



Roj: **STS 2636/2026 - ECLI:ES:TS:2026:2636**

Id Cendoj: **28079120012026100416**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2026**

Nº de Recurso: **8032/2023**

Nº de Resolución: **403/2026**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 7ª, 29-05-2023,
STS 2636/2026**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 403/2026

Fecha de sentencia: 17/06/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 8032/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/06/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Elche, Sección Séptima.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 8032/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 403/2026

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de junio de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del condenado **D. Adolfo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Elche, Sección Séptima, de fecha 29 de mayo de 2023, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado condenado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Orihuela, de fecha 16 de enero de 2023, que le condenó por delito de agresión sexual y un delito leve de lesiones, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Rosa Josefa Martínez Brufal y bajo la dirección Letrada de D. Joaquín Ruiz de Infante Abella.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Instrucción nº dos de Orihuela incoó Procedimiento Abreviado con el nº 301/2020 contra Adolfo, y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº Tres de Orihuela, que con fecha 16 de enero de 2023 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- El acusado, D. Adolfo, mayor de edad, nacido el NUM000 de 1.988, con carta de identidad lituana número NUM001, con número personal NUM002, y sin antecedentes penales, el 31 de enero de 2.020, alrededor de las 22:30 horas, en el interior del bar-cafetería " DIRECCION000 " sito en la DIRECCION001 de la localidad de DIRECCION002 (Alicante), entabló conversación con dos desconocidas a las que escuchó hablar en lituano entre sí y, a su vez, con una Camarera de tal establecimiento que resultó ser la hija de una de ellas, en concreto de la que resultó llamarse Dª Concepción, comentando que eran compatriotas y estando él hasta la hora del cierre de tal local hablando con ellas dos, saliendo y entrando él en alguna ocasión en la que hablaba con otros varones, consumiendo él un porro (les ofreció a las dos mujeres fumar porro, mas ellas rehusaron la invitación), y consumiendo bebidas alcohólicas el acusado y las dos mujeres a las que acababa de conocer, yéndose en algún breve momento la mencionada Dª Concepción de al lado del acusado y de la otra mujer, quien es su amiga Dª Milagros, estando hablando durante esos breves momentos el acusado y la nombrada Dª Milagros. Durante este tiempo, el acusado les comentó a Dª Milagros y a Dª Concepción que tenía un tatuaje en el pecho, con un águila por debajo del cuello, y lo enseñó a ambas.

SEGUNDO.- Cuando tuvo lugar el cierre de dicho local " DIRECCION000 " de DIRECCION002, entre las 03:00 y las 03:30 horas de la madrugada del 1 de febrero de 2.020, Dª Concepción y Dª Milagros le comentaron a D. Adolfo que tenían el coche en el que las mismas se tendrían que ir cerca, así como que en el mismo portaban alcohol y algún aperitivo al haber ido de compras antes de ir a tal establecimiento, y el acusado les dijo que, al haber ingerido alcohol y disponer él de un domicilio en la mencionada localidad que estaba a tan solo unos 200 metros de dicho local " DIRECCION000 ", las invitaba a ir a tal domicilio, a lo que ellas accedieron, cogiendo las mismas bebida con alcohol y algo de aperitivo del aludido vehículo (Jack Daniel's y patatas) y yendo en compañía de D. Adolfo al domicilio de él, sito en la DIRECCION003, de DIRECCION002.

En el interior del mencionado domicilio, D. Adolfo les enseñó su casa (en la que hay una cocina, tres habitaciones, un pasillo, dos cuartos de baño, así como un balcón contiguo al salón desde el que se ve un centro escolar) a Dª Concepción y a Dª Milagros, puso música y les estuvo sirviendo las bebidas en la zona del salón comedor.

TERCERO.- Dª Concepción se marchó del salón comedor y entró en uno de los dos baños (el más próximo a la entrada, cerca de la cocina), tras lo que Dª Milagros derramó su copa, cayendo el líquido hacia la mesa y mojándose algo su jersey, ante lo que el acusado fue a la cocina a fin de coger un trapo para limpiar tal mesa y Dª Milagros fue tras él a tal cocina y luego se fue al otro baño (el más próximo al salón, aunque también está cerca de la cocina, no estando ninguno de los dos baños lejos de tal cocina) y entró, entrando, asimismo, repentinamente, D. Adolfo, quien cerró la puerta (sin que conste que la cerrase con pestillo) y, yendo vestido con una camiseta y un pantalón vaquero, él se quitó tal camiseta, y, con ánimo libidinoso, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, agarró los dos brazos de Dª Milagros y los colocó hacia detrás de la misma y, mientras que con una de sus manos sujetaba con fuerza las dos manos (a la altura de la muñeca) de ella que él había hecho que tuviese a su espalda, con la otra mano le bajó parcialmente a Dª Milagros los leggins o mallas estrechas de cuero (siendo la cintura sin botones ni cremallera y no siendo rígida, sino ajustada a la cintura pero flexible, extendible, con goma elástica, y como consecuencia de esa bajada parcial de los leggins acabaron muy ligeramente bajadas las bragas) que portaba y la subió al lavabo, haciendo caso omiso a lo que Dª Milagros le decía, pidiéndole ella que la soltara y manifestándole que le hacía daño, propinándole ella a



él algún mordisco intentando zafarse de él, no soltándola D. Adolfo hasta que D^a Milagros , apretándole los testículos, logró librarse de él y salir de ese baño. No hubo penetración.

CUARTO.- Cuando D^a Concepción salió del baño no encontró en el salón comedor a su amiga D^a Milagros ni al acusado, ante lo que pensó que estarían en el salón, mas tampoco estaban ahí, viendo, poco después, desde ese salón comedor que llegaba el acusado (vestido) y, detrás de él D^a Milagros (vestida, en silencio y con una expresión rara en sus ojos), no siendo apreciable desde donde D^a Concepción estaba. D. Adolfo y D^a Milagros venían desde un baño ue está próximo a la cocina (distinto al baño en el que D^a Concepción acababa de estar) o desde la cocina.

D. Adolfo y D^a Milagros estaban callados (D^a Milagros en situaciones de shock se bloquea), pero, enseguida, el acusado comenzó a hablar, diciéndole a D^a Concepción que su amiga D^a Milagros estaba enferma, estaba loca, no sabía lo que quería y le había intentado besar en la cocina, no creyéndose D^a Concepción que realmente D^a Milagros hubiese tratado de besar al acusado.

D^a Milagros , cogiendo sus cosas para irse, le dijo a D^a Concepción "vámonos", marchándose de la vivienda del acusado D^a Milagros y D^a Concepción a la vez, dirigiéndose ambas al coche en que iban a irse, comenzando a llorar dentro de tal vehículo D^a Milagros , nerviosa, contando D^a Milagros a su nombrada amiga lo que le había hecho el acusado, quedándose ambas sentadas en ese vehículo, detenido, durante alrededor de una hora, no parando de llorar D^a Milagros , y siendo en la zona de los muslos por detrás donde le señaló D^a Milagros a D^a Concepción que sentía molestias, reciente los hechos.

QUINTO.- Como consecuencia de dicha agresión llevada a cabo por D. Adolfo , D^a Milagros , nacida el NUM003 de 1.983, sufrió lesiones consistentes en nerviosismo (aquejando nervios e irritabilidad, y refiriendo ella ansiedad e insomnio), en contusiones en pubis, presentando al respecto, en concreto, escoriación lineal de unos 3 centímetros de longitud sobre base eritematosa en pubis derecho, y escoriación lineal de unos 2 centímetros de longitud sobre base eritematosa en pubis izquierdo, así como en contusiones en muñecas presentando al respecto, en concreto, escoriación de unos 0,3 centímetros en articulación de muñeca derecha, lesiones para cuya sanidad requirieron de una primera y única asistencia facultativa (consistente en reconocimiento médico, analgesia convencional y tratamiento ansolítico), con perjuicio personal básico por lesión temporal durante 4 días de estabilización lesional, curando sin defecto ni deformidad, sin secuelas; y ello considerando el Médico Forense que examinó la documental médica obrante en autos y que, además, exploró a D^a Milagros , que "Se cumplen criterios médico-legales de causalidad (cronológico: topográfico: de intensidad: de conclusión:)" "Sí" -pericial del Médico Forense D. Rodrigo documental, fundamentalmente, los folios 46 y 47, consistentes en el Informe de Previsión de Sanidad emitido por el Médico Forense D. Rodrigo 3 de febrero de 2.020, en relación con el PARTE de ASISTENCIA de AGRESIÓN obrante a los folios 43 a 45 de estos autos emitido por el Centro de Salud de DIRECCION002 , servicio CAP DIRECCION002 , del Hospital Universitario de DIRECCION004 , adscrito a la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, con fecha de 2 de febrero 2.020 (el domingo 2 de febrero 2.020 es la fecha de emisión de dicho Parte, así como la fecha de atención, siendo las 14:28 horas la hora de tal atención, y las 14:42 horas la hora del alta), en el que se refleja, en el apartado "NATURALEZA DE LAS LESIONES", "CONTUSION (CONTUSIONES EN MUÑECA Y MUSLOS)", D^a Milagros no reclama indemnización.

SEXTO.- D. Adolfo , reciente los hechos, no presentaba signos de mordeduras ni lesión alguna y fue visto sin camiseta, siéndole realizada una fotografía en la que se capta que en su pecho o torso se encuentra el mencionado tatuaje (el cual fue mencionado por D^a Milagros y por D^a Concepción a la Guardias Civil) -folios 6, 33 a 35 y 58 de estos autos, testimonio vertido por el Agente de la Guardia Civil con T.I.P. número NUM004 y testimonio vertido por el Agente de la Guardia Civil con T.I.P. número NUM005 -.

SÉPTIMO.- D^a Milagros cuando interpuso la denuncia ante la Guardia Civil (el sábado 1 de febrero 2.020, sobre las 09:36 horas) presentaba síntomas de haber ingerido alcohol y dio una versión y, acto seguido, dio una versión más abreviada, y la misma no fue vista por la Guardia Civil (ni peor la Policía) sin jersey ni con sus leggins bajados, no apreciando los Agentes de la Guardia Civil en ella lesión alguna estando ella vestida y, es más, no constando siquiera que se hubiera quitado el abrigo que llevaba, indicándole tales Agentes que podía acudir a un centro médico, lo cual ella hizo el domingo 2 de febrero 2.020, sobre las 14:28 horas-Atestado, así como testimonio vertido por el Agente de la Guardia Civil con T.I.P. número NUM004 y testimonio vertido por el Agente de la Guardia Civil con T.I.P. número NUM005 , en relación con los folios 43 a 45 de estos autos-.

OCTAVO.-D^a Concepción acompañó a D^a Milagros a la la Guardia Civil dicho 1 de febrero de 2.020 y prestó declaración (como testigo) ante tal Guardia Civil en habitáculo diferente a su amiga, también presentando ella síntomas de haber ingerido alcohol, y pidiendo en más de una ocasión bajar al baño, aprovechando esos momentos para intercambiar algunas palabras en lituano con su amiga D^a Milagros , pese a que los Agentes de la Guardia Civil trataron de impedir que se comunicasen mientras cada una iba a dar su versión de los



hechos-Atestado, así como testimonio vertido por el Agente de la Guardia Civil con T.I.P. número NUM004 y testimonio vertido por el Agente de la Guardia Civil con T.I.P. número NUM005".

SEGUNDO.-El Juzgado de instancia dictó la siguiente Parte dispositiva:

"Debo condenar y condeno a D. Adolfo como autor criminalmente responsable de un DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL DEL ARTÍCULO 178 DEL CÓDIGO PENAL, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, imponiéndole, además, la medida de libertad vigilada por tiempo de 3 AÑOS, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad (artículo 192 del Código Penal), e imponiéndole la prohibición de aproximarse a menos de 300 metros a la víctima, D^a Milagros, a su domicilio, lugar de trabajo, lugares que ella frecuente o cualquier otro en que la misma se encuentre, y la prohibición de comunicarse con ella, ya sea directa o indirectamente, por cualquier medio o procedimiento, en ambos casos durante el plazo de CINCO AÑOS.

Asimismo, debo condenar y condeno a D. Adolfo como autor criminalmente responsable de un DELITO LEVE DE LESIONES DEL ARTÍCULO 147.2 DEL CÓDIGO PENAL, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de una pena de DOS MESES DE MULTA a razón de una cuota diaria de diez euros, lo que hace un total de SEISCIENTOS EUROS (600,00 euros), con responsabilidad personal y subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resulten impagadas, de lo que el acusado ya queda expresamente apercibido.

Todo ello con expresa imposición de las costas al acusado.

Finalmente, acuerdo el MANTENIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO Y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN acordadas por el Juzgado de Instrucción número Dos de Orihuela hasta que se ejecute la presente sentencia.

Contra la presente sentencia cabe interponer, ante este mismo Juzgado, RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de DIEZ DÍAS siguientes al de su notificación, a resolver por la Ilma. Audiencia Provincial, mediante escrito presentado en dicho plazo ante este Juzgado, exponiendo ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamiento de normas, garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de preceptos constitucionales o legales en que se base la impugnación, así como, en su caso, motivos de nulidad del procedimiento que hubiere podido determinar indefensión para el recurrente, acreditando, en su caso, haber solicitado la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia. Se podrá, así mismo solicitar por el recurrente la práctica de diligencias de prueba que no pudo proponer en dicha primera instancia, de las propuestas e indebidamente denegadas y de las admitidas que no fueron practicadas exponiendo las razones por las que su falta hubiere producido indefensión".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Elche, Sección Séptima, que con fecha 29 de mayo de 2023 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de D. Adolfo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia apelada, de fecha 16- 01-2023, pronunciada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de lo Penal número 3 de Orihuela, en Juicio Oral nu?m. 332/2021. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución -contra la que cabe recurso de casación- de conformidad con lo establecido en el artículo 792.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con testimonio de la presente sentencia (dejando otro en este Rollo de Apelación), devuélvanse las actuaciones".

TERCERO.-Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación del condenado D. Adolfo, que se tuvo por 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 interpuesto por la representación del condenado D. Adolfo, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 178, 66 y 72 del Código Penal, en relación con el principio de proporcionalidad de las penas derivado del artículo 25 de la Constitución, empleando en la determinación de la pena criterios contrarios al derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 178.3, por su indebida inaplicación cuando estaba en vigor en el momento de dictar sentencia. aplicación de disposición más favorable al reo, principio de legalidad.



Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del artículo 178 C.P. en relación con el artículo 24 C.E. y el principio de presunción de inocencia.

QUINTO.-Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión por providencia.

SEXTO.-Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 16 de junio de 2026, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Adolfo contra la sentencia nº 208/203 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche.

SEGUNDO.-1.- Por infracción de ley conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 178, 66 y 72 del Código Penal, en relación con el principio de proporcionalidad de las penas derivado del artículo 25 de la Constitución, empleando en la determinación de la pena criterios contrarios al derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución.

Hay que destacar, en primer lugar, que, como bien destaca la fiscalía del Tribunal Supremo en su informe, en el recurso de apelación solo se cuestionaron materias afectantes a error en valoración de prueba y presunción de inocencia, no apelándose a la infracción de ley que ahora se postula en el recurso de casación por la única vía susceptible de interponer recurso de casación del artículo 847.1 B) Lecrim que es la del art 849.1 LECRIM, pero no cabe acudir a casación por cuestiones no suscitadas en sede de apelación.

El recurrente solo puede utilizar en este recurso ex art. 847.1 b) LECRIM el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM; pero en este caso es que ni tan siquiera lo que ahora alega ha sido expuesto en sede de apelación, acudiendo a la sede de la casación per saltum, lo que está prohibido, e impidiendo al tribunal de apelación pronunciarse sobre estos extremos.

En cualquier caso, el recurrente se queja de que se le haya impuesto la máxima pena de 1 a 4 años de prisión, pero hay que tener en cuenta que en sede de casación solo se puede cuestionar la pena impuesta cuando esté rodeada de una desproporción absoluta en razón al factum y la gravedad de los hechos declarados probados, así como el desvalor de la acción y el resultado, tomando en cuenta las razones expuestas para aplicar esta pena en concreto.

El recurrente en un motivo por error iuris per saltum pretende obviar y no respetar los hechos probados, e, incluso, pretende minusvalorar la gravedad de lo que en estos se recoge, sosteniendo cuestiones o un relato que se aleja de lo que consta en los hechos probados.

Pero lejos de lo que propone el recurrente, en el caso concreto la gravedad de los hechos se relaciona con: a) la gravedad del injusto, es decir, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, y b) la gravedad de la culpabilidad, circunstancias ambas que, en base al relato de hechos probados ya serviría para mantener la pena impuesta de 4 años de prisión.

Nótese que el recurrente en el baño cogió a Milagros y le cogió sus dos brazos y los colocó hacia detrás de la misma y mientras que con una de sus manos sujetaba con fuerza las de la víctima que él había hecho que tuviese a su espalda con la otra le bajó a la víctima las mallas de cuero que llevaba, lo que provocó que le quedaran bajadas ligeramente las bragas y la subió al lavabo, mientras que ella le pedía que le bajara y que le hacía daño; es decir, no solamente no hubo consentimiento, sino que hubo, también clara y nítida oposición de la víctima a los actos de contenido sexual que llevaba el recurrente, utilizando fuerza en su acción con la víctima, aunque siendo condenado ex art. 178.1 CP, hasta que en un forcejeo ella se pudo librar de él y salir del baño.

Como consecuencia de los hechos la víctima y su amiga Concepción se marcharon del inmueble resultando la víctima con cuadro nervioso, ansiedad e insomnio y las escoriaciones que constan en los hechos probados como resultado de la fuerza empleada por el recurrente. Hay desvalor de la acción y del resultado.

La Jueza de lo penal ha aplicado la pena de 4 años de prisión por estimarla proporcional, ajustada a derecho y equitativa, sin que el recurrente haya mostrado arrepentimiento alguno, señalando que desea aparecer como víctima, cuando ha sido el autor de los hechos probados frente a la víctima de los mismos.

Pues bien, del relato de hechos probados se evidencia el desvalor de la acción de forma clara, por cuanto el recurrente realiza un acto de contenido sexual claro y concluyente no solo sin obtener el exigente consentimiento de la víctima para realizar estos actos, sino, además, con su oposición expresa como consta en el relato del factum, teniendo que llegar la víctima a cogerle los testículos al autor para zafarse del mismo, como consta en el hecho probado. Y ello, para poder salir del lugar cerrado en el que se encontraba sometida a los

deseos sexuales del recurrente y contra su expresa voluntad, ya que ella no solo no prestó el consentimiento, sino que se opuso expresamente al acto sexual, lo que evidencia el claro temor, miedo y zozobra por el que tuvo que pasar la víctima que se encontró encerrada en un baño con el recurrente y con un acto tan elocuente de querer llevar a cabo el acto sexual, como demuestra el relato descrito en el factum, al situarla por la fuerza en el lavabo y sujetarle los brazos para que no pudiera oponerse a lo que pretendía el recurrente, habiéndole bajado ya los leggins y parcialmente las bragas hasta que la víctima reaccionó y pudo escapar.

Consta en el factum que:

- 1.- El acto del recurrente se llevó a cabo para satisfacer sus deseos sexuales.
- 2.- Le agarró de los brazos y los colocó detrás de la misma.
- 3.- Con una de sus manos sujetaba con fuerza las dos de ella.
- 4.- Le bajó a la víctima sus leggins sin su consentimiento.
- 5.- No solo no hubo consentimiento, sino que hubo oposición.
- 6.- Subió a la víctima al lavabo en esa posición haciendo caso omiso a la oposición de la misma.
- 7.- Ella le dijo que le soltara y que le hacía daño, pese a lo cual él continuó adelante.
- 8.- Finalmente ella tuvo que apretarle los testículos para que le soltara y poder salir del baño.

De esta manera, el factum describe una situación de contenido delictivo claro y diáfano y en un contexto de empleo de violencia descrito en el factum, siendo la condena por la vía del art. 178.1 CP, por lo que el factum permite al juzgador determinar la pena en su máxima extensión por la gravedad del hecho y el claro temor que transmitió el recurrente a la víctima con su grave proceder en un contexto que podría haber derivado a otro escenario más grave de no ser por la reacción de la víctima, tal y como está descrito el factum.

Debemos hacer notar que el motivo lo es por error iuris que exige el más absoluto respeto de los hechos probados y en un motivo "per saltum" además.

Pese a las consideraciones del recurrente los hechos probados sí que describen un acto sexual expreso. Y pese al extenso alegato del recurrente respecto a todos aquellos extremos que no constan, hay que reseñar que de ser así nos podríamos encontrar en el contexto del art. 179 y no en el del art. 178 CP, ya que, lejos de lo que plantea el recurrente, el tocamiento existió y la clara intención sexual está en el factum al describir el ánimo libidinoso que aunque no es exigible en el tipo de delito sexual, en este caso se reconoce concurrente.

Pero es palmario el acto sexual descrito en el factum al subir a la víctima al lavabo, agarrándole de los brazos para evitar cualquier atisbo de oposición y bajarle los leggins. Pocos actos pueden aparecer tan suficientemente descritos integrando un acto sexual sin consentimiento de la víctima, y, es más, con su expresa oposición.

Además, tampoco hubo desistimiento del art. 16 CP, ya que fue la conducta de ella al cogerle los testículos lo que impidió que el hecho fuera a más, pudiendo salir del baño, e impidiendo que el recurrente pudiera culminar sus claras intenciones sexuales descritas en el factum.

Esta Sala ha tratado sobre el desistimiento en varias resoluciones. Así, podemos recordar que en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 671/2017 de 11 Oct. 2017, Rec. 10297/2017 apuntamos que:

"Esta Sala Casacional, en Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002, ha analizado, en referencia al artículo 16.2 del Código Penal, lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal.

Subraya al efecto la exigencia de la "voluntariedad", que define su esencia dogmática, y a continuación, la "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis", requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen (Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de Enero).

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 637/2019 de 19 Dic. 2019, Rec. 1877/2018 recogemos que:

La doctrina jurisprudencial a la hora de fijar los requisitos para la efectividad eximente del desistimiento establece que para dilucidar la presencia del componente negativo de la tentativa (evitación de la consumación por el autor) se ha de determinar la causa por la que el resultado no se produce. Al respecto caben dos hipótesis: 1ª) La no producción del resultado es ajena a la voluntad del autor y 2ª) es el autor el que evita voluntariamente la consumación.



Aunque el legislador habla en por un lado de no producción de resultado y por otro de evitación de consumación, el énfasis para determinar las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

Es decir que si aquel comportamiento es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa.

Que el actuar precedente haya colmado o no la totalidad de los actos ejecutivos, que objetivamente deberían haber producido el resultado, no determina necesariamente cual deba ser la condición, meramente omisiva o activa del comportamiento del autor que trunca la producción del resultado, para alcanzar el efecto exonerante del artículo 16.2 del Código Penal .

El Código Penal acude a la diferencia entre total o parcial ejecución solamente como criterio de individualización de la pena (artículo 62) pero no para configurar el comportamiento que exonera de la responsabilidad penal por el delito intentado.

En todo caso, difícilmente podrá predicarse efectividad interruptora a la mera omisión del autor respecto a la no producción del resultado, cuando su comportamiento anterior haya supuesto la realización de todos los actos que objetivamente producen el resultado típico. Porque, si ya realizó todos los actos que objetivamente producen el resultado, es claro que los cualesquiera otros actos omitidos ya no eran objetivamente ejecutivos ni, por ello, su omisión es relevante para la no producción del resultado.

Con tal advertencia, es pues a aquellas referencias de libre voluntad y eficacia en el comportamiento del autor, respecto de la no producción del resultado, a las que ha de atenderse, sin que, a tal efecto, sea imprescindible guiarse de categorías conceptuales como la diversificación de la tentativa en subespecies, que de manera evidente el legislador ha querido erradicar, obviando terminologías como la que diferencia entre tentativa y frustración o entre tentativa acabada o inacabada. Esta última terminología de foránea acuñación parece atender a un dato que nuestro legislador no asume expresamente.

El sector doctrinal que la introdujo atendía, para establecer el acabamiento, a la contribución del autor en la ejecución y no al concurso de otros factores ajenos a aquél.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 887/2022 de 10 Nov. 2022, Rec. 10262/2022 se añade que:

"En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 124/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 10573/2017 se hace constar que:

"El fundamento segundo de la STS 671/2017, de 1 de octubre , desarrolla in extenso la justificación del nuevo criterio doctrinal:

"El Código Penal, en su artículo 16 , en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:

- a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;*
- b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;*
- c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y*
- d) que ese resultado no se produzca".*

"Subjetivamente se requiere una resolución en el autor referida a la consumación del delito, sin la cual no concurriría el tipo del injusto de la tentativa".

"Ahora bien, a esos elementos ha de unirse un último requisito negativo: que el autor no haya evitado la consumación, porque en tal caso la responsabilidad penal, por la tentativa del hecho tipificado cuya ejecución dio comienzo, no sería exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 del Código Penal".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 77/2017 de 9 Feb. 2017, Rec. 1816/2016 se añade que:

"Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria.



Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega de forma distinta de la tentativa acabada, antigua frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo y practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado."

Pero en este caso no concurre una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria, sino que se marcha del lugar, huyendo porque sabía que le habían sorprendido perpetrando el crimen, y que la policía iba a llegar en breve. Lo que hace es, en consecuencia, "huir", pero no "desistir" que no es lo mismo, ni mucho menos.

Por ello, no deben confundirse los escenarios de la "huida" con las alegaciones del desistimiento del art. 16.2 CP, porque huir del lugar cuando una persona es sorprendido encaja en la tentativa después de haber perpetrado los actos dirigidos a acabar con la vida de la víctima.

Destaca también en este debate la mejor doctrina que el desistimiento puede ser:

- 1.- Desistimiento pasivo del autor (desistimiento propiamente dicho).*
- 2.- Desistimiento activo del autor (arrepentimiento activo).*
- 3.- Desistimiento activo de los partícipes.*

El desistimiento activo del autor, para que produzca efectos extintivos de la responsabilidad criminal, es necesario que tenga lugar durante el desarrollo del iter criminis, y en todo caso, antes de la consumación. De lo contrario, el arrepentimiento, una vez consumado el delito, sólo dará lugar a la aplicación de las atenuantes del art. 21.4.º y 5.º del CP. Y es que, en efecto, el desistimiento exige el "detenimiento" del sujeto activo del delito en la consumación final del mismo y su interrupción "voluntaria", porque, técnicamente, no puede construirse el desistimiento con el delito consumado, ya que en su caso podría dar lugar a atenuantes de confesión o de reparación del daño causado, pero nunca la vía del art. 16.2 CP.

Criterios en orden a apreciar el desistimiento del art. 16.2 CP.

Con ello, vemos que los presupuestos que se exigen para la viabilidad exculpatoria del desistimiento son:

1.- Requisitos del acto de desistimiento:

a.- "voluntariedad", que define su esencia dogmática. La voluntariedad del desistimiento, apunta la doctrina, representa la nota esencial del mismo, de tal manera que sólo cuando pueda afirmarse que el desistimiento ha sido voluntario la conducta típica, antijurídica y culpable del autor del delito intentado quedará impune. Incluso se añade que para que el desistimiento merezca ese perdón es necesario que no esté coaccionado, tratándose, además, de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico.

¿Cuándo será involuntario e impedirá su eficacia?

a.- Circunstancias sobrevenidas:

El desistimiento será involuntario destaca la mejor doctrina, cuando la renuncia a proseguir la ejecución responda a circunstancias sobrevenidas que impidan la continuación del plan trazado por el autor; cuando se haya producido un relevante incremento de las dificultades; y cuando los motivos del desistimiento ejercieron tal influencia en el proceso de formación de la voluntad que no permitieron otra elección.

b.- Imposibilidad de continuar la ejecución.

No son encuadrables dentro de la órbita del desistimiento todos aquellos supuestos en los que se desiste de la acción por la imposibilidad de continuar con aquélla, ya sea ésta real o no cierta (por ejemplo: todos los casos en los que no es posible la apertura de puertas, cerraduras o candados, por no ser bastantes los instrumentos utilizados para ello, o porque su utilización incrementaría el tiempo del hecho, y consiguientemente el riesgo), es decir, supuestos en los que concurre una imposibilidad física y material de continuar con la acción, ya sea ésta real, o como si era percibida por los sujetos como tal, aunque fuere incierta. En estos supuestos, el desistimiento no sería voluntario.

c.- El autor cree erróneamente que el objetivo delictivo se consiguió y cesa de continuar.

Tampoco tienen acogida, bajo la órbita del desistimiento, los supuestos en los que el agresor deja de golpear a la víctima en la creencia de que ya ha conseguido su propósito: tal situación nos llevaría al campo del error, y en consecuencia de la tentativa inacabada (36), pero en ningún caso estaríamos ante un desistimiento voluntario.

- 2.- La "eficacia" de la conducta que detiene el "iter criminis". No es válido cualquier desistimiento, sino solo el que es eficaz para detener la conducta delictiva.
- 3.- Requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito.
- Y, con ello, dos notas:
- a) la voluntad del autor y
 - b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.
- El Código Penal, en su artículo 16, en relación con el 62, define como tentativa el comportamiento caracterizado, en lo objetivo, por:
- a) realización de "hechos exteriores", es decir no meramente internos;
 - b) que implican comienzo de "directa" ejecución, es decir, no preparatorios, de un supuesto típicamente penal, buscado en el plan del autor y que suponen un riesgo para el bien jurídico que el tipo penal protege;
 - c) que "objetivamente" esos actos son potencialmente causantes del resultado del tipo, sin que baste, por tanto, la convicción subjetiva de la posibilidad de tal causación, si ex ante y objetivamente no podía ocurrir, y
 - d) que ese resultado no se produzca".
- 4.- Se trata de un arrepentimiento "activo", o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido artículo 16.2 del Código Penal.
- 5.- No parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como "acabada" o "inacabada" de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del "desistimiento" del artículo 16.2.
- 6.- Si la causa directa de la no producción del resultado mortal no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima ha de considerarse concurrente el desistimiento, aunque omisivo, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque proceda la condena por las eventuales lesiones producidas.
- 7.- No puede utilizarse la tesis de la "tentativa acabada" para describir si puede haber, o no, desistimiento eficaz.
- 8.- Debe acudirse como criterio evaluable a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.
- 9.- En el artículo 16.2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada.
- Cuando el texto penal no distingue para aplicar el desistimiento no debemos distinguir.
- 10.- Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concederse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria.
- 11.- Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo.
- 12.- Teoría de la política criminal o del premio. La ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal.
- 13.- El desistimiento necesariamente ha de ser definitivo y no equivaler a un simple aplazamiento o suspensión del iter criminis, para su reanudación posterior cuando se den circunstancias más propicias.
- 14.- Se exige espontaneidad o "propio impulso", o que responda a una voluntad movida de forma autónoma.
- 15.- Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002:



"La interpretación del art. 16.2.º CP que establece una excusa absolutoria incompleta, ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el iter criminis, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen".

Conforme a lo expuesto no cabe estimar el desistimiento que solicita el recurrente. No desistió, sino que fue la víctima la que impidió que continuara con su pretensión basada en su ánimo libidinoso fijado en el factum, porque no pudo concluir el acto pretendido. Cesa en su acción no por propia voluntad sino por un elemento exterior ajeno a él como es que la víctima puede salir del baño.

Pues bien, la pena impuesta es proporcional a la gravedad del factum.

Hemos señalado al respecto (entre otras, SSTS 239/2021 de 17 Mar. 2021, 824/2022 de 19 Oct. 2022, y 454/2021 de 27 May. 2021) que ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

1. En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.
2. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.
3. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad) y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta.
4. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Teniendo en cuenta estos elementos es correcta la pena impuesta por la propia gravedad de los hechos probados, el desvalor de la acción y del resultado y las circunstancias del culpable, quien despliega todos los actos para aprovecharse de la víctima para desplegar sus actos de claro contenido sexual en un lugar, como es un baño, de donde la víctima iba a tener serias dificultades para salir de allí, salvo con la acción que desplegó y con la que se pudo escapar del recurrente a impedir que continuara con sus actos sexuales, a los que ya había dado inicio, pese a la distinta visión y valoración del recurrente.

Respecto a la alegación del consumo de alcohol o drogas no consta en los hechos probados y es de nuevo per saltum.

Respecto a la aplicación del subtipo atenuado del actual art. 178.4 y entonces art. 178.3 CP es absolutamente per saltum, siendo inadmisibile que se pretenda en sede de casación introducir una cuestión que es más propia de una conformidad o del alegato previo, pero no someter ex novo o per saltum aplicar el citado subtipo atenuado en sede casacional.

Respecto de las penas impuestas además de la prisión son proporcionales a la gravedad de los hechos en orden a los 3 años de libertad vigilada en hechos tan graves como los de contenido sexual, la prohibición de aproximación a la víctima a menos de 300 metros, frente a la habitualidad de imponerlo a 500 metros y teniendo en cuenta el lugar de residencia, y de comunicarse por cualquier medio por tiempo de 5 años, (arts. 57 y 48 CP).

En cuanto a la aplicación de la LO 10/2022, hay que recordar que, como indica la fiscalía, la pena privativa de libertad es imponible conforme a cualquiera de las dos redacciones del art. 178 CP por mas que la dada por la LO 10/2022 sea mas favorable en abstracto al reducir el techo en un año y el tribunal pudiendo imponer menos pena no lo hizo y en lo que respecta al subtipo, como hemos dicho, se trata de una cuestión nueva. Por último,



si la pena privativa de libertad iba a ser en todo caso de 4 años de prisión, con arreglo a la LO 10/2022, sería obligatorio imponer las penas del art. 192.3 CP, lo que sin duda sería mas perjudicial para el recurrente.

El motivo se desestima.

TERCERO.-2.- Por infracción de ley del artículo 178.3, por su indebida inaplicación cuando estaba en vigor en el momento de dictar sentencia. aplicación de disposición más favorable al reo, principio de legalidad.

Se plantea por el recurrente de nuevo la aplicación del art. 178.3 CP que no fue analizado en sede de apelación y que no se puede suscitar ex novo en sede de casación, sino con carácter previo, y, en todo caso, como alternativa a la petición de absolución, o ante supuestos de conformidad, pero no en sede de casación.

Además, parece un contrasentido, plantear un subtipo atenuado que se caracteriza por su aplicación para supuestos más leves en su gravedad, cuando el juez penal y la sentencia de la AP ya han validado la gravedad de lo ocurrido en un factum ante hechos que finalizaron de la forma en la que lo hicieron ante la actitud de la víctima de impedir su prosecución pudiendo escapar, lo que conlleva "huir" categóricamente de un subtipo atenuado previsto para hechos de connotación sexual, pero menos graves, lo que no es el caso, como hemos precisado al relatar el factum.

El recurrente pretende aplicar un subtipo atenuado a un hecho que dista mucho de ser ejemplo paradigmático de la aplicación del art. 178.3 CP al momento de los hechos y actual art. 178.4 CP.

Los dos elementos claves del subtipo atenuado del actual art. 178.4 CP (anterior 178.3 CP) son la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No puede quedar más lejos de la "menor entidad" un hecho como el descrito en el factum, lo que impide aplicar el subtipo atenuado que está previsto para hechos más leves que el aquí declarado probado y que se sitúan en el antiguo abuso sexual, o en hechos que, incluso, antiguamente eran considerados como vejaciones injustas cuando se trataban de actos con claro componente sexual, y que ahora se reconducen a la agresión sexual del art. 178 CP tras la LO 10/2022.

Pero no puede admitirse que con un factum como el descrito se puede entender que ese hecho es de "menor entidad".

Esta cláusula del art. 178.3 (ahora 4) no configura un tipo autónomo, sino una regla de individualización judicial de la pena para permitir al juez que atendiendo a la menor gravedad del hecho rebajar la pena, pero no es el caso el presente en el que, lejos de ello, la pena se impone en la de 4 años. El recurrente pretende "huir" del factum y no solo bajar la pena a la de un año, sino aplicar la pena de multa, lo que sí que es desproporcionado por la gravedad del hecho.

En estos casos se exige una menor gravedad objetiva y subjetiva del comportamiento y se podría aplicar en casos de menor lesividad sexual como podrían ser los contactos puntuales o fugaces, lo que no es el presente caso.

Debe tenerse en cuenta que para aplicar este subtipo atenuado no basta con que el hecho sea menos grave que otros, sino que debe ser notablemente menos lesivo dentro del tipo penal objeto de acusación, y en el caso presente el factum se puede situar en el máximo nivel dentro del art. 178.3 (ahora 4) CP, es decir, en el lado opuesto, precisamente, al subtipo atenuado.

La redacción del hecho probado no permite aplicar la pena de multa en un supuesto que no es, precisamente, de menor entidad, como plantea el recurrente, sino todo lo contrario, en un acto de claro contenido sexual, cosificando el autor a la víctima, utilizándola como "objeto sexual" poniéndola en el lavado del baño subiéndola por la fuerza y sujetándole sus brazos para que no pudiera oponer resistencia al tiempo que le bajó los leggins con ánimo libidinoso recogido y reconocido en la sentencia. Desde luego, lo más alejado de un hecho de "menor entidad" en delitos contra la libertad sexual, llevando a cabo los actos en un baño y habiendo cerrado la puerta del mismo realizando los actos que ya se han reseñado.

El motivo se desestima.

CUARTO.-3.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 lecrim, por aplicación indebida del artículo 178 CP en relación con el artículo 24 CE y el principio de presunción de inocencia.

Pese a que el recurrente plantea el motivo por error iuris en la realidad lo formula por presunción de inocencia y por contradicción en los hechos probados, motivos que no están permitidos en el estrecho cauce del art. 847.1 b) LECRIM, que solo admite la vía de la falta de plena subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena.

Así, frente a las sentencias dictadas en apelación tanto por las Audiencias Provinciales como por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, según dispone el art. 847.1.b) LECrim, únicamente procede interponer recurso



de casación por infracción de ley de acuerdo al motivo previsto en el número 1º del art. 849 LECrim, esto es, por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica con carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación fundados en la alegación de infracciones procesales.

Se trata, en consecuencia, de un recurso basado en una función nomofiláctica, limitado al error iuris, y tendente a homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo para garantizar la seguridad jurídica.

La previsión legal de que el motivo previsto en el art. 849.1º LECrim -por infracción de ley- sea el único que habilite el recurso de casación frente a sentencias de apelación de las Audiencias Provinciales o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional es una decisión de política-legislativa, por lo que el legislador -se comparta o no- ha fijado el ámbito de este recurso de casación extraordinario, el cual ha de ser observado por los Tribunales sin que proceda efectuar interpretaciones que vengán a suponer un exceso del marco casacional establecido, so pena de ampliar el mismo -desnaturalizándolo- más allá de la previsión legal.

En relación con lo anterior, en orden a la determinación de la infracción de ley prevista en el art. 849.1º LECrim, de conformidad con la previsión legal y la interpretación que sobre la misma efectúa esta Sala del TS, debe tratarse de la infracción de una norma de carácter sustantivo, bien sea un precepto penal o bien sea otra norma jurídica con dicho carácter sustantivo que deba ser observada en la aplicación de la ley penal -las normas determinantes de subsunción-, conceptualización según la cual quedarían excluidas las normas de carácter procesal que no participan de esa sustantividad.

Cabe hacer las siguientes precisiones sobre esta modalidad del recurso de casación ex art. 847.1 b) LECRIM al objeto de delimitar su objeto, tanto de inclusión como de exclusión. Veamos.

1.- Cabe solo "y exclusivamente" con efectos claramente excluyentes por la vía del art. 849.1º LECrim, que prevé como motivo casacional la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, siempre con la exigencia del respeto a los hechos declarados probados.

2.- El art. 847.1.b) LECrim -en redacción dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales- establece que procede recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por su parte, el art. 847.2 LECrim exceptúa del recurso de casación aquellas sentencias que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

3.- El art. 847.1.b) LECrim únicamente remite al motivo previsto en el art. 849.1º LECrim, precepto que establece que se entenderá infringida la ley «cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal», esto es, cuando concurre el denominado error iuris.

4.- Queda extramuros del recurso de casación frente a las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias la infracción de ley prevista en el art. 849.2º LECrim, fundada en error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

5.- No procedería este recurso de casación en base a ninguno de los motivos de quebrantamiento de forma, ni los previstos por el art. 850 LECrim, ni los recogidos en el art. 851 LECrim.

6.- El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2016 versa sobre la unificación de criterios relativos al alcance de la reforma de la LECrim de 2015 y que, en el ámbito del recurso de casación, ha sido ya aplicado en reiteradas resoluciones de la Sala Segunda, desde la primigenia STS 210/2017, de 28 marzo. En ese sentido, en lo que atañe a la interpretación del art. 847.1.b) LECrim, el Acuerdo aboga por que dicho precepto «debe ser interpretado en sus propios términos», de modo que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales -y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional- sólo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley del número primero del art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen al amparo de los arts. 849.2º, 850, 851 y 852 de la LECrim.

Así:

1) Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales no pueden ser recurridas en casación al amparo de los arts. 849.2, 850 y 851 de la LECrim.



2) La «ley infringida» a los efectos de este recurso deberá ser necesariamente 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 subsunción).

No podrá pues ampararse el recurso en la vulneración de normas procesales o constitucionales.

Ahora bien, dice el acuerdo de Pleno de 9 de junio de 2016: «podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva».

7.- El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional, en su apartado primero acuerdo b), se adopta como criterio que «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 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».

8.- De otro lado, los recursos deberán respetar los hechos probados, sin que se puedan efectuar alegaciones en notoria contradicción con éstos, pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim), ello so pena de inadmisión -apartado primero acuerdo c) del Acuerdo-

9.- Por su parte, en el Acuerdo de 9 de junio de 2016 - apartado primero acuerdo d- se considera que los recursos deben tener interés casacional, debiendo ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º LECrim).

Así, se entiende por interés casacional:

- a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del TS;
- 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 no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

10.- En cuanto a los supuestos de interés casacional, matiza la STS 98/2022, de 9 de febrero, que en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 16 de junio de 2016 se precisan una serie supuestos de claro interés casacional pero que «dicho listado no puede tenerse como una suerte de fórmula normativa numerus clausus. Así, y aunque el Acuerdo no los mencione, habrá también interés casacional cuando esta Sala se plantee un giro interpretativo que modifique la jurisprudencia consolidada sobre una determinada cuestión normativa o considere necesario insistir sobre cuestiones con especial significado nomofiláctico, al hilo del concreto gravamen que sufra la parte recurrente. Y, como también indicábamos en la STS 57/2022, de 24 de enero, el interés casacional como criterio "a certiorari" de admisión del recurso de casación no debe equipararse con el de especial relevancia constitucional previsto para la admisión del recurso de amparo -vid... STC 155/2009-, por lo que siempre debe tomarse en cuenta el interés subjetivo lesionado que sustenta el recurso y las consecuencias reparadoras que pueden derivarse de su estimación».

11.- El recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves, de forma que quedan excluidas del ámbito casacional, si bien hay que tener en cuenta que los delitos leves podrán ser examinados en casación cuando se enjuician -en su caso- a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

12.- Desde la STS 210/2017, de 28 marzo, señala que este recurso tiene anclaje directo en la función nomofiláctica, de forma que el legislador de 2015, al tiempo que generaliza la doble instancia, ha abierto la casación, solo por infracción de ley del art. 849.1º -error iuris-, a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal, con lo que implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con la consiguiente erosión del principio constitucional de igualdad.

13.- Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE -seguridad jurídica- que con el art. 24.1 -tutela judicial efectiva-, como un recurso de los arts. 9.3. y 14 más que del art. 24 CE, con una muy limitada capacidad revisora, tendente a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica a fin de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización, pero bajo las pautas del respeto escrupuloso al hecho probado; por tanto, pivota sobre la acomodación del razonamiento a la disciplina del error iuris, con el planteamiento de un problema jurídico-penal de interés general.

14.- El art. 849.1 LECrim contiene un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial, lo que exige



ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos, es decir, es la vía adecuada para discutir si se ha aplicado correctamente la Ley.

15.- Este criterio del TS ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional que, a medio del ATC 40/2018, de 13 de abril, viene a avalar la interpretación que la Sala de casación efectúa del tenor literal del artículo 847.1.b) LECrim, tal y como ha sido fijado en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016 y aplicado en las SSTS del Pleno de la Sala Segunda (SSTS 210/2017, 324/2017, 327/2017 y 369/2017), considerando el TC que sus argumentos resultan coherentes con la letra y finalidad de la reforma legal y racionalmente fundado. Como advierte el ATC 40/2018, de 13 de abril:

«De forma coherente con el nuevo diseño de la casación penal -abierta en lo sustantivo a mayor número de delitos, pero limitada en lo procesal en los delitos de menos gravedad- el contenido del artículo 852 LECrim alegado como fundamento de la pretensión de amparo puede ser interpretado, como lo ha sido, en conexión con el resto de los preceptos que definen el ámbito de aplicación de la casación penal. De esta manera, es coherente con la previsión legal y razonable entender que en los casos en que la Sentencia impugnada sea recurrible únicamente por alguno de los motivos previstos en los artículos 849 a 851 precedentes, la vigencia del artículo 852 LECrim no superpone un motivo de casación autónomo y adicional, sino que solo significa que la concurrencia de los concretos motivos que hacen viable la impugnación en casación -en este caso, la infracción de norma jurídica o precepto legal sustantivo que deba ser observado en la aplicación de la ley penal (juicio de subsunción)- puede ser fundamentada por referencia a los preceptos constitucionales afectados por la infracción de ley sustantiva alegada. Dicho criterio es el que aparece expresamente recogido en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016 ya citado, cuando establece que en los recursos de casación presentados al amparo del artículo 849.1 LECrim "podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva"».

16.- La posibilidad de pronunciarse el TS sobre los aspectos procesales del enjuiciamiento, respecto a dicha facultad permanece abierta -ex artículo 847.1 a) LECrim- en relación con las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

No se ve cegada por un recurrente toda vía de alegación de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, pues en tales casos, agotada la vía judicial, puede acudir subsidiariamente en amparo en defensa de sus legítimas pretensiones de tutela». (ATC 40/2018, de 13 de abril).

17.- Las ventajas del "error iuris". La fijación de una interpretación jurisprudencial uniformadora por parte del Tribunal Supremo pretende que se respeten al máximo los principios de igualdad y seguridad jurídica, porque las decisiones judiciales son más predecibles y uniformes. Pero también fomenta la confianza en la integridad del sistema judicial.

18.- Los ciudadanos pueden esperar que las decisiones de los órganos judiciales se ampararán en esa doctrina y no en el voluntarismo de sus titulares. Contribuye asimismo a la eficacia del sistema.

Decía en este sentido Benjamin Nathan Cardozo, juez del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos: «The labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him». (« El trabajo de los jueces aumentaría casi hasta el punto de ruptura si cada decisión pasada pudiera reabrirse en cada caso, y uno no pudiera construir su propio camino de ladrillos sobre la base segura de los caminos trazados por otros que le han precedido»).

19.- Esta modalidad del recurso de casación penal, sin duda, refuerza el papel del Tribunal Supremo como unificador de lo que el legislador llama la «doctrina penal».

20.- Respecto a los motivos de casación, en síntesis, la LECrim., prevé, respecto al recurso de casación, tres grupos de motivos de casación.

i) La vulneración de derechos fundamentales. De conformidad con el art. 852 LECrim., «en todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional».

ii) La infracción de ley (art. 849), con dos variantes: el error de Derecho o error iuris (art. 849.1) y el error de hecho o error facti (art. 849.2).

iii) El quebrantamiento de forma, con sus dos manifestaciones: i) vicios in procedendo (art. 850); y ii) vicios in iudicando (art. 851).



Esta modalidad es excluyente. Solo cabe exclusivamente plantear el recurso de casación por vía del art. 849.1 LECRIM, no por ninguna otra.

Este tipo de recurso solo está previsto para interponer motivos por error iuris, quedando excluido el de presunción de inocencia y ex art. 5.4 LOPJ. No es un recurso más, sino restringido al análisis del tipo penal y el proceso de subsunción en el mismo del factum. Nada más. No cabe un "estiramiento" de esta modalidad de recurso para convertirlo en otro recurso más contra sentencias de las AP resolviendo recursos de apelación contra sentencias de juzgados de lo penal. El recurrente pretende apelar a la tutela judicial efectiva, pero cuando el legislador ha sujetado los recursos a unos requisitos y a un alcance el recurrente debe sujetarse a ello sin una interpretación extensiva que "desborde" el objeto de este tipo de recurso del art. 847.1 b) LECRIM.

No estamos ante una "libertad" impugnativa en la vía del art. 847.1 b) LECRIM, sino que es estrecha, tasada y estricta. No admiten interpretaciones flexibles o pro actione. No se trata de interpretar en favor de la tutela judicial efectiva, sino de admitir o inadmitir e base a si el motivo que se plantea es posible y esta vía ex art. 847.1 b) solo admite la del art. 849.1 LECRIM. Ninguno más.

En el presente caso el recurrente postula un motivo encubierto inadmisibles en sede del art. 847.1 b).

El recurrente plantea contradicciones en el factum y lo que sostiene es que vulnera la presunción de inocencia, que no puede plantearse en esta vía casacional, ya que se refiere a las pruebas practicadas en el plenario, y, en concreto, a la declaración de la víctima.

Y cuando se refiere al juicio de tipicidad del art. 178 CP vuelve a referirse a cuestiones alegadas de prueba y su valoración que es inadmisibles en esta vía, ya que refiere, entre otras consideraciones, que *En virtud de los hechos probados, no hay elemento probatorio alguno de que D. Adolfo no soltase a Dña. Milagros cuando advirtió que ella no quería tener relaciones sexuales. Ante los hechos probados contradictorios giran dudas de cómo sucedieron los acontecimientos y si realmente D. Adolfo tuvo intención de lesionar la libertad sexual de Dña. Milagros.*

Los hechos probados, lejos de la tesis del recurrente, sí que permiten la subsunción en el art. 178.1 CP objeto de condena.

Todo el motivo gira alrededor de cuestiones de prueba inaplicable en esta modalidad casacional, y cuando alega la falta de dolo vuelve a obviar el hecho probado, en una relación atinente a una total y absoluta ausencia de consentimiento de la víctima, pero, es más, de total oposición que consta en el factum. Pero esta Sala ya ha reiterado que el consentimiento es el eje central para el acceso sexual y cualquier contacto sexual por leve que este sea.

Sobre el consentimiento ya ha señalado esta Sala en sentencia 934/2025, de 12 de Noviembre que:

"Criterios sobre la exigencia de la concurrencia del consentimiento de la mujer en la relación sexual, sin el cual nos encontraremos con un delito de agresión sexual"

Sobre el consentimiento en los actos de contenido sexual se ha pronunciado reiteradamente esta Sala, (entre otras, SSTS544/2023, de 5 de Julio, 625/2024, de 19 de Junio, 229/2025, de 12 de Marzo, 196/2023, de 21 de Marzo, 930/2022, de 30 de Nov. 84/2025, de 5 de febrero, 457/2022, de 11 de Mayo, 566/2025, de 19 de Junio 431/2025, de 14 de Mayo, 23/2023, de 20 de Enero y 288/2024, de 21 de Marzo) y se puede señalar al respecto que:

1.- Para que pueda existir una relación sexual es preciso el mutuo consentimiento previo que los anglosajones denominan el advance consent. Si éste no existe y uno de ellos lleva a cabo el acto sexual sin preguntar sobre si se consiente el acto sexual es agresión sexual.

2.- Los anglosajones también exigen el consentimiento expreso o tácito sin el cual existe agresión sexual al señalar que Giving one's sexual consent means clearly and freely agreeing to participate in a sexual activity, making it consensual. It's important for every person involved in the activity to give their consent, otherwise sexual activity without consent is considered sexual assault or rape. (Dar el consentimiento sexual significa aceptar clara y libremente participar en una actividad sexual, lo que la convierte en consensual. Es importante que todas las personas involucradas en la actividad den su consentimiento; de lo contrario, la actividad sexual sin consentimiento se considera agresión sexual o violación).

3.- Por ello, claramente, como exponen los anglosajones, la relación sexual es consensual. The sexual relationship is consensual.

4.- El consentimiento va revestido de las siguientes características como señala el mundo anglosajón:

a.- El consentimiento debe darse libremente. (Consent needs to be freely given).



b.- El consentimiento tiene que ser específico: Si alguien ha dado su consentimiento para una actividad, como besarse, por ejemplo, no significa que la persona consienta otras actividades. (Consent has to be specific: If someone has consented to one activity, such as kissing, for example, it doesn't mean the person consents to other activities).

c.- El consentimiento se puede revertir en cualquier momento: (Consent can be reversed at any time).

d.- El consentimiento debe ser informado: Si alguien está consintiendo algo, debe estar completamente informado de lo que está consintiendo. (Consent must be informed: If someone is consenting to something, they must be fully informed what they are consenting to).

5.- El consentimiento se manifiesta libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

6.- Puede ser expreso o tácito. La referencia a la expresión "las circunstancias del caso" evidencia que no se exige que sea oral, ya que el art. 178.1 CP admite que se manifieste por "actos" que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Así, una importante conclusión que podríamos obtener es que es válido tanto una expresión positiva del "sí", como la aceptación tácita del consentimiento atendidas las circunstancias del caso.

7.- Los hechos declarados probados constituyen en la actualidad y en el momento de los hechos un delito contra la libertad sexual de una mujer.

8.- Se efectúa un acto de tocamiento de contenido sexual y en partes sexuales de la víctima vulnerando el derecho de la mujer a ser respetada y evitar que alguien puede hacerle ningún acto de tocamiento si no es con su consentimiento.

9.- La mujer tiene perfecto derecho a que en modo alguno se le cosifique mediante actos de tocamiento de contenido sexual si no consiente a ello.

10.- Si la mujer no ha prestado su consentimiento al acto de contenido sexual de forma expresa o tácita existe agresión sexual.

11.- No es el hombre que realiza tocamientos a la mujer el que decide cómo y cuándo llevar a cabo actos de contenido sexual. Se exige la bilateralidad en un pacto de realizar tocamientos en partes de contenido sexual y la zona que consta en los hechos probados lo es.

12.- El consentimiento de la mujer al acto de contenido sexual no es patrimonio de la interpretación subjetiva del autor. No es válido "creer" que hay consentimiento, sino que hay que tener la seguridad de que la mujer consiente, y que ello se desprende de las "circunstancias del caso", que es lo que cita el art. 178 CP . La existencia del consentimiento no debe llevar al autor a interpretar el consentimiento.

Criterios sobre la "creencia" del consentimiento o belief in consent:

a.- No cabe acudir a la "interpretación del consentimiento" por una de las partes, por cuanto si no es evidente no puede llevarse a cabo el acto sexual.

b.- Así, si el acusado declara en el plenario que "él creía que había consentimiento" supone una manifestación de una hipótesis, o una creencia de que ello era así, cuando la realidad manifestada en el art. 178 CP determina que debe existir una seguridad en el autor de que la mujer ha accedido a tener relaciones sexuales, lo que lleva a excluir categóricamente presunciones del autor de que concurría el consentimiento por la mujer en estos casos.

c.- No valen presunciones acerca de una hipotética creencia del autor de que el consentimiento existía por la mujer, porque no es válida la mera "creencia" de que ella consiente, o que se presume que lo ha dado.

d.- Ese consentimiento a la relación sexual debe ser evidente, claro y diáfano y no dar lugar a interpretaciones subjetivas. No es válido apelar el acusado a la expresión de "yo creía que ella sí quería".

13.- El consentimiento de la mujer al acto de contenido sexual no es presunto del autor, sino que es expreso o tácito. La "creencia" del consentimiento no valida la realización de actos sexuales.

14.- Debe manifestarse de forma clara la voluntad de la mujer al acto sexual. Exige el art. 178.1 CP que el consentimiento se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

15.- La "interpretación" subjetiva del consentimiento sin ser claro su existencia por la mujer rellena la tipicidad de los delitos sexuales.

16.- No puede hablarse de unilateralidad de una parte, sino bilateralidad de ambas.



17.- Se habla de consentimiento como el deber de una persona de solicitar autorización o consentimiento a otra de la que se quiere algo antes de actuar, por cuanto ese acto en concreto, que en estos casos es la relación sexual, exige un acuerdo mutuo de llevar a efecto el acto sexual de común acuerdo y no de forma unilateral, ya que en estos casos existiría agresión sexual según el propio contexto de la Ley.

18.- En el consentimiento para realizar el acto sexual coinciden dos voluntades al momento y se manifiestan conformes sobre un determinado objeto, que es llevar a efecto el acto sexual y, además, concurre en ambos la causa, que lo es el conjunto de razones determinantes particulares a cada contratante en su origen, y hechas comunes en el acto, bien por declaración expresa, bien mediante aceptación tácita.

19.- En la relación sexual ambos son conscientes de lo que determina ese consentimiento prestado, claro y evidente por ambas partes, de manera que ambos son conscientes del objeto y causa que forman parte de esa prestación del consentimiento.

20.- Si se lleva a cabo el acceso carnal el consentimiento de la mujer debe ir dirigido a ese acceso carnal y no otro acto. El consentimiento para un acto sexual concreto no es una especie de "puerta abierta" para la ejecución de "cualquier acto sexual", sino para aquél al que se dirigió el consentimiento.

21.- El consentimiento no es una especie de "cheque en blanco" para realizar cualquier acto sexual que desee el autor.

22.- Ese consentimiento de la mujer es "revocable". Ello es importante para señalar que puede existir un consentimiento inicialmente manifestado, pero que más tarde sea revocado por la mujer, lo que determinará que si el autor persiste en continuar pese a haber manifestado ella que lo revoca y que no quiere existirá agresión sexual.

23.- No es preciso que la víctima tenga que expresar negativamente que no acepta el acto sexual, sino que se requiere del consentimiento para ello, y que no existen interpretaciones presuntas del autor.

24.- No es precisa la resistencia de la víctima a realizar el acto sexual. No hace falta, tampoco, la negativa formalmente expresada y exteriorizada.

25.- La mujer tiene perfecto derecho a asentir una relación sexual y negarla en otros con la misma persona, no existiendo derecho a mantenerla el varón cuando él quiera, sino cuando ambos quieran, ya que la unilateralidad decisoria en la relación sexual, y empleando violencia o intimidación es una violación.

26.- La circunstancia de que las partes sean pareja, matrimonial, o no, o ex pareja, no excluye la existencia del consentimiento. Y si se lleva a cabo el acto sexual sin consentimiento será, además un subtipo agravado.

27.- La circunstancia de que ambos hayan tenido relaciones sexuales en días anteriores, o, incluso, el mismo día, no otorga una especie de "cheque en blanco" que determine una especie de "consentimiento perpetuo" de la mujer, por cuanto los consentimientos en los actos sexuales son "renovables" para cada acto en concreto.

28.- 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.

29.- Por la circunstancia de que haya concedido en una ocasión el consentimiento no equivale a considerar que en cualquier momento el autor pueda tener acceso sexual con esa mujer. Si eso ocurre sería agresión sexual conforme a la normativa penal.

30.- 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.

31.- No se trata, pues, de la negativa de la víctima al acto sexual, y que se pruebe que se negó, sino de si dio el sí. No se trata de si se opuso, sino de si consintió expresa o tácitamente.

Lo importante en este caso es que el consentimiento para el acto sexual descrito en el factum no existió. Eso es incontestable. Y con respecto a los hechos declarados probados hay que hacer constar los siguientes presupuestos básicos que determinan la viabilidad de la condena pese a que el recurrente no respeta el factum donde consta la inexistencia de consentimiento, la descripción de un acto de claro contenido y soporte sexual, el ánimo libidinoso (aunque no es exigible) y lo vuelve a sostener todo sobre error en la valoración de la prueba.

De esta manera destacamos que:



- 1.- Los hechos declarados probados constituyen en la actualidad y en el momento de los hechos un delito contra la libertad sexual de una mujer.
- 2.- Se efectúa un acto de tocamiento de contenido sexual y en partes sexuales de la víctima vulnerando el derecho de la mujer a ser respetada y evitar que alguien puede hacerle ningún acto de tocamiento si no es con su consentimiento.
- 3.- La mujer tiene perfecto derecho a que en modo alguno se le cosifique mediante actos de tocamiento de contenido sexual si no consiente a ello.
- 4.- Si la mujer no ha prestado su consentimiento al acto de contenido sexual de forma expresa o tácita existe agresión sexual.
- 5.- No es el hombre que realiza tocamientos a la mujer el que decide cómo y cuándo llevar a cabo actos de contenido sexual. Se exige la bilateralidad en un pacto de realizar tocamientos en partes de contenido sexual y la zona que consta en los hechos probados lo es.
- 6.- El consentimiento de la mujer al acto de contenido sexual no es patrimonio de la interpretación subjetiva del autor. No es válido "creer" que hay consentimiento, sino que hay que tener la seguridad de que la mujer consiente, y que ello se desprende de las "circunstancias del caso", que es lo que cita el art. 178 CP.
- 7.- El consentimiento de la mujer al acto de contenido sexual no es presunto del autor, sino que es expreso o tácito. La "creencia" del consentimiento no valida la realización de actos sexuales.
- 8.- Debe manifestarse de forma clara la voluntad de la mujer al acto sexual. Exige el art. 178.1 CP que el consentimiento se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.
- 9.- La "interpretación" subjetiva del consentimiento sin ser claro su existencia por la mujer rellena la tipicidad del art. 178.1 CP.
- 10.- No puede hablarse de unilateralidad de una parte, sino bilateralidad de ambas.

El motivo se desestima.

QUINTO.-Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓNinterpuesto por la representación del condenado Adolfo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Elche, Sección Séptima, de fecha 29 de mayo de 2023, que desestimó el recurso de apelación formulado por indicado condenado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Orihuela, de fecha 16 de enero de 2023, que le condenó por delito de agresión sexual y un delito leve de lesiones. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo García Javier Hernández García