialmente restringido, cuando los comentarios afecten a asuntos de interés público, como ocurre especialmente con las expresiones sobre el funcionamiento del poder judicial, incluso en el contexto de procedimientos todavía pendientes en relación con otros demandados. El grado de hostilidad y la potencial gravedad de ciertos comentarios no impiden el derecho a un elevado nivel de protección de la libertad de expresión, en vista de la existencia de un asunto de interés público (véase *Paturel v. France*, n.º 54968/00, § 42, de 22 de diciembre de 2005, y *Morice [CG]*, citado anteriormente, § 125). Excepto en el supuesto de ataques gravemente perjudiciales que carezcan básicamente de fundamento, los jueces como tales pueden estar sujetos a la crítica personal dentro de los límites permitidos, y no solo de forma teórica y general. Cuando actúan en función de su cargo, pueden estar sujetos a límites más amplios de crítica aceptable que el resto de ciudadanos (véase *Morice [GC]*, citada anteriormente, § 131)».

En el mismo sentido se expresa en las sentencias de 25 de junio de 2020, asunto *Bagirov contra Azerbaiyán*, 30 de junio de 2015, asunto *Peruzzi contra Italia*; y 8 de octubre de 2019, asunto *L. P. y Carvalho contra Portugal*.

Ello no obstante, el TEDH no excluye la necesidad de proteger a los jueces de los ataques verbales ofensivos que puedan recibir en el ejercicio de sus funciones, estimando que deben examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y la aplicación del parámetro de proporcionalidad, tomando en consideración la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido el tenor de las expresiones referidas y el contexto en el cual fueron formuladas, así como si la injerencia en cuestión era proporcionada a los fines legítimos perseguidos.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2020, de 19 de octubre de 2020, antes citada, además de efectuar un análisis de esta doctrina, se refiere a los factores a tener en cuenta para efectuar ese juicio de ponderación a fin de determinar la adecuación una sanción por manifestaciones no protegidas por el artículo 10 CEDH. Se refiere a su vez a la STEDH de 12 de enero de 2016, asunto *Rodríguez Ravelo contra España*, recordando que «En dicha resolución se

indica (parágrafo 39): «A la hora de ejercer su control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de considerar la injerencia litigiosa a la luz del conjunto del asunto, incluido, en este caso, el tenor de los comentarios que se recriminan al demandante y el contexto en el cual este los ha formulado. Debe determinar, especialmente, si la injerencia en cuestión era “proporcionada a los fines legítimos perseguidos” y si los motivos aducidos por las Autoridades nacionales para justificarla se revelan “procedentes y suficientes”. Actuando así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe de estar convencido de que las Autoridades nacionales han aplicado unas normas que responden a los principios enunciados en el artículo 10 y que, además, se han fundado en una valoración aceptable de los hechos pertinentes».

(v) Requiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme enseña en la misma sentencia, «indagar si, a la vista de los hechos de la causa, se ha ponderado un justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de garantizar la protección de la autoridad del poder judicial y de los derechos de los demás y, por otra, la protección de la libertad de expresión del demandante en su condición de abogado» (parágrafo 43).

En esta perspectiva, no cabe descartar absolutamente la utilización de mecanismos punitivos frente a expresiones empleadas por los abogados en el marco del ejercicio de su profesión. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «La libertad de expresión de la que goza un abogado en el estrado no es ilimitada, y ciertos intereses, tales como la autoridad del poder judicial, son bastante importantes como para justificar restricciones de este derecho» (parágrafo 45).

(v) Precisa también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la imposición de una sanción penal a un abogado por las manifestaciones realizadas contra la actuación de un juez es una posibilidad excepcional que, en todo caso, exige realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad de la reacción sancionatoria que pondere los derechos en juego, a la luz de la totalidad de circunstancias concurrentes en el caso concreto. Tales cautelas, que resultan siempre operativas, han de ser especialmente consideradas cuando de sanciones penales se trata. Como se indica en la misma STEDH, asunto Rodríguez Ravelo, parágrafo 45: «Es inevitable que la imposición de una pena de prisión a un abogado conlleve, por su misma naturaleza, un efecto disuasorio», no solo para el abogado afectado, sino también para la profesión en su conjunto [...]. Todo efecto disuasorio» es un factor importante a tener en cuenta para ponderar un justo equilibrio

entre los tribunales y los abogados en el marco de una buena administración de la justicia». Lo que reitera la STEDH en el asunto L. P. y Carvalho contra Portugal, parágrafo 71, añadiendo que ese efecto disuasorio resulta «aún más inaceptable cuando se trata de un abogado llamado a asegurar la defensa efectiva de sus clientes».

Así, representa un factor a ponderar, la naturaleza y severidad de las sanciones impuestas, a fin de calibrar la proporcionalidad de la respuesta punitiva: SSTEDH 15 de diciembre de 2011, asunto Mor contra Francia, parágrafo 61; y 25 de junio de 2020, Caso Bagirov contra Azerbaiyán, parágrafo 83.

Viene insistiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este punto, que se debe ser particularmente cuidadoso en el ejercicio de la acción penal por delitos como el que nos ocupa, singularmente cuando cabe la posibilidad de imponer penas de prisión. Al respecto es irrelevante si en el caso concreto se satisfizo dicha multa eludiendo con ello la privación de libertad, pues lo importante es que la pena comportaba eventualmente esta última medida: STEDH de 12 de marzo de 2016, asunto Rodríguez Ravelo contra España, parágrafo 50.

(vi) Como consecuencia, el Alto Tribunal europeo propugna igualmente la preferencia de sanciones no penales como respuesta ante esta clase de manifestaciones en estrados. Con palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el reiteradamente citado asunto Rodríguez Ravelo: «De una manera general, aunque sea legítimo que las instituciones del Estado sean protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional, la posición dominante que esas Instituciones ocupan, exigen a las autoridades que den muestras de mesura en el uso de la vía penal» (parágrafo 44), de forma que la existencia de posibilidades sancionatorias no penales no es un dato irrelevante (parágrafos 48 y 49).

De todo ello se colige que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional considera que, en el ejercicio de sus funciones públicas, los jueces pueden enfrentar críticas más duras que los ciudadanos que no ocupan cargos públicos. Además, a los abogados se les permite realizar críticas contundentes sobre las actuaciones judiciales en defensa de sus clientes e incluso en defensa de sus propios intereses. También tienen la facultad de solicitar responsabilidad gubernativa, civil o penal de los jueces por sus acciones, sin que el mero hecho de hacerlo y expresar críticas hacia la actuación de los jueces suponga una violación ilegítima de su derecho al honor.

Quinto. Aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a consideración, y partiendo del relato fáctico de la sentencia, en éste se describe que D. Carlos Antonio, Letrado del ICAV, se encontraba personado como acusación particular en las Diligencias Previas núm. 216/2013 del Juzgado de instrucción núm. 2 de Vigo, en defensa de los intereses de D. Basilio. En esa condición, presentó el día 27 marzo 2015 escrito formulando recurso de apelación en el que imputaba al Magistrado titular del juzgado un delito de prevaricación. El escrito contenía las expresiones consignadas en el antecedente de hecho único de la presente resolución.

No hay duda de que las citadas expresiones, objetivamente consideradas, no solo son desafortunadas e impropias de lo que debe ser la actuación de un Letrado ante un órgano judicial, sino, además, innecesarias y objetivamente ofensivas, pudiendo incluso rebasar los límites a la libertad de expresión.

Ello no obstante, tales expresiones se enmarcan en el seno de un procedimiento en el que el Letrado mostraba su desacuerdo con la forma en que se había llevado la instrucción, que el hoy acusado calificaba de prospectiva y parcial, y que había llevado al dictado de la resolución que recurría, la que se consideraba manifiestamente injusta. Además, en su escrito, el Letrado terminaba solicitando la deducción de testimonio por si los hechos fuesen constitutivos de diferentes delitos, incluido el de prevaricación judicial.

No se trata en este momento de determinar si las expresiones proferidas deben ser acreedoras de reproche o sanción, sino únicamente si aquellas pueden sustentar una condena penal.

Para ello ha de atenderse a las circunstancias que concurren en el caso concreto, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en el anterior fundamento de derecho.

De esta forma nos encontramos con que:

1. El sujeto activo era un Letrado que defendía los intereses de sus representados que ejercían la Acusación Particular en una causa penal. Recordemos aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional que consagra la singular protección que debe experimentar la libertad de expresión de los abogados, especialmente inmune a restricciones, y el carácter excepcional del castigo penal por expresiones vertidas por aquellos en el ejercicio de su labor profesional.

2. El sujeto pasivo era un Juez que, como afirma el TEDH, forma parte de una institución fundamental del Estado, y, como tal, está sujeto a unos límites más amplios de crítica aceptable que los ciudadanos ordinarios.

3. Las expresiones se vertieron en un único escrito formulando recurso dentro de un procedimiento penal. Su contenido no trascendió a terceros. Únicamente tuvieron acceso al mismo el Tribunal y las partes del proceso.

4. En el citado escrito, entre otros pedimentos, se solicitaba la deducción de testimonio por si los hechos fueran constitutivos de diferentes delitos, entre ellos, de prevaricación judicial.

5. Aun cuando el recurrente ha sido finalmente condenado a una pena de multa, ésta lleva aparejada responsabilidad personal subsidiaria, lo que puede llevar finalmente a una privación de libertad.

En definitiva, ponderando todas aquellas circunstancias y conforme a la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, debemos concluir estimando que concurren como causa de justificación el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) del abogado en el ámbito del ejercicio forense del derecho de defensa (art. 24.2). Procede en consecuencia la estimación del recurso.

(STS 73/2024, 25 de enero)

ARTÍCULO 183 BIS CP

Abusos sexuales a menores de 16 años: consentimiento libre del menor de 16 años y autor persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez: estadios de desarrollo y madurez altamente diferenciados entre la víctima, niña de 13 años, sin experiencia sexual previa hasta el punto de quedarse en shock cuando fue penetrada por el acusado, al no sentirse preparada para dicha práctica, y el acusado, de 20 años

Compartimos las valoraciones ofrecidas por el Tribunal Superior para descartar la aplicación del entonces vigente artículo 183 quáter CP.

Dicha cláusula –al igual que la hoy prevista en el artículo 183 bis CP– responde a la previsión contenida en el artículo 8.1 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, en la que se previene que « quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no

impliquen abusos». Lo que coliga con el considerando 20 de la misma, en el que se precisan los fines político-criminales del Derecho de la Unión excluyendo «las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación» –*vid.* en el mismo sentido, Memorando del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007–.

Es en este contexto de intervención desde el que debe ser interpretado el alcance del artículo 183 bis CP (antiguo artículo 183 quáter).

7. No se trata de negar toda autonomía a las personas menores de 16 años en su esfera sexual, de prescindir de su evolución madurativa y del propio descubrimiento de la dimensión sexual de las relaciones personales. Sino de asegurarse que, atendido el contexto relacional, el consentimiento, al que se refiere el tipo del artículo 183 bis CP, de la persona menor de 16 años que excluye la responsabilidad penal de la persona con la que mantenga relaciones sexuales es, en efecto, libre. Que se neutraliza todo riesgo de abuso, derivado precisamente del aprovechamiento del victimario de la edad para obtener el resultado de cosificación sexual buscado.

8. El valor legitimante del consentimiento de la persona menor de 16 años que se contempla en el artículo 183 bis CP reside, sobre todo, en que la persona con la que mantenga la relación sexual, por sus circunstancias vitales de edad, grado de desarrollo y madurez, participa de parámetros valorativos similares, de experiencias evolutivas comunes. Excluyéndose todo atisbo de superioridad emocional o situacional que comprometa, hasta desfigurarla, reducirla o anularla, la libertad de consentimiento de la persona menor de 16 años.

9. El aseguramiento de los irrenunciables fines de protección del derecho a la indemnidad sexual de las personas menores de 16 años, como una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se garantiza en el artículo 10 CE, obliga, como lógica consecuencia, a una interpretación rigurosa de los presupuestos aplicativos del artículo 183 quáter CP.

Muy en especial de la necesaria correlación cumulativa entre edad, desarrollo y madurez de la persona menor de 16 años con quien, mayor de esa edad, mantenga relaciones sexuales.

La fenomenología del abuso infantil identifica que, precisamente, la asimetría de edad constituye un factor decisivo que impide el ejercicio por parte del menor de una libre decisión y la conformación de una actividad sexual compartida con plena autonomía.

Es cierto, no obstante, que en nuestro sistema penal no se fija una franja de edad en la que deba operar la cláusula de exclusión de la tipicidad del artículo 183 quáter CP –*vid.* al respecto, la regulación del Código Penal francés, introducida por la Ley 2021-478, de 21 de abril de 2021, en la que se establece en el artículo 222.31 que «constituye igualmente violación todo acto de penetración... cometido por un mayor sobre un menor de quince años o cometido sobre el mayor por el menor cuando la diferencia de edad entre el mayor y el menor es de, al menos, cinco años»-. Pero es obvio que las referencias al grado de desarrollo y madurez contenidas en el tipo obliga a una evaluación relacional, tomando en cuenta las respectivas experiencias vitales.

10. En particular, la expresa mención a «desarrollo» que se contiene en el tipo sugiere con claridad la necesidad de aplicar una perspectiva evolutiva en el análisis que debe llevarse a cabo.

Como es sabido, la categoría «desarrollo» viene integrada por tres variables: el crecimiento, la maduración y el aprendizaje.

El crecimiento significa el aumento de los elementos constitutivos de la personalidad, especialmente en su aspecto físico, la adición de algunos elementos más perfeccionados dentro del esquema general de desarrollo y de la progresión físicobiológica.

La maduración identifica la capacidad adaptativa en términos graduales a nuevos modos y exigencias de acción y a los nuevos objetivos derivados del crecimiento que culmina con la edad adulta. Proceso de desarrollo que viene también configurado por el aprendizaje que implica la evolución del reflejo condicionado al pensamiento y que transcurre junto al proceso de maduración, marcado de manera individual por numerosas condiciones ambientales.

Pues bien, a la hora de evaluar la proximidad madurativa a los efectos del artículo 183 bis CP no puede prescindirse del desarrollo de cada una de las personas y de sus propias etapas de crecimiento que suscitan los nuevos objetivos adaptativos. Solo en condiciones de desarrollo próximas puede medirse relacionalmente el grado de madurez que presenta cada una de las personas concernidas.

11. La sentencia recurrida no cuestiona que el recurrente tuviera rasgos de inmadurez emocional, pero es obvio que ello no significa que su nivel se equipare al nivel de madurez personal y sexual de una niña de apenas trece años, aunque esta, incluso, a la luz de su desarro-

llo, pueda considerarse madura. Insistimos, para comparar y equiparar niveles de madurez no puede prescindirse de los respectivos grados de desarrollo alcanzados.

12. En el caso, las experiencias vitales de uno y otro, además de una ya significativa distancia cronológica, sugieren un muy claro diferencial en los respectivos desarrollos socio-personales que aleja toda expectativa de proximidad madurativa a los efectos de la cláusula de atipicidad invocada.

En efecto, los hechos que se declaran probados suministran sugerentes datos para poder concluir, con rigor, estadios de desarrollo y madurez altamente diferenciados entre Azucena –una niña que acababa de cumplir trece años, que estudiaba 1.º de la ESO, sin experiencia sexual previa hasta el punto de quedarse en shock cuando fue penetrada por el hoy recurrente, al no sentirse preparada para dicha práctica– y el hoy recurrente, de veinte años y ocho meses de edad, que trabajaba de barbero y que, tal como consta en los hechos declarados probados, había tenido problemas con la justicia, constándole una condena como autor de un delito de robo con violencia por sentencia de 14 de noviembre de 2018.

No creemos que, en este caso, la menor, de apenas trece años, pudiera ejercer plenamente su autonomía personal y sexual frente a una persona de casi veintiuno, que trabajaba y había tenido experiencias muy alejadas del contexto escolar, de niñez, en el que se desenvolvía aquella con la que decidió entablar una relación personal y sexual –*vid.* SSTS 946/2016, de 15 de diciembre; 1001/2016, de 18 de enero; 798/2022, de 5 de octubre–.

13. No nos cabe duda de que los elementos personales, sociales y relacionales indican con toda claridad una marcada asimetría evolutiva entre Azucena y el hoy recurrente. Lo que, en lógica consecuencia, excluye todo atisbo de consentimiento legitimador en el mantenimiento de las relaciones sexuales que se describen, impidiendo, por tanto, la entrada en juego a la cláusula de atipicidad del artículo 183 quáter CP (vigente artículo 183 bis CP).

14. Lo anterior no empece una llamada general tanto al esfuerzo probatorio sobre la concurrencia de los presupuestos aplicativos de la cláusula del artículo 183 bis CP como a su adecuada valoración por parte de los tribunales conforme a parámetros técnicos rigurosos y respetuosa, en todo caso, con las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia.

(STS 85/2024, 26 de enero)

ARTÍCULO 239 CP

Uso de llaves falsas. Empleada del hogar con el deseo de enriquecimiento personal y valiéndose de la relación de confianza que su trabajo le deparaba, cuando trabajaba en el domicilio donde estaba contratada se hizo con la llave maestra de la caja fuerte de dicha vivienda y en varias ocasiones, sin conocimiento ni consentimiento de la titular del domicilio, usó esa llave para abrir la caja y extraer diversas cantidades en efectivo que hizo propias

El apartado 2 del artículo 239 del Código Penal considera llaves falsas: «Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal».

Nuestra jurisprudencia ha interpretado este precepto, por ejemplo, en la STS 16/2021, de 14 de enero, declarando que el uso de llaves falsas es un caso de robo porque «la utilización del ardid engañoso empleado por el acusado, característico del delito de estafa, le permitió hacerse, de manera subrepticia, con una copia de la llave, con la que accedió a la habitación, no ya sin autorización, sino en contra de la voluntad de sus titulares, venciendo así el obstáculo que estos habían puesto para acceder a sus bienes, en definitiva, empleando una de las variables que, dentro de ese concepto normativo de fuerza típica; se contemplan en el artículo 237, 238.4º y 239.2 CP».

Para el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal, el legislador hace una enumeración de llaves falsas que abraza, incluso, a la llave legítima siempre que haya sido sustraída al propietario. Y esta Sala se ha ocupado de la cuestión en Sentencias múltiples (v.gr. de 15 de julio de 1988, 6 de marzo, 3 de julio, 15 de septiembre y 23 de diciembre de 1989) perfilando, a través de ellas, un concepto preciso de llave falsa, en particular de la considerada tal por el nº 2 del artículo 510, es decir, de la llave legítima sustraída al propietario. Y estima que hay que considerar como «sustraída» la llave legítima que llega a poder del agente por robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en definitiva, por un medio que constituya infracción penal. Con carácter más general en alguna de las Sentencias citadas se afirma que lo que caracteriza, el concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización ilegítima. Ese es el límite que no es dable traspasar, si no es a costa de interpretar extensivamente el precepto.

Esta línea interpretativa no solo se ha venido siguiendo de manera reiterada en otras sentencias posteriores, sino que ha tenido su reflejo en el Código Penal vigente, en el que, como se puede leer en su Expo-

sición de Motivos, a la hora de su elaboración, se tuvo muy presente, entre otras fuentes, «el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica», siendo una muestra de ello el vigente artículo 239.2°, donde se recoge un concepto de llave falsa, adaptado a la jurisprudencia, al considerarse como tal «las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal», con que aquel término, «sustraídas», viene a dejar su lugar a otro más amplio, «infracción penal», de manera, que, así, tiene cabida dentro del concepto de llave falsa no solo las conseguidas mediante sustracciones características de un robo o hurto previos, sino también mediante otros apoderamientos, como, por ejemplo, los que se consiguen valiéndose de artificios propios de una defraudación.

En la STS 1313/2001, de 25 de junio, el supuesto examinado hacía referencia a un acusado que, sin conocimiento de su padre, se apoderó de las llaves que este último poseía de la vivienda de un vecino, que se las entregaba cuando se ausentaba, y entró en la vivienda, sustrayendo varios efectos. Tal resolución judicial estimó correcta la calificación de uso de llaves falsas, ya que «encaja sin duda en un caso de llaves legítimas obtenidas por un medio que constituya infracción penal, aunque sea al nivel de falta, al apoderarse de un bien mueble ajeno perteneciente a otra persona sin su autorización».

En el caso de la STS de 10 de noviembre de 1992, la acusada trabajaba como empleada de hogar y, aprovechando que en numerosas ocasiones se encontraba sola en el interior del domicilio, logró encontrar la llave y la combinación de la caja fuerte, que se hallaban ocultas en el hueco existente en la mesilla de noche del dormitorio principal, entre el cajón y el mueble propiamente dicho, apoderándose de diversas cantidades de dinero.

En esta ocasión este Sala Casacional calificó este supuesto como robo, ya que lo decisivo es que «la llave del propietario llegue a la esfera de poder y disponibilidad del autor a través de una falta de autorización del propietario».

En la STS de 18 de mayo de 1993 (Recurso de Casación 3591/1991), se resuelve el siguiente supuesto de hecho: El autor del delito accede a un Juzgado por medio de una llave que se hallaban colgada detrás de la puerta del vestíbulo principal y se hace con la llave de la caja de caudales, que se encontraba en el fondo de un cajón de la mesa del Sr. Secretario.

Se mantiene la condena por delito de robo por considerar que «... en el caso de autos es claro que tanto la caja de caudales como el archivo fueron abiertos con unas llaves obtenidas de un modo ilegítimo, tomándolas del lugar donde las mantenía ocultas su propietario

o detentador y contra la voluntad tácitamente expresada del mismo, quien al guardar así las llaves lo hacía en forma que indudablemente pretendía excluir a terceros del acceso a ellas. Y como ya señalaron las sentencias de 27 de mayo de 1985 y 14 de diciembre de 1992, junto con las demás en ellas citadas, debe entenderse como «propietario» a todo tenedor legítimo de la llave y como «sustracción» toda obtención de tal llave tomándola del lugar donde habitualmente la guarda o esconde su normal usuario, sea tal lugar encontrado tras una previa búsqueda, sea conocido previamente del sustractor por circunstancias de vigilancia previa o de aprovechamiento de una situación de confianza. Lo esencial para considerar ilegítima una llave es su obtención burlando el mecanismo u obstáculo que el propietario o titular de la misma ha puesto para que únicamente él y no un tercero pueda acceder a ella. Lo que se da en el hecho de autos, en el que el acusado hubo de rebuscar las llaves y obtenerla del lugar donde las ocultaba y guardaba su tenedor legítimo, con propósito de que otros no accedieran a las mismas».

STS 761/2014, de 12 de noviembre: [FJ 8.º] «... Entendemos que realmente los mismos integran un delito de robo. Los acusados se apropiaron del dinero ajeno que no estaba a su disposición, con ánimo de hacerlo propio. Y ese apoderamiento se produjo, no ya sin la voluntad de su dueño, sino incluso contra la misma, en cuanto que hubieron de vencer las medidas de protección que aquél adoptó al guardarlo bajo llave. Llave que (...) recuperaron subrepticamente, cogiéndola del bolso de Mercedes, que la tenía porque aquellos se la habían entregado».

Así pues, a modo de resumen, y en el caso enjuiciado en tal resolución judicial «la utilización del ardid engañoso empleado por el acusado (...) le permitió hacerse, de manera subrepticia, con una copia de la llave, con la que accedió a la habitación, no ya sin autorización, sino en contra de la voluntad de sus titulares, venciendo así el obstáculo que estos habían puesto para acceder a sus bienes, en definitiva, empleando una de las variables que, dentro de ese concepto normativo de fuerza típica, se contemplan en el artículo 237, 238.4.º y 239.2 CP».

Cuarto. En igual sentido la doctrina de las Audiencias Provinciales.

Invocamos a tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1.ª), de fecha 29 de mayo de 2000. Esta sentencia contiene el siguiente relato de hechos probados: «Se considera probado y así se declara que la acusada, desde el mes de enero de 1998 venía desempeñando su trabajo como empleada de hogar en el domicilio del matrimonio formado por..., permaneciendo sola en el mismo y con plena libertad de movimiento por todas sus dependencias desde las 10 a las 20 horas, salvo en la hora de la comida.

En dicha vivienda había una caja metálica cerrada con llave en la que el matrimonio guardaba dinero para gastos ordinarios.

Dicha caja a su vez se encontraba en el interior de una cómoda del dormitorio del matrimonio, también cerrada con llave, guardando Rebeca ambas llaves en una cartera dentro de otro cajón del citado mueble.

Como quiera que, en los primeros días del mes de junio de 1998, en dicha caja de caudales se guardaban cantidades dinerarias superiores a las habituales, Rebeca procedió a ocultar las llaves citadas bajo el colchón de la cama del dormitorio.

Ello no pudo impedir que fuesen halladas por Salvadora al hacer la cama y dar vuelta al referido colchón, procediendo ésta, el día 4 de junio a utilizarlas para abrir el mueble y la caja de caudales y apoderarse en esa ocasión de 200.000 ptas., parte del dinero que en ese momento había en la caja y que había sido contado un día o dos días antes por Rebeca y Estanislao, dejando las llaves utilizadas nuevamente bajo el colchón».

Se condenó a la acusada como autora de un delito de robo con fuerza en las cosas, previsto y penado en los arts. 237, 238.4, 239.2 y 240 del CP, y se afirma que «lo decisivo es, conforme a reiteradísima doctrina jurisprudencial del TS, que la llave del propietario lleve a la esfera de poder y disponibilidad del autor a través de una falta de autorización del propietario».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 2.^a), nº 397/2020, de 18 de diciembre, dictada en el Recurso de Apelación nº 132/2020, en tal resolución judicial se aceptó íntegramente el hecho probado de la sentencia de 25 de marzo de 2020, del Juzgado de lo Penal nº 4 de Palma de Mallorca, que declaró:

«Probado y así se declara que la acusada... trabajaba como empleada de hogar, en el domicilio..., propiedad de Ana, con una antigüedad de 14 años aproximadamente, realizando su jornada laboral a solas, en el citado domicilio, dado que la propietaria trabajaba en una inmobiliaria. Por tal motivo, disponía de las llaves de la vivienda y tenía pleno acceso a todas las dependencias de la casa y, por ello, sabía que la Sra. Ana tenía dos cajas fuertes en las que guardaba dinero en efectivo.

Dichas cajas se abrían con sendas llaves sin necesidad de combinación. Una de las cajas estaba ubicada en la zona del salón, oculta detrás de los libros del mueble-librería, y la otra estaba en la planta baja, en una habitación- trastero, en la parte inferior de un armario empotrado. La acusada también sabía que las llaves se guardan juntas en el interior de un cajón de un mueble situado en el recibidor. Aprovechando todas estas circunstancias, en fecha no concretada, pero en todo caso entre principios del año de 2017 y el 11 de septiembre del

mismo año, la acusada, actuando movida con el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, haciendo uso de las llaves sin el consentimiento ni el conocimiento de la propietaria, accedió al contenido de las cajas fuertes y sustrajo la cantidad total de 43.000 pts., que la Sra. Ana tenía repartidas entre las dos».

La Sala de apelación confirmó la condena por delito de robo con fuerza previsto en los artículos 237, 238.4, 239.2 y 241, al considerar que «ha quedado probado el elemento típico que diferencia el hurto del robo con fuerza, en este caso, el uso de llaves falsas, considerándose como tales las obtenidas por un medio que constituya infracción penal».

En definitiva, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el hecho declarado probado por el Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, y aceptado en su integridad por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial, es constitutivo de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas mediante el uso de llaves falsas previsto y penado en los arts. 237, 238.4 y 239.2 del CP, al encajar sin duda en un caso de uso de llaves legítimas obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

Quinto. En nuestro caso, la acusada se «hizo» con unas llaves que no estaban a su disposición, y ello con el objeto de abrir la caja de caudales y hacerse en diversas ocasiones con el dinero en metálico que allí encontrase. La cuestión reside en considerar este hecho de hacerse con la llave para tal finalidad como un hurto punible en el Código Penal, o no. De serlo, la calificación de llave falsa es consecuencia de la interpretación que resulta del artículo 239.2 del Código Penal, en este caso como llave legítima obtenida por un medio que constituye infracción penal. La ajénidad de las llaves no se ha discutido por nadie. El ánimo de lucro, tampoco: el ánimo de lucro abarca, según nuestra jurisprudencia, cualquier ventaja evaluable económicamente que pretenda el autor. Ese ánimo de lucro supone el hacerse con la llave para la finalidad expresada. Y tal ánimo de lucro supone la intención del agente de hacerse con el objeto hurtado con la finalidad de incorporarlo a su patrimonio, pero sin que sea necesario, desde luego, tal pertenencia dominical lo sea con una predeterminada extensión temporal (basta por mucho o por poco tiempo). En suma, no forma parte de la propiedad una especie de dominio a perpetuidad, las cosas nos pertenecen y hacemos uso de ellas por más o menos espacio temporal, pero ello no nos priva de su atribución dominical. Quien compra un helado, y a continuación lo consume, el helado es suyo, nadie podría mantener que guarda con él una relación de uso, ajena a la propiedad, aunque tal relación de propiedad fuera ciertamente efímera. Es más, el concepto de lucro en el hurto es tan amplio que

podría comprender el hecho de que la acusada se hubiera «hecho» con una joya de la caja fuerte para lucirla en una fiesta y devolverla más adelante, sin que pudiera considerar que tal apropiación temporal no constituyese un delito contra la propiedad, sino una atípica modalidad de hurto de uso. Con otras palabras, quebranta la propiedad cuando el sujeto obtiene ilícitamente el objeto, sin perjuicio de que pueda devolverse más adelante, pues tal delito estaría ya consumado, y tales avatares conformarían aspectos intranscendentes para el derecho penal en sede de agotamiento de delito y responsabilidad civil. En suma, la fugaz apropiación de un objeto con ánimo de lucro supone ya la consumación de un delito patrimonial de hurto o de robo, sin que nuestro Código Penal exija una pertenencia determinada en el tiempo mientras no se desborden cualquier tipo de barreras temporales, que son innecesarias para su consumación.

Ese el sentido de la expresión llaves legítimas sustraídas al propietario, pues el Código Penal lo acuña pensando en que con tales llaves se va abrir el objeto protegido por las mismas, desde luego tomando este hecho como algo instrumental para acceder al lugar donde se encuentre el objeto apropiado por el autor, bien sea en un bien mueble (una caja de caudales, por ejemplo) o en uno inmueble (un piso, por ejemplo), pues la instrumentalidad de las llaves supone usarlas para allanar tal resorte defensivo (la cerradura), pero ello no impide el propio hurto de las llaves, pues la ley penal lo único que exige es incorporarlas al patrimonio del autor para consumir tan ilegítima apropiación, bastando que con este hecho sean instrumentalmente utilizables para abrir y acceder al lugar protegido, lo que satisface las exigencias de nuestro texto legal, en el artículo 239.2 del Código Penal, cuando requiere que las llaves se obtengan «por un medio que constituya infracción penal».

En suma, nuestra jurisprudencia utiliza un concepto amplio de «infracción penal» para la interpretación de lo que es uso de llave falsa, de manera que tiene cabida dentro de tal concepto, no solamente las conseguidas mediante sustracciones características de un robo o hurto previos, sino también mediante otros apoderamientos, como, por ejemplo, los que se consiguen valiéndose de artificios propios de una defraudación.

Lo decisivo, pues, conforme a una reiteradísima doctrina jurisprudencial, es que la llave usada para abrir el mecanismo de protección del objeto robado, llegue a la esfera de poder y disponibilidad del autor a través de un modo que entrañe falta de autorización del propietario.

En consecuencia, como doctrina de esta Sentencia de Pleno consignamos la siguiente: «La apropiación de unas llaves que no están a disposición del autor y que serán utilizadas para abrir subrepticia-

mente una caja de caudales, supone su obtención por un medio que constituye infracción penal, a los efectos de ser consideradas llaves falsas conforme al artículo 239.2 del Código Penal».

Por lo demás, es obvio que para acceder al lugar donde se encuentra el dinero, esto es, la caja de caudales, hay que fracturarla, o bien emplear el medio de protección constituido por la llave que permite su apertura. Y tanto se trate de una cámara acorazada como una caja de seguridad empotrada en la pared.

Conforme a esta doctrina, el recurso de casación del Ministerio Fiscal será estimado y será rehabilitada la pena decretada por el Juzgado de lo Penal.

(STS 266/2024, 18 de marzo)

ARTÍCULO 268 CP

Excusa absolutoria entre parientes: está fundada en razones de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 CP porque ello provoca una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar; la excusa absolutoria del artículo 268 CP incluye dentro del término cónyuges, a las relaciones estables de pareja asimilables a la relación matrimonial, a los efectos de aplicar la excusa absolutoria; la excusa absolutoria entre parientes debe acordarse en sentencia y determinar si ha existido el delito para su aplicación y consecuentemente declarar en su caso la responsabilidad civil

Analizaremos el segundo pedimento del recurso, la excusa absolutoria. Este instituto participa de la consideración de una opción del legislador penal por la que entiende que, en aquellas situaciones respecto a las cuales se haya podido constatar la existencia de un delito, se excluye la consecuencia jurídica que correspondería al delito para determinadas personas, bajo determinadas circunstancias. No supone una negación del carácter delictivo de los hechos, sino de la pena que fuera procedente, en función de una situación y unas circunstancias peculiares que hacen que el Estado renuncie al ejercicio del *ius puniendi*, pese a la constatación del carácter delictivo del hecho. Se fundamenta en razones de política criminal, en la no necesidad, o la inconveniencia, de que intervenga el derecho penal, sin perjuicio del carácter delictivo del hecho.

Así lo hemos declarado en Sentencias de esta Sala, de la que destacamos las Sentencias 11/2023 (sic), de 15 de febrero y la n.º 928/2021, de 26 de noviembre, que recogen distintos pronunciamientos de esta Sala en los cuales se afirma la naturaleza delictiva del hecho, eximiendo de pena, y manteniendo la responsabilidad civil derivada desea (sic) actuar considerado como hecho delictivo.

En ella recordábamos la STS 618/2010, 23 de junio (con cita en las SSTS 91/2006, de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo) que reflejaba que «la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del artículo 268 del vigente CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad».

Recordábamos también que esta Sala ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia, mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del artículo 637.3 de la LECrim, siempre que estén acreditados suficientemente los presupuestos básicos que requiere la aplicación de aquella (STS 91/2006, de 30 de enero), y una vez acordada la absolución por el delito contenido en la acusación, no es posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que se hubiera derivado del mismo, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente (SSTS 172/2005, de 14 de febrero, o 430/2008, de 25 de junio). De modo que la exención de responsabilidad penal, cuando sus presupuestos fácticos estén claramente establecidos y no resulten razonablemente cuestionados, no autoriza a la prosecución del proceso penal con la única finalidad de establecer la responsabilidad civil, salvo en los casos expresamente contemplados en la ley (en igual sentido la STS 1288/2005, de 28 de octubre).

No obstante ello, en la sentencia que nos sirve de referencia resaltábamos que no faltan precedentes que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el Tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados y aplica luego la excusa para absolver al acusado.

Así, hacíamos mención a la STS 361/2007, de 24 de abril, recordó que el artículo 268 del Código Penal establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos, pues el precepto detalla que « están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...», tratándose de una afirmación normativa que puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a que, una vez apreciada la excusa y declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil mientras no se haya producido una renuncia o reserva de la acción civil.

También a la STS 198/2007, de 5 de marzo, ratificando doctrina anterior de la STS 719/1992, 6 de abril, que subrayaba «...lo mismo si se considera a la llamada «excusa absolutoria» como excusa «personal» que libera de pena, consecuencia y no componente del tipo delictivo, como lo entienden las SSTs de 23 de junio de 1972 y 10 de mayo de 1988, como si se conceptúa a la «punibilidad» como elemento esencial e integrante de la infracción... ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil... según lo prevenido en el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existe datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil, como dice la Sentencia antes citada, de 10 de mayo de 1988».

Una doctrina jurisprudencial que resaltamos que encuentra inspiración en consideraciones legales sobre la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal, pues (como reconoce la STS 618/2010, de 23 de junio), la aparente contradicción entre ambas afirmaciones encontraría una explicación razonable en que, en algunos supuestos, se presenta la necesidad de practicar la prueba en el juicio oral para establecer de forma terminante la concurrencia de los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria –e incluso la existencia del delito, la autoría y la extensión de la propia responsabilidad civil– y, además, la conveniencia de no repetir un proceso que, en sus extremos más trascendentales, entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya

se había desarrollado en su integridad, con respeto a los derechos de todos los afectados.

A la sentencia que conduce la reflexión anterior, se han añadido muchas otras.

La STS 851/2016, de 11 de noviembre, indica que «resulta evidente que para poder aplicar la excusa absolutoria de referencia, antes se precisa mediante el seguimiento del proceso debido en todas sus fases, el desarrollo de una prueba que justifique la existencia del delito imputado y, a pesar de ello, la extinción de la derivada y correspondiente responsabilidad penal, con declaración e inclusión en el fallo de la subsistente responsabilidad civil».

La STS 63/2018, de 12 de diciembre, precisa que «si concurriera la excusa absolutoria, podría llevarse a cabo pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil. Otra cosa es que se hubiere dictado sentencia absolutoria, sin la aplicación de la excusa absolutoria».

La STS 436/2018, de 28 de septiembre, subrayaba que «entre los parámetros de actuación para la aplicación de la excusa absolutoria, está que no quede excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida en la sentencia penal que haya recogido la excusa, o bien si se acepta en la fase de instrucción, dejando abierta la vía civil para ello».

Y, por su parte, la STS 669/2014, de 15 de octubre, como también la STS 616/2018, de 11 de abril, proclaman que «la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal no interfiere en lo relativo a la responsabilidad civil, porque que queden sin punición los hechos comprendidos, no los transmuta, entre los sujetos relacionados por alguna de las clases de parentesco descritas, en lícitos; las notas de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad por esa mera circunstancia parental no desaparecen, aunque se exima de penal».

En los mismos términos se pronuncian las SSTs 175/2014, de 5 de marzo o 551/2019, de 12 de noviembre.

Consecuentemente, del examen de las actuaciones resulta que existió acción por parte de la acusación pública, y también por la acusación particular con un contenido concreto de pretensión de aplicación de la excusa absolutoria, y resarcimiento indemnizatorio, por el Ministerio Fiscal, y también hemos declarado la procedencia de la acción penal referida por la acusación particular que postuló la condena por delito de apropiación indebida.

Procede en consecuencia, declarar la nulidad de las actuaciones para retrotraer la causa al inicio del juicio oral momento anterior al estudio de las cuestiones previas planteadas en el juicio para, tras la celebración del juicio resolver las pretensiones acusatorias deducidas en el juicio oral.

(STS 195/2024, 29 de febrero)

ARTÍCULO 270 CP

Delito contra la propiedad intelectual. Condena al empresario por comercializar más de tres mil bolsos falsos de la marca «Desigual». Los modelos incautados reproducían de forma no autorizada los estampados protegidos que constituyen creaciones artísticas de la marca registrada. La comercialización no autorizada de productos que incorporen obras plásticas inscritas por un tercero en el Registro de la Propiedad Intelectual que se han aplicado a un producto útil – bolso, monedero, camiseta, etc.– es una conducta enmarcable dentro del delito contra la propiedad intelectual

Razona la defensa de la entidad recurrente que el motivo que da vida a la presente queja sólo suscita una cuestión jurídica, esto es, si la comercialización no autorizada de productos que incorporen obras plásticas inscritas por un tercero en el Registro de la Propiedad Intelectual que se han aplicado a un producto útil –bolso, monedero, camiseta, etc.– es una conducta enmarcable dentro del delito contra la propiedad intelectual (art. 270 CP); o si por el contrario, dicha conducta no puede tipificarse con arreglo a ese precepto.

La cuestión suscitada es verdaderamente controvertida, hasta el punto de que, como se razona en el desarrollo del motivo, las distintas Audiencias Provinciales –incluso distintas Secciones de una misma Audiencia– vienen ofreciendo respuestas contradictorias.

Sigue razonando la defensa –con encomiable rigor casacional– que es constatable una línea interpretativa, seguida por la sentencia que es objeto del presente recurso, que entiende que el artículo 270 del CP protege a la obra artística considerada como una individualidad y no la utilización de la misma por un tercero como parte de un producto destinado a la explotación comercial, por ejemplo, un bolso o un monedero. De ahí que, supuestos como el que nos ocupa, deben quedar extramuros de la protección penal. Frente a este criterio, no faltan otros pronunciamientos jurisdiccionales que defienden que el acto consistente en comercializar productos que incorporen obras plásticas de terceros sí es subsumible en el ámbito objetivo del artículo 270 del CP, aunque esas obras plásticas se hayan aplicado a un producto útil. Es más, esta última línea argumental –que en resumen se centra en otorgar protección por derechos de autor a las obras plásticas aplicadas a productos útiles, como productos textiles– también ha sido seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el conocido caso Cofemel (Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17).

La sentencia recurrida –aduce la defensa– fundamenta la absolución del acusado Jaime, con apoyo de la doctrina dictada por distintas Audiencias, conforme a la cual «...el objeto de protección del delito del artículo 270 CP es la obra artística considerada como individualidad, no la utilización de la misma como parte de un producto destinado a su explotación comercial como individualidad distinta y en el que la obra artística puede insertarse como elemento diferenciador o identificativo. En consecuencia, al igual que la conclusión que alcanzan en las resoluciones aludidas, con la exposición al público para su venta de los productos intervenidos no se estaba llevando a cabo la explotación económica de la obra artística, sino la venta de unos objetos de similares características a los comercializados por una marca».

Con cita de los arts. 270 del CP y 10.1.e) de la Ley de Propiedad Intelectual, sostiene el recurrente que «... parece incuestionable que dentro del ámbito de protección de las obras a las que se refiere el artículo 270 CP deben entenderse incluidas las obras plásticas aplicadas a un producto. Es decir, la conclusión de la Sentencia que ahora se recurre (y la seguida por las distintas Sentencias citadas en la misma), referida a que una obra cuando se aplica a un producto para su comercialización «pierde su individualidad», y por tanto su reproducción por un tercero no autorizado, no entraría dentro del ámbito de protección del artículo 270 es totalmente errónea y colisiona frontalmente con la literalidad de lo dispuesto en el artículo 270 CP».

La sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17, entiende la defensa, respaldaría la tesis que abandera el presente recurso que, además, cuenta con el apoyo de las resoluciones dictadas en similar sentido por distintas Audiencias Provinciales.

El motivo tiene que ser estimado.

2.2 El artículo 270 del CP castiga a quien «...con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios».

El artículo 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que son «objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...». Y el apartado e) de ese mismo artículo incluye en la enumeración *ad exemplum* que incorpora: «las

esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas».

Por consiguiente, la comercialización no autorizada de una obra plástica estaría comprendida en el ámbito de protección que el artículo 270 del CP otorga al creador de toda obra artística.

2.2.1 En el concepto de obra plástica la dogmática diferencia, en función de su propia morfología y de la funcionalidad para la que son creadas, distintas realidades. De un lado, lo que pueden considerarse obras plásticas genuinamente artísticas, esto es, obras de arte concebidas y dedicadas exclusivamente a ser contempladas y, en su caso, reproducidas en un único ejemplar o en ejemplares limitados. Son, por tanto, obras destinadas a incorporarse al patrimonio cultural de una sociedad.

De otra parte, aquellas obras que añaden a un diseño creativo y artístico la singularidad de tener como destino el ser incorporadas a objetos industriales con el fin de aumentar su valor estético y comercial. Por último, los diseños propiamente dichos, que no son sino creaciones de forma de carácter estético que hacen los productos más atractivos para el consumidor, pero que carecen del nivel artístico que es propio de los otros dos tipos de obras.

La protección jurídica de cada una de estas realidades creativas se articula a través de distintos sistemas, en función de la posible convergencia entre los derechos inherentes a la propiedad intelectual o industrial –sistemas de no acumulación, acumulación absoluta y acumulación restringida–. Cada uno de ellos dispensa al creador un grado de tutela de distinta intensidad y repercute en temas de especial importancia como la obligatoriedad o no del registro y la duración de la protección.

En el presente caso, sin embargo, más allá del debate académico sobre la intensidad de los mecanismos tuitivos que merezca cada una de las obras plásticas, el grado de protección ya había sido decidido por el titular de los derechos de explotación. Según se describe en el hecho probado, se trataba de los estampados que constituyen creaciones artísticas de la marca registrada «DESIGUAL», siendo titular de los derechos de explotación de propiedad intelectual la entidad mercantil «ZY SL». En la entrada y registro practicado en el establecimiento YY, sito en calle 001 de Manises, fueron hallados 3.746 bolsos cuyos diseños eran imitación de los diseños originales inscritos en el Registro de la Propiedad Intelectual de Madrid con asiento registral 16/2015/6654 concedido en fecha 02.11.2015. En consecuencia, la originalidad, capacidad de innovación y la exclusividad de esos estam-

pados había sido ya reconocida a través de una inscripción en los asientos del Registro de la Propiedad Intelectual que, desde ese mismo momento, blindaba al creador frente a utilizaciones in consentidas de los diseños.

2.2.2 La tesis de la sentencia recurrida que ha llevado a la absolución de los acusados desprotege, con una argumentación que la Sala no comparte, las obras plásticas aplicadas, esto es, aquellas que se incorporan a un producto que después se comercializa enriqueciendo su atractivo comercial y, por tanto, su valor económico.

Esta interpretación pugna con la literalidad del artículo 270.1 del CP, en el que se castiga a quien «...en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya (...) o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra (...) artística (...) o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». El ámbito de tipicidad que describe este precepto impide considerar ajenos a la protección penal aquellos casos en los que la obra plástica protegida registralmente va más allá de la finalidad estética de su simple contemplación visual y se reproduce e incorpora a un objeto útil –en el presente caso, 3.746 bolsos– que incrementa mediante la imitación su valor económico.

La sentencia recurrida desliza la idea de que la obra plástica aplicada, en lo que tiene de diseño, sólo encontraría protección entre los derechos de la propiedad industrial. Sin embargo, la resolución que se cuestiona no se detiene en las consecuencias que se derivarían en el orden penal de esa pretendida mutación de la naturaleza del derecho que reivindica protección. El artículo 273.3 del CP también protege la exclusividad en la explotación de los dibujos industriales o artísticos. Vaya por delante que los estampados de la obra «colección desigual otoño–invierno 2015» y de la obra «colección Desigual primavera–verano 2016» a favor de ZY S. L no parecen identificables con las notas definitorias que son propias del diseño industrial. Pero, aunque lo fueran, el artículo 3.2 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que « Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con (...) los otros derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra».

2.2.3 La sentencia del TJUE 27 de enero de 2011 –Sala Segunda, C- 168/2009– dictada a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano, en el marco del litigio entre Flos Spa y Semerano Casa e Famiglia, tiene por objeto la interpretación de los artículos 17 y 19 de la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y

modelos. Son muchas las cuestiones allí abordadas, vinculadas a la protección de derechos de autor, en aquel caso, del diseño de unas lámparas, su marco temporal de duración y los efectos de la publicación de la directiva respecto de aquellos derechos que ya habían entrado en el dominio público. Pero sí resulta de interés para el tema que centra nuestra atención subrayar la respuesta del TJUE cuando afirma que es contraria a la Directiva 98/71 la normativa de un Estado miembro que excluya la protección mediante el derecho de autor a aquellos dibujos y modelos registrados en un Estado miembro cuando cumplan todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección.

Más próxima al objeto del presente recurso de casación es la sentencia del TJUE 12 de septiembre de 2019 –Sala Tercera, C-683/2017–. Esta resolución dio respuesta a la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Supremo de Portugal, en el conflicto Cofemel y G. Star Raw CV.

La respuesta que ofrece el TJUE subraya la necesidad de no extender más allá de lo indispensable la protección jurídica a creaciones que sólo aportan un efecto visual valorable desde una perspectiva estética. Así, considera contrario al ámbito de protección que dispensa el artículo 2.1.i) de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, una normativa nacional «... que confiera protección con arreglo a los derechos de autor a modelos como los modelos de prendas de vestir controvertidos en el litigio principal, en atención a que, más allá de su finalidad práctica, generan un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético».

Es evidente, pues, que un efecto visual más o menos atractivo y estético no puede justificar una protección exclusiva desde la perspectiva de los derechos de autor. De lo contrario –así lo entiende también esta Sala– una desmedida extensión de la tutela jurídica que confiere un derecho excluyente a su creador, implica el riesgo de convertir el artículo 10.1 e) de nuestra Ley de Propiedad Intelectual en un auténtico cajón de sastre que habilitaría solicitar protección por derechos de autor frente a creaciones que sólo aportan un efecto visual propio desde el punto de vista estético. La propia expresión «todo tipo de objetos personales» que emplea aquel precepto revela una clara voluntad legislativa de *numerus apertus*. Pero dicha expresión choca con el concepto que caracteriza la verdadera «obra artística» merecedora de protección, caracterizada por la exclusividad creativa, por una originalidad que no se puede predicar de «cualquier objeto personal».

Y la obra artística que reúne los requisitos –objetivos y subjetivos– que el propio TJUE define en los apartados 28 a 35 de la sentencia 12

de septiembre de 2019, no la que se limita a un efecto visual más o menos estético, ha de contar con la protección de los Estados.

De acuerdo con esta premisa, «... el concepto de «obra» constituye, tal como resulta de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una noción autónoma del Derecho de la Unión que debe ser interpretada y aplicada de manera uniforme y que supone la concurrencia de dos elementos acumulativos. Por una parte, este concepto implica que existe un objeto original, en el sentido de que el mismo constituye una creación intelectual propia de su autor. Por otra parte, la calificación como obra se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 2009, *Infopaq International*, C-5/08, EU: C:2009:465, apartados 37 y 39, y de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU: C:2018:899, apartados 33 y 35 a 37, y la jurisprudencia citada)».

Sigue razonando el TJUE que «... para que un objeto pueda considerarse original, resulta al mismo tiempo necesario y suficiente que refleje la personalidad de su autor, manifestando las dicesiones libres y creativas del mismo (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU: C:2011:798, apartados 88, 89 y 94, y de 7 de agosto de 2018, *Renckhoff*, C-161/17, EU: C:2018:634, apartado 14)». En cambio, cuando la realización de un objeto ha venido determinada por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no han dejado espacio al ejercicio de la libertad creativa, no puede considerarse que dicho objeto tenga la originalidad necesaria para constituir una obra (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco y otros*, C- 604/10, EU: C:2012:115, apartado 39 y jurisprudencia citada).

A la concurrencia de una originalidad creativa ha de añadirse «... la existencia de un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU: C:2018:899, apartado 40)», sin que sea suficiente para etiquetar como obra protegible la impronta subjetiva que la contemplación de esa creación puede generar en el espectador. De ahí «...la necesidad de descartar cualquier elemento de subjetividad, perjudicial para la seguridad jurídica, en el proceso de identificación del citado objeto implica que este ha de ser expresado de forma objetiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU: C:2018:899, apartado 41)».

De ahí que «... una identificación basada esencialmente en las sensaciones, intrínsecamente subjetivas, de la persona que percibe el

objeto en cuestión no cumple la exigencia requerida de precisión y objetividad (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU: C:2018:899, apartado 42)».

Pues bien, cuando se dan esas circunstancias, descartada la artificiosa protección de objetos que sólo generan un efecto visual desde el punto de vista estético, la obra artística ha de «... disfrutar de protección con arreglo a los derechos de autor conforme a la Directiva 2001/29, sin que el grado de libertad creativa de que dispusiera su autor condicione el alcance de esa protección, que no es inferior al que se reconoce a cualquier obra comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU: C:2011:798, apartados 97 a 99)».

2.2.4 A la vista de este amplio cuerpo de jurisprudencia emanada del TJUE, ninguna duda alberga la Sala de que, ateniéndonos al relato de hechos probados proclamado por el Juez de lo Penal, los imitativos estampados de la firma DESIGUAL adheridos a los bolsos distribuidos por los acusados iban mucho más allá de unos simples objetos destinados a una finalidad práctica y limitados en su diseño a generar un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético. Se trataba, por el contrario, de obras artísticas que reunían todas las condiciones exigidas para la protección penal de la creatividad intelectual, contando a su favor con la correspondiente inscripción del Registro de Propiedad Intelectual, en los términos que se concretan en el relato de hechos probados.

La vulneración de su exclusiva singularidad está expuesta y razonada en la resolución dictada en la instancia: «... expuesto el resultado de los tres informes periciales, ratificados y explicados en el acto del juicio, y observadas las fotografías y piezas de convicción, se concluye, de conformidad con lo expuesto en los tres primeros dictámenes, que en los bolsos intervenidos se reproducían total o parcialmente los diseños de Desigual de las colecciones registradas. (...) Y el hecho de que no se trate de una copia exacta no desvirtúa esta conclusión. Es obvio que existe alguna modificación en cuanto al color y tamaño, y es obvio que pueden utilizarse rosetones, mandalas y manchas de pintura como decoración en cualquier producto, pero en concreto estas manchas, rosetones o mandalas tienen tantas coincidencias que determinan que sean una copia del diseño registrado, tal y como se determina en los tres primeros informes periciales antes referidos, siendo de destacar el informe emitido por la Policía Científica, por su indiscutible objetividad y que coincide plenamente con el elaborado tanto por las representantes del departamento jurídico de protección y defensa de marca y producto del grupo de empresas Desigual como

con el elaborado por D.^a Isabel. Por lo tanto, tal y como se desprende de los referidos informes periciales, el número de coincidencias existente en los estampados permite afirmar que existe un plagio, en los términos jurisprudencialmente exigidos».

Por consiguiente, no existen razones que justifiquen la exclusión protectora que el artículo 270.1 del CP dispensa a la obra artística de la que pueda predicarse su genuina autenticidad y originalidad creativa y que, por supuesto, vaya más allá de un valor sólo atribuido a partir de la percepción subjetiva de quien la contempla.

(STS 193/2024, 29 de febrero)

ARTÍCULOS 305 Y 390 CP

Delito fiscal. «Caso papeles del Partido Popular». Ocultación de ingresos con el fin de sustraerlos de la tributación del Impuesto de Sociedades mediante pagos en negro de obras de remodelación de la sede del Partido Popular. Cooperación necesaria del tesorero del partido político y autoría de los administradores del estudio de arquitectura encargado de la obra que recibió los pagos en «b». Revisión a la baja de la cuota defraudada al no poder incluirse en lo defraudado las cantidades que habían tributado efectivamente el ejercicio siguiente, aunque por un tipo impositivo más bajo. El fraude solo comprendería ese tanto por ciento inferior, pero no el total de la cuota que, en su mayor parte, fue declarada y liquidada. Falsedad ideológica cometida por particular. Las certificaciones y facturas incompletas, con las que se daba soporte a los cobros, no son veraces. Cierta que elementos contextualmente falsarios, pues todo lo que consta es cierto, pero no consta todo lo que debiera constar, aunque es un apartamiento de la realidad parcial que no permite tildar al documento de simulado en los términos fijados por la jurisprudencia

Cuarto. Los motivos segundo a cuarto comparten temática: combaten la condena por el delito de defraudación tributaria acudiendo a argumentos de naturaleza no estrictamente penal, sino fiscal, aunque con clara e innegable trascendencia penal.

Es un lugar común recordar el carácter de norma penal en blanco del artículo 305 CP: constituye uno de los más emblemáticos ejemplos. Toda la normativa tributaria adquiere relevancia para la delimitación de sus contornos típicos. Los conceptos manejados por el artículo 305 han de perfilarse con el auxilio de las leyes tributarias (art. 7 LECrim).

Los tres motivos dan vueltas, con enfoques diferentes, al mismo punto: la imputación temporal de los ingresos.

La sentencia es fiel a lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, siguiendo lo indicado por los peritos de Hacienda (...).

Con ese prisma –que explica con detalle la fundamentación jurídica– realiza la Audiencia, la liquidación del ejercicio del año 2007, arrastrando al mismo, ingresos que la Sociedad habría llevado al ejercicio siguiente.

La práctica en la mercantil –se replica– era atender al ingreso efectivo, a la facturación. El momento del cobro determinaba el ejercicio en el que había que declarar. Eso le condujo a incluir en su declaración de 2008 unos ingresos que correspondían a certificaciones de obra giradas en 2007, y que, según la Hacienda en criterio asumido por la Audiencia, debieran haberse consignado en la declaración correspondiente a 2007. La Audiencia atribuye a ese desplazamiento un componente defraudatorio intencional: en 2008 el tipo del impuesto de sociedades fue reducido un 2,5 %. Ese dato no habría sido ajeno a esa decisión empresarial.

El motivo tercero defiende la corrección y legitimidad del criterio usado por la sociedad. En su defecto, se trataría de un tema controvertido y discutible jurídicamente y, por tanto, inidóneo para dar el salto a lo que debe entenderse por defraudar, conducta en la que no encajan las simples discrepancias en la interpretación de la norma.

El motivo segundo, muy vinculado al siguiente, enfoca la cuestión desde la perspectiva del tipo subjetivo: sea cual sea la solución que se dé a esa cuestión, la actuación fiscal de la sociedad –menos aún la del acusado– no habría estado presidida por la intención de menguar los ingresos en la hacienda como consecuencia de la rebaja del tipo impositivo. La sentencia –se queja el recurso– no realiza esfuerzo argumentativo alguno para sostener esa intencionalidad, no congruente con una indiscutida realidad: ese criterio fue mantenido constantemente por la sociedad, más allá de las coyunturas; es decir, se produjese o no algún impacto fiscal.

Por fin, el motivo cuarto se adentra en la tarea de reajustar las liquidaciones de los ejercicios anteriores (2006) y posteriores (2008) para rehacer las cuentas y tratar de demostrar que la Sociedad, en virtud de compensaciones por ingresos indebidos de esos ejercicios, adeudaría una cantidad insignificante por el ejercicio de 2007, muy inferior, desde luego, a los 120.000 euros que marcan la frontera entre el delito fiscal y la infracción administrativa, en virtud tanto de los

pagos correspondientes al impuesto de sociedades de 2008 donde se incluyeron los ingresos desplazados al 2007; como de las hipotéticas bases imponibles negativas que arrastraría del ejercicio de 2006 por el desplazamiento a ese ejercicio de gastos que habían sido computados en 2007.

Quinto. Unificaremos el análisis de los motivos segundo y tercero. Perderán casi toda relevancia desde el momento en que, asumiendo la posición del Fiscal en la instancia, que es invocada en su apoyo por el recurrente, entendemos que no ha sido correcto ignorar la declaración del IS de 2008 y los pagos efectuados en ese momento por la entidad. Limitarse a trasladar a 2007 los ingresos declarados en 2008 y sus correlativos gastos, haciendo completa abstracción de que la cuota declarada por el ejercicio de 2008, que incluía esos ingresos, fue efectivamente abonada, no es correcto. Consta así; y así lo refleja la sentencia. Si la Audiencia se resiste a introducir ese correctivo es por fútiles razones que parecen inspiradas en una, ininvocable en vía penal, prejudicialidad administrativa: ese ejercicio estaría pendiente de revisión por la AEAT.

Ciertamente. Pero eso no puede impedir al Tribunal Penal –de hecho, ese ejercicio fue investigado en la fase de instrucción– conocer de cualquiera de sus implicaciones con incidencia en el asunto sometido a su enjuiciamiento. Que puedan aparecer –lo que en la investigación penal no se ha puesto de manifiesto –impagos, o irregularidades en el ejercicio de 2008 es una hipótesis; solo una hipótesis; incluso, si se quiere, una hipótesis probable por el modo de operar de la Sociedad. Pero lo que es indubitado es que en ese ejercicio (2008) se incluyeron ciertos ingresos devengados el anterior (2007) y se tributó por ellos, bien que bajo un tipo del 30 %, y no del 32,5 %. Esos ingresos no se ocultaron. Fueron declarados fielmente. Por tanto, la defraudación ligada a ese desplazamiento temporal solo puede ascender a ese 2,5% de rebaja improcedente; pero no a todo su monto. Son ingresos declarados a Hacienda y que han tributado, bien que a un tipo inferior.

El Fiscal en la instancia, con acierto en opinión de esta Sala, consideró que ese pago debía menguar el importe de la cuota defraudada en tanto significaría materialmente una regularización.

En verdad, la regularización solo es exoneratoria si es completa (art. 305). Pero es que, respecto de ese 30% tributado, en rigor no puede hablarse propiamente de cuota defraudada.

El llamado principio de estancueidad impositiva no puede ser trasplantado sin matizaciones –y no pocas– al derecho penal.

Cuando un plan defraudatorio supone un ahorro fiscal global por la técnica artificiosa de simular que determinados ingresos han de tributar por un concepto distinto del procedente, el importe de lo defraudado no se determina atendiendo a lo dejado de tributar por el impuesto eludido. A esa cantidad deberá restarse lo pagado indebidamente en otro concepto.

(...) En este caso, si el mecanismo defraudatorio según la sentencia consistía en llevar al ejercicio de 2008 ingresos devengados en 2007 para acogerse al tipo menos elevado (un 2,5%), lo defraudado no será la totalidad de lo debido y no declarado por IS de 2007 (aunque sí en el de 2008), sino tan solo el 2,5% de esa cifra.

Ya sea por estimar que se trata de una regularización parcial espontánea (como ha entendido el Ministerio Fiscal, aunque esta tesis tropezaba con alguna dificultad legal); ya, más bien, por entender que propiamente lo defraudado viene constituido en exclusiva por el indebido ahorro que buscaba el autor, resulta artificioso decir que se ocultaron todos los ingresos de 2007, ignorando así que fueron declarados, cierto es que en el ejercicio siguiente. No es lo mismo dejar de pagar de forma definitiva 100, que dejar de pagar un ejercicio 100, para conseguir pagar solo 80 en el siguiente ejercicio. En un caso se defraudan 100; en el otro 20. No pueden ser equiparados ambos supuestos.

No es este tema nuevo en nuestra jurisprudencia, en la que, además, detectamos supuestos en que es la AEAT la que procede con toda lógica de esa forma. (...) En consecuencia y volviendo a nuestro asunto, hemos de reducir el importe que estima la Sala defraudado.

(...) En ese escenario podríamos incluso aceptar que la decisión de desplazar al ejercicio de 2008 ese volumen de ingresos fue producto de una práctica habitual e inercial, no conforme con la normativa pero, concedamos, que, en alguna medida era argumentable, y no el resultado de una estrategia coyuntural encaminada a aminorar en un 2,5 % la cuota debida. Aunque –insistiremos–, ese dato no debió pasar inadvertido en absoluto; no se despreciaría. No obstante, es argumento no totalmente desdeñable el exhibido en el recurso: en ejercicios anteriores y posteriores, y pese a la ausencia de todo impacto fiscal (esta mención –hay que puntualizarlo– es inexacta: en 2006 el tipo era del 35%), la empresa seguía esa pauta de actuación. No se generó a raíz de ese cambio del tipo del impuesto de sociedades.

Sea como sea, eso –que solo admitimos a efectos dialécticos– no evaporaría la trascendencia penal de los hechos. La principal estrategia defraudatoria consistía en la ocultación de ingresos. Resultó adecuada por sí sola para determinar una cuota impagada superior al dintel de los ciento veinte mil euros. También cuando en los primeros

compases del procedimiento se puso la vista en el ejercicio de 2008, se superaba esa barrera.

Que el acusado no utilizase el corrimiento de ejercicio de los ingresos de forma consciente y deliberada y animado por el propósito específico de defraudar a la Hacienda consiguiendo una reducción del tipo impositivo aplicable, no diluye su dolo defraudatorio respecto de los ingresos recibidos de forma opaca y no declarados. Con eso quedan más que satisfechas las exigencias del tipo subjetivo.

Por lo demás, el importe superior a ciento veinte mil euros, en la concepción mayoritaria de la jurisprudencia, merece la catalogación de condición objetiva de punibilidad lo que también arrastraría algunas consecuencias en este terreno de discusión desactivando cualquier potencialidad del argumento defensivo para variar la condena.

(...) Las certificaciones que se tachan de falsarias –se arguye– no encuentran adecuado acoplamiento en el artículo 390.1.2 (simulación total o parcial de documento), sino en el artículo 390.1.4 (faltar a la verdad en la narración de los hechos). Esa reubicación deja sin muleta la remisión del artículo 392 (falsedad de particulares) que solo se puede apoyar en los tres primeros ordinales del artículo 390.1; nunca en el 4.º La falsedad ideológica por particulares quedó destipificada en el CP 1995 según venía reclamando la doctrina. Las mentiras por escrito realizadas por particulares no gozan de ninguna credibilidad reforzada garantizada por el ordenamiento. En congruencia con esa constatación, quedan, en principio y a salvo supuestos especiales, al margen del derecho penal.

El motivo va a ser acogido. Los hechos sobre los que se basa ese pronunciamiento condenatorio no son típicos.

Consisten, en esencia, en la emisión de unas certificaciones y las correlativas facturas que reflejaban obras y pagos verdaderos y reales, pero incompletos. Se recogen partidas y abonos que se ajustan a la realidad (se hicieron verdaderamente); pero no la reflejan de forma completa, en tanto se omiten partidas, desembolsos y conceptos. La sentencia de instancia, con la claridad y minuciosidad de que hace gala en todos sus apartados, justifica esta condena buscando soporte en una jurisprudencia de esta Sala que, es justo reconocerlo, ha sido zigzagueante y en ocasiones, confusa, si no contradictoria.

(...) El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala 2.ª de 26 de febrero de 1999, respaldado por una muy apretada mayoría, consideró punible la creación por particulares de documentos totalmente falsarios en su contenido, en tanto reflejasen operaciones inexistentes. Suponían simular un documento. Además de falsedades materiales (confección de un documento ficticio), el artículo 390.1.2 podía acoger casos de docu-

mentos con contenido totalmente ficticio, simulado (SSTS 817/1999, de 14 de diciembre; 1282/2000, de 25 de noviembre; 1649/2000, de 28 de octubre; 1937/2001, de 26 de octubre; 704/2002, de 22 de abril; 514/2002, de 29 de mayo; 1302/2002, de 11 de julio; 1536/2002, de 26 de septiembre; 325/2004, de 11 de marzo, entre muchas).

Se pronunció en esos términos la STS 1/1997 (caso Filesa): el otorgamiento de facturas falsas por particulares era conducta típica por constituir una simulación total del documento mercantil, al no responder a lo que su contenido manifiesta.

Apenas unos meses después, la STS 224/1998 (caso Argentina Trust), consideraba que las facturas falsas no simulan un documento. La factura es auténtica. Quien otorga el documento es verdaderamente el declarante. Aunque no sea verdad que la factura obedezca a los trabajos que en ella se refieren, esto no convierte en simulada la factura; simplemente, en mendaz.

La mentira de particulares no distorsiona las funciones esenciales del documento. Este sería auténtico, pero carecería de efectos probatorios *erga omnes*. Estaríamos ante una falsedad ideológica, atípica cuando la realiza un particular.

El citado Acuerdo del Pleno del TS de 26 de febrero de 1999 trató de homogeneizar la disparidad de enfoques, decantándose la mayoría en la forma expresada. El criterio fue avalado por el Tribunal Constitucional. Era una interpretación del artículo 390.1.2.º CP compatible con el principio de legalidad (STC 123/2001).

No siempre se ha aplicado con idénticos parámetros esa doctrina. No faltan oscilaciones, y modulaciones de todo tipo. Es, en todo caso, la mayoritaria.

Nos hacemos eco, ahora por ser muy recientes, de unas precisiones realizadas por esta Sala extrayendo del ámbito del artículo 390.1.2 CP los casos de simulación de contratos. Es la STS 298/2024, de 8 de abril. Entiende que las facturas extendidas para documentar unos pagos reales derivados de una contratación simulada no constituyen falsedad.

La catalogación de esos documentos como simulados no es correcta. Se parte –argumenta la sentencia– de una indefensible equiparación entre lo que es un documento simulado con un contrato simulado.

Los contratos simulados contienen elementos falsarios pues su contenido no se ajusta totalmente a la realidad. No puede decirse, en cambio, que sean documentos simulados en el sentido del artículo 390.1.2 CP: «Los documentos en sí son auténticos: exteriorizan lo que realmente han querido plasmar sus intervinientes. La falsedad es ideológica: se ha hecho constar una realidad negocial simulada.

Pero el documento, como base que plasma las manifestaciones realizadas, no se ha fingido. Lo simulado es el contrato; no el documento. Para sancionar la simulación contractual existe otro tipo penal que carecería de todo sentido si desbordamos la interpretación literal del artículo 390.1.2 introduciendo en su perímetro, a base de jugar con las palabras, simulaciones (se falsea la manifestación; pero no el documento) ideológicas».

Tras ese razonamiento, se concluye que las facturas que documentan pagos efectivamente realizados, pero ligados al contrato simulado, es decir, trayendo causa de una realidad diferente de la consignada, no son documentos simulados. Lo simulado o fingido es la realidad documentada como causa del pago, no el documento mismo.

Aquí, en forma paralela, lo que se simula no es el documento. Solo se aparenta que lo que refleja constituye la totalidad de la obra o la totalidad del pago. Esa es la realidad simulada.

Todo lo atinente a las falsedades cometidas por particulares está, ciertamente, precisado de nuevas y progresivas aclaraciones jurisprudenciales. Así se viene haciendo (*v.gr.* con la acotación de lo que debe entenderse por documento mercantil).

Pero en este caso, sin apartarnos de la línea jurisprudencial vigente, sin innovaciones, ha de concluirse que los hechos son atípicos. Se trata de una mera falsedad ideológica cometida por particular, no reconducible a ninguno de los tres primeros apartados del artículo 390.1. Para que pueda tener alguna operatividad en este campo el artículo 390.1.2 CP, es preciso un documento que recoja algo totalmente inveraz o absolutamente ficticio. Las inveracidades parciales (consignar en una factura un precio distinto del real; no reflejar en el documento la totalidad de las obras; omitir alguno de los conceptos que debieran incluirse...) no desbordan el ámbito del artículo 390.1.4 CP. Otra exégesis llevaría a tildar de falsedad penalmente relevante cualquier apartamiento, por nimio que fuese, de lo consignado en el documento respecto de la realidad, generando una tipicidad desbordada. Plasmar un solo euro por debajo del precio efectivamente abonado sería delito.

(...) Las certificaciones y facturas incompletas no son veraces. Contienen elementos contextualmente falsarios (todo lo que consta es cierto; pero no consta todo lo que debiera constar). Pero es un apartamiento de la realidad, parcial. No permite tildar al documento de simulado en los términos fijados por la jurisprudencia. No se generan esos documentos –utilizando la terminología de nuestra jurisprudencia– para acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente (acto inexistente, con relevancia jurídica para tercero),

sino para transmitir una imagen no fiel de una realidad, de una relación existente. Es documento genuino (está confeccionado por los que lo acuerdan); es auténtico en el sentido de que es el realmente acordado y está confeccionado en los términos pactados; pero es parcialmente inveraz en cuanto omite datos. No recoge la totalidad de los pagos y los conceptos, pero los que consigna son reales.

Es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad, expresa la sentencia de instancia haciéndose eco de la jurisprudencia.

Pues bien, en este caso los documentos no carecen absolutamente de verdad. Se limitan a no recoger una parte de ella. Los documentos aquí analizados, así pues, quedan fuera del campo perfilado por la jurisprudencia que cita la sentencia profusamente. No contradice esa aseveración la STS 425/2021, de 19 de mayo. La doctrina evocada por la sentencia lo pone así de manifiesto.

(STS 1033/2024, 14 de noviembre)

ARTÍCULO 392 CP

Falsedad en documento oficial por particular. Soporte material totalmente falso siendo tanto la fotografía como todas las circunstancias y datos de identidad que se plasman en el mismo verdaderos: falsedad del soporte material del documento que no incide en la veracidad de los datos e información que incorpora. Falsedad meramente formal sin trascendencia para el tráfico jurídico

El hecho probado, al que debemos atenernos en atención al motivo empleado, declara que, al ser requerido D. Roque en un control de tráfico por la Guardia Urbana para que mostrara su documentación, presentó a los agentes un permiso de conducir colombiano con la fotografía y a nombre del acusado totalmente falso.

Tal circunstancia no solo no ha sido negada por las partes, sino que la pericial practicada y no impugnada, tras comparar el documento con documentos indubitados de la República de Colombia, ha concluido que es íntegramente falso.

Ello no obstante, ha podido comprobarse, y es un hecho incontrovertido, que, efectivamente, la fotografía y los datos de identidad que aparecían en el documento correspondían con los del acusado, quien además tenía permiso de conducir vigente en su país de origen (Colombia).

(...) Conforme exponíamos en la sentencia 165/2010, de 18 de febrero, «La doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que no es suficiente para apreciar los delitos de falsedad con que concu-

rran los elementos integrantes del tipo, sino que se requiere, además, que la acción merezca al ser contemplada desde una perspectiva material la consideración de antijurídica. Ello significa que deben quedar fuera del marco punitivo aquellos actos falsarios que no menoscaben el bien jurídico que tutela la norma penal, (...).

Este Tribunal de Casación ha establecido en reiteradas resoluciones que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3-3; 845/2007, de 31-10; 1028/2007, de 11-12; y 377/2009, de 24-2, entre otras). Se ataca a la fe pública y, en último término, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (STS 13-9-2002).

Y también se ha argumentado que sólo cifrándolo en el tráfico jurídico es posible captar plenamente el sentido de este tipo de delitos falsarios, pues sólo en la medida en que un documento entra en ese tráfico o está destinado al mismo, su adulteración cobra relevancia penal. Por ello, esta Sala tiene declarado que no se comete el delito de falsificación documental cuando, no obstante concurrir el elemento objetivo típico, se aprecie en la conducta del agente una finalidad que resulte ser inocua o de nula potencialidad lesiva. Ahora bien, para clarificar cuáles son los elementos o requisitos de carácter esencial ha de fijarse la atención en las funciones que constituyen la razón de ser de un documento y si la ausencia, modificación o variación de uno de dichos elementos repercute substancialmente en dichas funciones, que son: perpetuadora, en cuanto fijación material de unas manifestaciones del pensamiento; probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo; y función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9; y 845/2007, de 31-10).

Asimismo se ha hecho especial hincapié en que no es suficiente con la mera «falsedad formal», sino que se requiere una «especial antijuridicidad material» que implique, al menos, peligro para los bienes jurídicos subyacentes al documento amparado por la fe pública. Tanto el carácter esencial del elemento sobre el que debe recaer la falsedad, como el especial contenido material de la ilicitud se deben deducir del objeto de protección de los delitos de falsedad documental. En este sentido es preciso subrayar que los documentos son protegidos como medio de prueba, es decir, en tanto medio de imputación de una declaración de voluntad y que, por ello, sólo en la medida en la

que resulte afectada una de sus funciones se podrá admitir que ha sido alterado un elemento esencial o constatada una especial antijuridicidad material lesiva de los bienes jurídicos subyacentes al documento (SSTS 21-11-1995 y 247/1996, de 3-4) (...) (...) la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado de forma asidua que no se comete el delito de falsificación documental cuando, no obstante concurrir el elemento objetivo típico, se aprecie en la conducta del agente una finalidad que resulte ser inocua o de nula «potencialidad lesiva», pero sí se incurre en el tipo penal cuando se cause un perjuicio real o «potencial» contra los intereses jurídicos que tutela la norma punitiva (SSTS 1561/2002, de 24-9; 394/2007, de 4-5; 626/2007, de 5-7; y 845/2007, de 31-10). Y aquí desde luego los actos falsarios albergaban sin duda potencialidad lesiva, de modo que si finalmente no ocasionaron un perjuicio real para el tráfico jurídico sí puede hablarse, cuando menos, de «perjuicio potencial»».

En el mismo sentido se expresa la sentencia núm. 227/2019, de 29 de abril, y aquéllas a las que ésta se remite (SSTS núm. 520/2016, de 16 de junio; 432/2013; 309/2012, de 12 de abril ó 331/2013, de 25 de abril).

Más recientemente, en la sentencia núm. 402/2022, de 22 de abril, recordábamos que «La doctrina de este Tribunal, desde una perspectiva decididamente funcionalista, ha insistido en que no basta para la existencia del delito de falsedad documental con que se dé una conducta objetivamente típica de mutación de los contenidos documentados o de alteración de las condiciones de autenticidad. Aquella, además, debe poner en riesgo los bienes o intereses protegidos por el delito de falsedad documental, por lo que debería negarse su existencia cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo significativo de lesión –*vid.* STS 318/2017 de 1 de febrero; 138/2022, de 17 de febrero–.

La esencialidad debe medirse, por tanto, en atención a la capacidad de la mutación para superar el riesgo permitido alterando el sentido y las propias funciones del documento en el tráfico jurídico. Como afirmábamos en la STS 279/2010, de 22 de marzo, «para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la *mutatio veritatis*, en la que consiste el tipo de falsedad en documento público u oficial, altere la esencia, la sustancia, o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico».

De tal modo, la falsedad podrá ser considerada inocua cuando la ausencia de ofensividad derive de la concreta valoración de su eficacia en relación con la situación a decidir. Así, deberá descartarse la idoneidad para afectar a la función probatoria cuando el documento falseado, por su naturaleza, no esté teleológicamente orientado a probar aquello que en el mismo se afirma contrariamente a la verdad o cuando carece de potencial actitud para producir un resultado jurídicamente evaluable».

Quinto. En el supuesto sometido a consideración, nos encontramos ante un documento cuyo soporte material es totalmente falso, pero los datos que el mismo contiene se corresponden íntegramente con la realidad que reflejan. La fotografía de documento era la del acusado Sr. Roque, los datos de identidad se correspondían plenamente con sus datos personales, y aquel efectivamente era titular en Colombia del permiso de conducir que el documento refleja.

Por ello, no es un documento falso en sí mismo en el sentido de que afirme falazmente algo discordante con la realidad. No se está fingiendo que el acusado respondiera a unos datos de identidad distintos a los suyos propios, ni se creaba la apariencia de que se hallara en posesión de una licencia para conducir vehículos de la que careciera. En definitiva, la falsedad del soporte material del documento no incide en la veracidad de los datos e información que este incorpora.

Todo ello denota, pues, que nos encontramos ante una falsedad meramente formal sin trascendencia para el tráfico jurídico. Trascendencia que tampoco se expresa en la sentencia de instancia, en la que, aun cuando se barajan diversas razones que pudieron llevar al acusado a confeccionar o encargar a un tercero el documento, no se concreta la finalidad perseguida por este con potencialidad de incidir en el tráfico jurídico.

No se trataba de acreditar con el documento una situación fáctica o jurídica en relación con el acusado que no se correspondiera con la realidad. Por el contrario, todos los datos y circunstancias consignados en el documento coincidían plenamente con la realidad, por lo que la conducta que se imputa al recurrente excluye el menoscabo de la fe pública y de la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia, no ha sido alterada la función probatoria del documento, en cuanto que el intervenido en poder del acusado no fue creado para probar o acreditar circunstancia alguna distinta a la realidad. Tampoco las otras funciones de este, ya que la persona identificada en el ocupado era el propio acusado. Por ello el hecho no se subsume bajo el tipo contemplado en los artículos 390.1. 1º y 2º y 392.1 CP.

(STS 84/2024, 26 de enero)

ARTÍCULO 468.2 CP

Delito de quebrantamiento de medida cautelar. En los supuestos de encuentros casuales entre víctima y condenado a la prohibición de aproximación, el contenido de la condena obliga al destinatario de la prohibición a alejarse del lugar

Las prohibiciones que habían sido impuestas al recurrente en el procedimiento seguido por delito referido a violencia de género, son prohibiciones que tiene un contenido concreto marcado en el apartado segundo del artículo 48 del Código Penal, estas son, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez del tribunal. Consiste en impedir al penado acercarse a cualquier lugar donde se encuentre la víctima, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La finalidad de dicha medida se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales que pudieran derivarse la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, y suponen una limitación de la posibilidad de libre circulación, limitaciones que son impuestas al condenado quien debe observar el contenido de la limitación. La víctima es una persona que ha sido protegida por la adopción de una medida de aseguramiento y no es la destinataria de una orden de prohibición de aproximarse o de evitar comunicación, pues la medida se impone al victimario.

La sentencia objeto de la casación, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, señala, que el fundamento de la obligación es la seguridad y tranquilidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas cautelares legalmente previstas, como es la impuesta en el presente procedimiento, medidas que implican una restricción de los derechos del destinatario de las prohibiciones y que son las propias de las que comportan la prohibición de aproximación, impuestas, precisamente, a quien en la causa se le imputa un hecho delictivo y por tanto es victimario con relación a la perjudicada. Es por ello que, señala la sentencia objeto de esta casación, que la restricción de derechos que comporta la medida a quien afecta es al victimario y no a la víctima.

En los casos de encuentros casuales, en los que no existe el conocimiento de la objetiva situación de acercamiento entre victimario y víctima, la situación generada debe ser, inmediatamente, resuelta por quien tiene obligación de impedir esa aproximación, pues es la persona que tiene limitada su libertad deambulatoria en los términos

impuestos en la sentencia. La víctima, que no tiene restringido sus derechos, no tiene una obligación que le limite su deambulación, por lo que, una vez conocida la situación de comunicación casual la obligación derivada de la limitación impuesta le incumbe, al condenado en la sentencia porque es el destinatario de la orden de prohibición de acercamiento. En consecuencia, es al victimario a quien se le imponen determinadas restricciones de deambulación, como es el hecho de la prohibición de aproximarse. Fundada en la seguridad de la víctima la conducta que pone en riesgo se integra por su modalidad activa, acercarse, u omisiva, no retirarse, cuando de forma casual, se ha producido la comunicación.

El motivo de oposición se desestima.

En similares términos se ha pronunciado esta Sala en anteriores resoluciones. En efecto, en Sentencia de Pleno 553/2022, de 2 de junio, en un supuesto similar en el que existía una prohibición de comunicarse se declaró que la conducta del victimario, publicando en redes sociales unos determinados escritos en los que participaba sus estados anímicos, ya suponía, pese a que no iban dirigidos a la víctima, una comunicación prohibida y a tal efecto se afirmó que la persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar, que incluye la prohibición de comunicarse, no asume la obligación de desconectarse de los canales telemáticos, o redes sociales, anteriormente activos. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que debe adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

Consecuentemente, producido un encuentro casual, que no daría lugar a la subsunción en el delito de quebrantamiento de condena, dada la naturaleza dolosa del delito, la conciencia de la situación objetiva de aproximación a la víctima a una distancia inferior a la que es objeto de la prohibición, impone al victimario la realización de una conducta dirigida a evitar la comunicación con la víctima y, en definitiva, la actuación de la prohibición acordada. Por lo tanto, corresponde al victimario desarrollar una conducta que impida la comisión de la aproximación prohibida por la norma.

(STS 497/2024, 30 de mayo)