



Roj: **STS 3489/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3489**

Id Cendoj: **28079120012023100610**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2023**

Nº de Recurso: **4486/2021**

Nº de Resolución: **621/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 621/2023

Fecha de sentencia: 17/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4486/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 29ª A.P. Madrid

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4486/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 621/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de julio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del **acusado DON Cecilio**, frente a la Sentencia 230/20231, de 13 de mayo de 2021 de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación PA 319/2021) formulado frente a la Sentencia 307/2020, de 30 de diciembre de 2020 del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid, dictada en el Rollo PA 239/2020 dimanante del PA núm. 2211/12019 del Juzgado de Instrucción núm. 54 de Madrid, seguido por delito de abuso sexual contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y Fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, y como recurrente el acusado Don Cecilio representado por el Procurador Don Manuel Ortiz de Urbina Ruiz y defendido por el Letrado Don José Rojo Vergara, y como recurrida la acusación particular Doña Erica representada por la Procuradora Doña Helena Fernández Castán y defendida por la Letrada Doña Rosa Barrio Prieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 6 de Madrid en el Rollo PA 239/2020 seguido por delito de abuso sexual contra **DON Cecilio**, dictó Sentencia 307/2020, de 30 de diciembre de 2020, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"Sobre las 06,30 horas del día 29 de septiembre de 2019 el acusado Cecilio mayor de edad y sin antecedentes penales, cuando se encontraba caminando por la calle Doctor Cortezo de Madrid, se aproximó a Erica, que iba caminando delante de él junto con su amigo Eutimio y de forma súbita introdujo su mano por debajo de la falda de aquella tocándole las nalgas por encima de la ropa interior durante unos instantes.

Personados en el lugar agentes de la policía nacional avisados por Erica, procedieron a la detención del acusado.

En el momento de los hechos el acusado estaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas que le afectaba levemente en sus facultades intelectivas y volitivas".

El **Fallo** de la anterior Sentencia es el siguiente:

"ABSOLVIENDO A Cecilio del DELITO DE ABUSOS SEXUALES que se le venía imputando, CONDENO A Cecilio, como autor de UN DELITO LEVE DE COACCIONES del artículo 172.3 del C. penal, a la pena de 40 días de multa.

En cuanto a la cuota diaria de la pena de multa impuesta se impone la cuota de 4 euros con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfecha.

Se imponen al condenado las costas del juicio, correspondientes a un delito leve, costas que no incluyen las costas de la acusación particular.

En vía de responsabilidad civil deberá indemnizar a Erica en la cantidad de 300 euros, cantidad que devengará el interés legal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de DIEZ DÍAS ante la Audiencia Provincial de Madrid, desde su notificación a las partes.

Líbrese y únase certificación de la presente resolución con inclusión de su original en el libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso **recurso de apelación** que fue resuelto por Sentencia 230/2021, de 13 de mayo de 2021 de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid (Rollo de apelación PA 319/2021), que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice: "Se aceptan y dan por reproducidos los que como tales figuran en la sentencia apelada".

La Audiencia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal del acusado Cecilio, así como por la Acusación Particular ejercida por Dª Erica, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la sentencia nº 307/2020 de fecha 30 de diciembre, dictada por el Juzgado Penal nº 6 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado nº 239/2020, CONFIRMANDO la misma, con declaración de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Con fecha 3 de junio de 2021 la Audiencia dictó **Auto de aclaración** de la anterior resolución, cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente:

" LA SALA DECIDE: QUE PROCEDE ACLARAR la sentencia nº 230/2021 de 13 de mayo dictada por esta Sala en el RAA nº 319/2021, en el sentido de suprimirse el párrafo segundo del Fallo donde dice: "contra la misma no cabe recurso alguno", y en su lugar debe decirse: "Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación al amparo de lo señalado en el artículo 792-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a los artículos 847.1- b) y 849-1 del mismo Texto legal, por estricta aplicación de ley y con absoluto respeto a los hechos declarados probados."

Notifíquese esta Resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso que cabe contra la resolución aclarada, cuyo plazo se computa a partir de la notificación del presente auto".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley por la representación legal del acusado **DON Cecilio** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Cecilio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal, dados los hechos que se declaran probados, en concreto por errónea aplicación del artículo 172.3 del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo y normas jurídicas que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal, no aplicación del instituto de la prescripción del delito, de los artículos 130.6 y 131.1.párrafo 5º del Código Penal.

QUINTO.- En el trámite correspondiente las partes se pronunciaron sobre la aplicabilidad de la LO 10/2022, de 6 de septiembre al presente procedimiento.

SEXTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto solicita la inadmisión del mismo por las razones expuestas en su informe de fecha 21 de enero de 2022; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 27 de abril de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 21 de junio de 2023; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Sección 29ª, de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia de apelación mediante la cual confirmaba la condena impuesta a Cecilio , dictada por el Juzgado de lo Penal nº 6 de los de Madrid, como autor de un delito leve de coacciones, absolviéndole por otro de abusos sexuales, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el referido acusado en la instancia, recurso que procedemos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO .- El recurrente plantea dos motivos de casación. El primero por infracción de Ley, al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 172.3 del Código Penal. Y el segundo, por la propia vía impugnativa, por no aplicación del instituto de la prescripción del delito, de los artículos 130.6 y 131.1. párrafo 5º del Código Penal.

TERCERO .- El Ministerio Fiscal opone al primer motivo su inadmisibilidad, en cuanto no concurren los requisitos acuñados por esta Sala Casacional en nuestro Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016.

Con independencia de ello, y una vez admitido este recurso de casación, es lo cierto que no puede ser estimado, porque la doctrina que sostiene la Audiencia Provincial "a quo" es más favorable para el recurrente que la posición actual de esta Sala Casacional en el punto discutido, en cuanto que los tocamientos fugaces de naturaleza sexual son propiamente delitos contra la libertad sexual, y no simplemente contra la libertad en



general (delitos genéricos de coacciones). Por tanto, su caso debió ser saldado con una condena más rigurosa para el ahora recurrente que el mero delito leve de coacciones.

En efecto, hemos declarado, linealmente en los últimos tiempos, que los tocamientos sorprendidos, momentáneos o fugaces no excluyen el abuso sexual, sino que, por el contrario, han de ser considerados como delictivos, precisamente en el tipo penal de abusos sexuales, hoy derogado y sustituido por agresiones sexuales, si bien apreciando caso por caso, y tomando en consideración el contexto del supuesto concreto (SSTS 615/2018, de 3 de diciembre; 38/2019, de 30 de enero 331/2019, de 27 de junio; 632/2019, de 18 de diciembre; 524/2020, de 16 de octubre; 636/2020, de 26 de noviembre; ; 99/2021 de 4 de febrero).

En efecto, hoy día hemos abandonado la posición, conforme a la cual un leve tocamiento externo a través de la ropa, fugaz y episódico, aunque no exista reiteración de tal roce o tocamiento, puede ser una conducta propia de delito leve de vejación injusta.

También hemos superado la posición que exigía la necesidad de consignar un determinado elemento subjetivo en este tipo de delitos, constituido por el ánimo lúbrico o libidinoso, por cuanto el tipo penal únicamente requiere el agente obre sabiendo que no cuenta con el consentimiento de la víctima, o bien que este consentimiento le sea indiferente, continuando con su acción. Junto al inequívoco componente sexual del comportamiento, claro es.

Y así hemos declarado (STS 1331/2009, de 15 de diciembre) que "los actos libidinosos inconscientes no tienen acomodo en tal art. 620, que son infracciones penales de carácter leve relativos a otros hechos ajenos a la libertad sexual de las personas. Si alguna vez se han incluido algunos relativos a tal clase de libertad, lo ha sido de modo excepcional, para acoger hechos fugaces y de mínima entidad...".

Por ello, aunque la sentencia recurrida justifica en su fundamento de derecho tercero su aplicación, no podemos revocarla en perjuicio de reo, y ello pese a reconocer tal resolución judicial que el criterio sostenido por la propia sala de apelación ha sido superado por la más reciente jurisprudencia (por todas, STS 106/2021 de 10 de octubre y las en ella mencionadas), resolviendo la Audiencia la controversia a favor del delito leve de coacciones, en contra de nuestro criterio expresado en la STS 396/2018 de 26 julio, que declaró: "La naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP (...) cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente 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".

En el caso, los hechos probados relatan que, sobre las 6:30 horas del día 29 de septiembre de 2019, el acusado Cecilio , cuando se encontraba caminando por la calle Doctor Cortezo de Madrid, se aproximó a Erica , que iba caminando delante de él junto con su amigo Eutimio y de forma súbita introdujo su mano por debajo de la falda de aquella tocándole las nalgas por encima de la ropa interior durante unos instantes.

Personados en el lugar agentes de la policía nacional avisados por Erica , procedieron a la detención del acusado. En el momento de los hechos el acusado estaba bajo la influencia de bebidas alcohólicas que le afectaba levemente en sus facultades intelectuales y volitivas.

A la vista de la jurisprudencia expuesta, no puede declararse que la Sala de Apelación haya infringido frontalmente nuestra anterior doctrina legal, si bien, como exponemos, está ya superada, por la incardinación de tal conducta en un delito de agresión sexual, tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, razón por la cual, siendo más grave para el recurrente la aplicación de un delito contra la libertad sexual, que la vejación injusta con que ha sido saldado el incidente por la Audiencia, de forma muy beneficiosa para el recurrente, claro es que este motivo no puede prosperar.

La diferencia entre las agresiones del número 1 del art. 178 del Código Penal, con respecto a las del número 2, residen precisamente en la falta de apreciación de cualquiera de las circunstancias de este segundo apartado, como violencia o intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como las agresiones que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que tengan lugar, en fin, cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad. Si no concurrieran estos elementos en el doblegamiento de la voluntad de la víctima, o bien el aprovechamiento de una voluntad o consentimiento viciado o inexistente, habría que acudir al apartado 1 del art. 178 del Código Penal, de manera que actos, como el enjuiciado, que no entran en ninguno de los elementos específicos del apartado 2, se han de incluir en el general del apartado 1, siempre, claro es, que se hayan ejecutado sin el consentimiento de la víctima, definido precisamente en dicho apartado, pues es claro que, en nuestro caso, se atentó contra la



libertad sexual de otra persona (Erica), sin su consentimiento, incluso aunque el tocamiento (de carácter sexual) fuese esporádico.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

CUARTO .- En el motivo segundo, y al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la inaplicación del instituto de la prescripción del delito, invocando los artículos 130.6 y 131.1. párrafo 5º del Código Penal.

Como bien informa el Ministerio Fiscal, esta cuestión se suscita *ex novo* y *per saltum*, razón por la cual no debiera ser ni siquiera analizada.

Pero, de todos modos, el tema traído a debate por el recurrente, no tiene consistencia argumental alguna, pues aunque con cita de nuestro Acuerdo Plenario de 26 de octubre de 2010, en tanto que los plazos de prescripción que se han de tomar en consideración sean los correspondientes a la calificación sostenida en Sentencia, y aquí ha sido un delito leve, con plazo de un año de prescripción, es lo cierto que únicamente el recurrente alega que "los hechos [han] acaecidos el 29 de septiembre de 2019, pero cuyo juicio no se celebró hasta el 9 de diciembre de 2020, dictándose Sentencia el 30 de diciembre de 2020".

Y sin invocar cualquier periodo de inactividad, aduce que "se produjo un periodo de inactividad que excedió del plazo de prescripción de delito leve declarado en la sentencia recurrida, que resulta suficiente para dejar sin efecto cualquier pronunciamiento de condena dimanante de la misma, cualquiera sea su naturaleza".

Frente a tal ambigua invocación, podemos consignar los siguientes hitos procesales:

- * 29/9/2019: Denuncia formulada por la víctima.
- * 18/12/2019: Incoación por el juzgado de instrucción número 54 de las diligencias previas.
- * 28/1/2020 se oye en declaración judicial a la víctima.
- * 5/2/2020 se oye en declaración al testigo.
- * 19/2/2020 se oye en declaración al investigado.
- * 21/2/2020 se dicta auto de incoación de procedimiento abreviado.
- * 20/5/2020 el Ministerio Fiscal fórmula escrito de acusación.
- * 30/6/2020 la defensa fórmula escrito de defensa.
- * 30/9/2020 se dicta auto declarando pertinentes las pruebas solicitadas.
- * 1/10/2020 se dicta diligencia de ordenación señalando el juicio oral para el día 19 de diciembre de 2020.
- * 11/11/2020 se persona en las actuaciones la acusación particular.
- * 19/12/2020 se celebra el juicio oral.
- * 30/12/2020 se dicta la sentencia por el juzgado de lo Penal.
- * 21/1/2021 se interponen recursos de apelación por la acusación particular y por el condenado.
- * 15/2/2021 se presentan los escritos de impugnación por el condenado y por el Ministerio fiscal que, simultáneamente, se adhiere al recurso de la acusación particular.
- * 13/5/2021 se dicta sentencia resolutoria del recurso de apelación.

Como dice el Ministerio Fiscal, del desarrollo de las actuaciones que se acaba de exponer, se aprecia con claridad que ninguna de las diligencias puede ser consideradas superfluas o innecesarias, sino que son las propias y adecuadas para la tramitación de la causa y que en ningún caso se ha superado el periodo de un año que requiere la prescripción del delito como pretende el recurrente, de forma que incluso desde esta perspectiva el motivo resulta igualmente inadmisibile.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

QUINTO .- Al proceder la desestimación del recurso, deben ser impuestas las costas procesales al recurrente, por imperativo de lo dispuesto en el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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



1º.- **DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal del **acusado DON Cecilio** , frente a la Sentencia 230/20231, de 13 de mayo de 2021 de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

2º.- **CONDENAR** al recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- **COMUNICAR** la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ