

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 489/2024 de 29 May. 2024, Rec. 1714/2022

Ponente: Hurtado Adrián, Ángel Luis.

Nº de Sentencia: 489/2024

Nº de Recurso: 1714/2022

Jurisdicción: PENAL

ECLI: ES:TS:2024:2749

12 min

Abuso sexual: es suficiente que la acción tenga significado sexual en sí misma, sin necesidad de que concurra el "ánimo libidinoso"

ABUSOS SEXUALES. El acusado dio una palmada en la nalga a una mujer que caminaba por la calle. Dolo. No se considera necesario el "ánimo libidinoso", si el acto, en sí mismo, encierra una propia significación sexual. La realización de actos de inequívoco carácter sexual por una persona contra otra que no consiente, o que no tiene capacidad para consentir la agresión, afecta a su intimidad e indemnidad sexual. Entre tales actos de alcance sexual hay que incluir 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. Como delito contra la libertad, requiere, en su tipicidad subjetiva, el dolo, entendido 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.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP Madrid y confirma la condena por delito de abusos sexuales a la pena de multa.

TEXTO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 489/2024

Fecha de sentencia: 29/05/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1714/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/05/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 16

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1714/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 489/2024

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1714/2022, interpuesto por **Pablo**, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Pesquera García y bajo la dirección letrada de D. Juan Antonio Gragera Pizarro, contra la sentencia dictada con fecha 26 de noviembre de 2021, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, que resuelve la apelación (Rollo de apelación Procedimiento Abreviado nº 1505/2021) (LA LEY 310822/2021) contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Alcalá de Henares, de fecha 30 de septiembre de 2021.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juicio Rápido nº 290/2021 (dimanante del Juicio rápido 1199/2021, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrejón de Ardoz), seguido ante el Juzgado de lo Penal nº 4 de Alcalá de Henares, con fecha 30 de septiembre de 2021, se dictó sentencia condenatoria para Pablo, como responsable de un delito de abuso sexual previsto en el [art. 181.1 C.P. \(LA LEY 3996/1995\)](#), que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO -Se declara probado que el acusado, Pablo, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000/1992, hijo de Rogelio y Apolonia, de nacionalidad marroquí, con documento de identidad Pasaporte nº NUM001, sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional en esta causa, el día 22 de agosto de 2021, sobre las 03:30 horas, en la Avda. de la Constitución de la localidad de Torrejón de Ardoz, *se dirigió a Camino, de 17 años de edad al momento de los hechos, que se encontraba paseando por dicha vía y con ánimo de satisfacer su deseo sexual, la dio una palmada en la nalga, siendo recriminado por la pareja de Camino*".

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

"QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Pablo como autor responsable de un delito de abusos sexuales de los previstos y penados en los [arts. 181.1 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#), sin circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a la pena de VEINTE MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el [art. 53 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) y las costas procesales del juicio".

TERCERO. - Interpuesto Recurso de Apelación por el condenado contra la sentencia anteriormente citada, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª

dictó sentencia de fecha 26 de noviembre de 2021, con el siguiente encabezamiento:

"Visto por esta Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en audiencia pública y en grado de apelación, el juicio rápido nº 290/21 procedente del Juzgado de lo Penal Número 4 de Alcalá de Henares y seguido por un delito de abuso sexual, siendo partes en esta alzada, como apelante, Pablo, con impugnación del Ministerio Fiscal, habiendo sido designado ponente el Magistrado D. Francisco Javier Teijeiro Dacal".

Y el FALLO de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª, de fecha 26 de noviembre de 2021 (LA LEY 310822/2021), es del siguiente tenor literal:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Pablo contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2021 dictada por el Juzgado de lo Penal Número 4 de Alcalá de Henares, en el juicio rápido nº 290/21, confirmando la mencionada resolución en todos sus términos y declarándose de oficio las costas de esta alzada.".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Pablo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal de Pablo alegó el siguiente **motivo de casación**:

"MOTIVO ÚNICO .- POR INFRACCIÓN DE LEY El presente Motivo de Casación se formula al amparo del [art. 849.1 de la LECrim \(LA LEY 1/1882\)](#) y tiene su fundamento en la aplicación indebida de los [arts. 181.1 \(LA LEY 3996/1995\)](#), 66.1. 6ª y 50.4 del Código Penal con vulneración del art. 24.1 y 2 de la [Constitución Española \(LA LEY 2500/1978\)](#), en relación con el [artículo 120.3 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) por falta de motivación de la Sentencia, habiéndose incumplido las reglas para su redacción y causando indefensión a Don Pablo".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 13 de septiembre de 2023.

Por diligencia de ordenación de fecha 15 de diciembre de 2022 se acuerda dar traslado al recurrente para adaptar el recurso a la [Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre \(LA LEY 19383/2022\)](#) de garantía integral de la libertad sexual, lo que se verifica por escrito en el que el condenado solicita la absolución. Dado traslado al Fiscal, por escrito de fecha 23 de enero de 2023 alega que no es aplicable al caso, dado que la pena en abstracto es más gravosa.

La Sala admitió a trámite el recurso de casación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 28 de mayo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se trata el presente, de un recurso de casación por interés casacional, que se formula contra una sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial, con ocasión de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en primera instancia por un Juzgado de lo Penal, por lo que conviene comenzar recordando la doctrina de la Sala sobre su tratamiento y imitaciones, y para ello traeremos a colación lo que decíamos en Sentencia del Pleno [210/2017, de 28 de marzo de 2017 \(LA LEY 15364/2017\)](#):

"Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas,

dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 (LA LEY 2500/1978) y 14 CE (LA LEY 2500/1978); más que de su art. 24.

Ya un pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda (9 de junio de 2016) abordó la naturaleza de este recurso tratando de dibujar algunos de sus perfiles básicos. Conviene recordar en esta primera sentencia esas embrionarias aproximaciones interpretativas. El texto de Acuerdo es el siguiente:

A) El art 847 (LA LEY 1/1882) 1º letra b) de la Lecrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art 849 de la Lecrim (LA LEY 1/1882), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts 849 2º, 850, 851 y 852.

1) Los recursos articulados por el art 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán

invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

2) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio ([art 884 Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#)).

3) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. 4) La providencia de inadmisión es irrecurrible ([art 892 Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#)).

El [art 847 b\) Lecrim \(LA LEY 1/1882\)](#) debe ser interpretado en relación con los arts 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art 847, en el art 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves".

SEGUNDO.- Aun cuando el recurso se formula como con un único motivo, luego se desdobra en varios apartados, que es donde se desarrollan las quejas

que se vierten sobre la sentencia recurrida, entre ellas, la última es por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, cuyo contenido discurre por aspectos probatorios, con invocaciones al principio *in dubio pro reo*, y discrepancias en la valoración de la prueba o quejas por insuficiente motivación.

Este apartado, según doctrina expuesta en el anterior fundamento, desborda lo que ha de ser objeto del presente recurso, que no se corrige por la circunstancia de que haya sido alegado junto con otros que sí son propios de él, pues discurre por cuestiones probatorias, impropias de un recurso como el que nos ocupa, lo que ha de llevar a su inadmisión, que, sin necesidad de mayor argumento, se torna en el momento procesal presente en su desestimación.

TERCERO.- En el primero de los apartados se alega aplicación indebida del [art. 181 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), y aunque discurre en su mayor parte, también, por aspectos probatorios en cuanto pretende llevarnos al *debate sobre la credibilidad del testimonio*, no entraremos en ello, por ser ajeno al tipo de recurso que nos ocupa y abordaremos de él lo que nos permite, que es el juicio de tipicidad, que parece ponerse en cuestión con la frase que, en negrita y subrayado, destaca *el recurrente en que mantiene que "en el presente caso no ha quedado acreditado que el contacto corporal se haya producido bajo algún tipo de significativo sexual"*.

Como primera consideración, decir que, al no permitir modificación alguna los hechos probados tal como nos vienen dado, ese significativo sexual lo dan por acreditado y poco más podemos decir al respecto.

Ahora bien, *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 [art. 181 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), 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 ([LA LEY 116608/2023](#)), 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 ([LA LEY 114595/2018](#)), se abordaba la problemática para diferenciar la vieja falta del derogado [art. 620.2 CP](#) ([LA LEY 3996/1995](#)), del delito de abuso sexual del [art. 181 CP](#) ([LA LEY 3996/1995](#)), entre cuyas consideraciones se decía que "cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido 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](#) ([LA LEY 3996/1995](#)); 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".

Procede, pues, la desestimación del apartado motivo relativo a la indebida aplicación del [art. 181.1 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

CUARTO.- Los apartados segundo y tercero del motivo dirigen las quejas a la *pena de multa*, en uno por la extensión y en otro por la cuantía, para que, en ambos casos, se reduzcan a los mínimos imponibles.

1. Hemos leído el escrito en que la parte presentaba recurso de apelación contra la sentencia de instancia, y no observamos en él motivo alguno en que se articule una queja como la que se nos plantea en casación, con lo que tenemos una primera razón para rechazarla, pues, habiéndose podido plantear entonces, si no se hizo, hay que entender que se consintió la pena de multa en la extensión y cuantía que la fijó la sentencia de instancia, por ello que no quepa plantearla ahora en casación.

Al respecto, decía este Tribunal, en Sentencia de Pleno 345/2020, de 20 (sic) de junio de 2020 (LA LEY 71907/2020), que no pueden plantearse en casación cuestiones que no han sido objeto de debate en apelación, y recordaba el criterio que mantenía la Sala, en línea con otras jurisdicciones, con cita de la STS 707 de 26 de abril de 2002, en la que se puede leer:

"Este criterio se fundamenta esencialmente en dos razones, una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o

interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En tal caso el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas".

Es cierto que esa jurisprudencia ha admitido dos excepciones, pero el caso no se encuentra en ninguna de ellas.

2. A lo anterior, cabe añadir una consideración más para rechazar la queja, y es que, en materia de individualización de la pena, rige el principio de libre arbitrio judicial, por parte de tribunal de enjuiciamiento.

Y, así, venimos manteniendo que es cuestión sujeta al arbitrio del juez que dicta sentencia en la instancia la fijación de la pena concreta, por ser él quien ha podido valorar los factores o variables determinantes en orden a tal individualización en concreto, quien, en todo caso, y a fin de evitar cualquier asomo de arbitrariedad, deberá motivar su decisión, siendo a través del control judicial de esa motivación, como habremos de operar en su revisión, de manera que, considerados razonables los argumentos que han llevado al juzgador a decantarse por la concreta pena que impuso, ningún reproche merecerá su decisión.

Hay que tener en cuenta que el delito contemplado en el [art. 181 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) según redacción vigente en la fecha de los hechos, llevaba aparejada una pena de prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses, de las cuales la jueza de instancia se decanta por la de multa, lo que ya supone una optar por la alternativa más favorable, que, si no acude a su mínimo imponible, sí se encuentra muy próximo, porque la fija en 20 meses, sin que, por su parte, en el recurso se nos den razones para reducirla, sino que se limita a pedir que imponga en 18 meses, a lo que no accederemos, porque tampoco las encuentra este Tribunal para corregir tan favorable tratamiento penológico como el dado en la sentencia de instancia.

Y en cuanto a la cuantía, explica la sentencia de instancia que, no constando circunstancias extremas que aconsejaran acudir a la mínima, se atiende a la praxis judicial de cifrarla en 6 euros, razonamiento que compartimos.

3. Se mantendrá la pena de multa en la extensión y cuantía que viene dada desde la instancia, no obstante el periodo de vigencia de la ley intermedia, como fue la [LO 10/2022, de 6 de septiembre \(LA LEY 19383/2022\)](#), por cuanto que los hechos de autos, conforme a la misma, serían subsumibles en el art. 178, que, en su variable más favorable, del apdo. 3, contempla una penalidad igual a la del 181 por el que fue condenado el recurrente.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el [art. 901 LECrim. \(LA LEY 1/1882\)](#), procede condenar al recurrente pago de las costas habidas con ocasión de su recurso.

FALLO

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

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Pablo contra la sentencia 632/21, dictada con fecha 26 de noviembre de 2012 por la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid (LA LEY 310822/2021), que se confirma, con imposición al recurrente de las costas ocasionadas con su recurso.

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

Así se acuerda y firma.