



Roj: **STS 3418/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3418**

Id Cendoj: **28079129912024100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **14/06/2024**

Nº de Recurso: **6243/2021**

Nº de Resolución: **603/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 603/2024

Fecha de sentencia: 14/06/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6243/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2024

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: IPR

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

*

RECURSO CASACION núm.: 6243/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 603/2024

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.



D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D.ª Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D.ª Susana Polo García
D.ª Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de junio de 2024.

Esta sala ha visto recurso de casación nº **6243/2021** interpuesto por **Marino** representado por el procurador D. Manuel García Arana y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Carrión Durán contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 1 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta) que le condenaba como autor penalmente responsable de delitos de abuso sexual y lesiones. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, inició Diligencias Previas, luego convertidas en Sumario Ordinario 5/18, seguido contra Marino . Una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla que dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"Declaramos expresamente probados los siguientes Hechos: Marino y Elena habían quedado desde abril de 2017 en diferentes ocasiones con el solo propósito de mantener relaciones sexuales, sin que pueda afirmarse que entre ellos existiera otro tipo de relación afectiva.

Con ese mismo propósito, concertaron un nuevo encuentro que tuvo lugar en las primeras horas del día 22 de Julio de 2017, en el interior de un turismo Peugeot 307 propiedad de Elena , estacionado a esos fines en un descampado próximo a la Avda. de la Paz, de Sevilla.

Previamente a dicho encuentro, Marino había sido asistido médicamente de una infección en sus órganos genitales, para la que en el momento del encuentro seguía recibiendo tratamiento farmacológico; esta circunstancia la había puesto en conocimiento de Elena , mediante mensajes de WhatsApp, aunque sin llegar a indicarle el concreto diagnóstico.

Porque siempre las habían mantenido así y con más motivo por la infección que padecía Marino , Elena sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de **preservativo**, a cuyo efecto y cuando ya se encontraban en los asientos traseros del turismo, fue la propia Elena la que proporcionó a Marino un **preservativo** en su envoltorio, que éste recogió y aproximó a sus genitales simulando ponerse. Sin embargo, Marino no llegó a ponerse en ningún momento el **preservativo** y, pese a ello, sin decirle nada a Elena , inició la penetración por vía vaginal, que ésta aceptó en la convicción de que tenía puesto el tan citado profiláctico.

En determinado momento y tras un tiempo no determinado de coito, Elena sospechó que Marino pudiera no tener puesto el **preservativo**, por lo que empezó a decirle que parara y que se quitara de encima, lo que acompañaba del gesto de empujarlo, aunque sin conseguirlo por encontrarse él sobre ella; no consta que



Marino se percatara inmediatamente de la intención de Elena de poner fin a la penetración, por lo que durante un breve lapso de tiempo continuó con la misma, sin que para ello ejerciera fuerza alguna mas allá de la derivada de la propia postura en que se encontraban, hasta que pasado ese breve tiempo se dio cuenta de la negativa de Elena y, sin eyacular, se retiró, se vistió y se marchó del lugar, no sin antes arrojar al suelo tras salir del coche el **preservativo** que le había facilitado Elena y que no había llegado a tener puesto en ningún momento, el cual estaba sólo parcialmente desenrollado.

Al mantener relaciones sexuales con penetración por vía vaginal, Marino era conocedor y consciente de, entre otros riesgos y posibles consecuencias, la alta probabilidad de transmitirle a Elena la enfermedad de transmisión sexual para la que seguía medicándose, pese a lo cual decidió actuar como queda descrito. Y lo cierto es que, efectivamente, a consecuencia de ese contacto sexual Elena se vio contagiada de la bacteria Chlamydia Trachomatis que padecía Marino, cuya curación precisó atención médica y la prescripción de antibióticos, antiinflamatorios y ansiolíticos. Además, Elena, que había sido diagnosticada previamente de distimia, con crisis puntuales de ansiedad y algunos rasgos anómalos de personalidad, sufrió a consecuencia de los hechos un agravamiento de su patología, que hubo de controlar con seguimiento médico y el propio tratamiento medicamentoso que ya recibía; de ambos padecimientos sanó con 15 días de perjuicio personal básico, 5 de ellos de pérdida temporal de calidad de vida moderada. Por último, Elena presentaba, cuando fue asistida médicamente, tres pequeñas erosiones en mucosa vaginal, estigmas frecuentes y tan leves e inespecíficos que pueden producirse de ordinario en cualquier penetración vaginal, sin necesidad de que sea violenta o no consentida; así mismo, presentaba un pequeño hematoma en las proximidades del tobillo izquierdo de cuya causa nada se sabe".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establece:

"Que debemos condenar y condenamos a Marino como autor penalmente responsable de los delitos que se indican, más arriba ya descritos y circunstanciados, a las penas que igualmente se expresan:

a) Por un delito de ABUSO SEXUAL, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Elena o comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de seis años. Así mismo, se le condena a que cumpla la medida de libertad vigilada por un tiempo de cinco años una vez extinguidas las penas de prisión impuestas, sin perjuicio de las previsiones del artículo 106 del Código Penal.

a) Por un delito de LESIONES a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a Elena o comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de dos años.

Por vía de responsabilidad civil, el condenado Marino indemnizará a Elena en la cantidad de trece mil euros (13.000 €) que devengará los intereses prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenamos así mismo al acusado al pago de las costas de este proceso incluidas las de la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, interponer por cualquiera de las partes ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia, mediante escrito con el contenido y los requisitos del artículo 790.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, definitivamente juzgando en esta instancia lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de apelación por Marino, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (con Sede en Granada), que dictó Sentencia, con fecha 1 de julio de 2021 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Marino contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha 29 de octubre de 2020, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de sus Procuradores, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sección de Apelación Penal de la Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal



Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Marino .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida del principio *in dubio pro reo*. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 181 CP. **Motivo cuarto.-** Al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 147 CP. **Motivo quinto.-** Al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su desestimación; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Diligencia de ordenación de fecha 12 de enero de 2023 se dió traslado al condenado y al Ministerio Fiscal para adaptación, en su caso, de los motivos de casación alegados a la LO 10/2022 de 6 de septiembre.

SÉPTIMO.- El Fiscal interesó una reducción de la pena por considerar favorable la ley posterior. La defensa insistió en su petición de absolución como consecuencia de la estimación del recurso de casación, añadiendo un alegato en el sentido de que la reforma de la LO 10/2022 abocaría también a la absolución.

OCTAVO.- Realizado el señalamiento para Fallo para el día 8 de noviembre de 2023, se suspendió la deliberación para elevar el asunto al Pleno (art. 197 LOPJ) con nuevo señalamiento que se llevó a cabo para el 25 de enero de 2024 fecha en que se inició la deliberación sin llegar a cerrarse, reanudándose la deliberación el siguiente día 29 de mayo en que se procedió a la correspondiente votación y fallo.

NOVENO.- Formulan voto particular los Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as D. Andrés Martínez Arrieta, D. Andrés Palomo del Arco, D.ª Ana Ferrer García, D.ª Susana Polo García y D. Javier Hernández García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso busca cobijo en el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Para el recurrente la condena se funda sobre una prueba extremadamente frágil lo que supondría una violación de tal derecho constitucional (art. 852 LECrim).

Las declaraciones de la víctima podrían venir alimentadas por cierto despecho ante sus sentimientos no correspondidos. Además, los resultados de los informes periciales sobre el **preservativo** y el lavado vaginal de la víctima arrojarían unos resultados que no abonan la hipótesis que da por acreditada la sentencia.

Por más que deba reconocerse el esfuerzo impugnatorio del recurrente, lo que resulta de extrema fragilidad no es la prueba sino la argumentación pergeñada para defender su difícilmente creíble versión (*el preservativo se desprendió por un movimiento de la víctima*). No soporta tal hipótesis el contraste con el material probatorio acopiado que es analizado minuciosamente y de forma modélica y persuasiva en la sentencia de instancia y recreado, luego, en la de apelación. La representante del Ministerio Fiscal se remite correctamente a esas motivaciones para impugnar el motivo. Objetivamente se hace muy difícil enriquecer o reforzar la robusta, sólida y completa hasta la exhaustividad, motivación fáctica de ambas resoluciones.

Sinteticemos. No es solo el relato mantenido por la víctima; una víctima que, lejos de mostrar ánimo vindicativo o animadversión hacia el recurrente, revela más bien sentimientos de cierta compasión y deseo de no agravar lo más mínimo su situación, como se preocupa de destacar la sentencia de instancia y como avala un dato procesal: no se ha personado en casación renunciando a defender la condena. No tuvo empacho alguno no solo en no *cargar las tintas*, sino tampoco en reconocer sin reticencia alguna, más bien con complacencia, los puntos que podían beneficiar al acusado.

Además, de la narración de la víctima, persistente en lo esencial (las divergencias que el recurrente cree detectar son accesorias y explicables fácilmente), se cuenta con un abanico de elementos que apuntalan sólidamente su veracidad y concordancia con lo sucedido, convirtiendo en inasumible la versión del recurrente: quedó contagiada por la enfermedad de transmisión sexual que padecía el acusado; el **preservativo** se recuperó sin estar totalmente desenrollado; en el lavado vaginal aparecieron restos biológicos que sugerían, aunque no inequívocamente, la presencia de líquido seminal.



Ese cúmulo de factores conduce a cualquier observador imparcial a la certeza que la Sala ha proclamado en su sentencia. No es imaginable que la víctima fabule o invente para inculpar falsamente al acusado; como tampoco lo es que haya mantenido otras relaciones en momentos previos que justifiquen algunos resultados de las pruebas biológicas, ni que haya sido contagiada precisamente en esas fechas a raíz de otros contactos casualmente por la misma bacteria que afectaba al acusado. No es racionalmente sostenible.

En cuanto a las lesiones, se produjo una indudable afectación de la salud física. A efectos penales, es irrelevante que existiesen o no, además, lesiones psíquicas. Si, atendiendo a los argumentos del recurrente, hiciésemos abstracción de la incidencia en la salud psíquica, subsistiría el delito de lesiones por el que ha sido condenado en tanto puede pivotar exclusivamente sobre la enfermedad venérea transmitida.

El dolo eventual no puede negarse.

SEGUNDO.- El motivo segundo quiere hacer valer el principio *in dubio*, aunque eludiendo el simplista planteamiento de tantos recursos que se limitan a afirmar que las pruebas no abolían toda posible duda. Esa, frecuente en el foro, fórmula supone traer a este Tribunal problemas de valoración probatoria ajenos a sus competencias.

Si es alegable el *in dubio* -y a ese esquema parece querer atenerse el recurrente- en su dimensión normativa, es decir, cuando se produce una condena pese a que el órgano jurisdiccional exterioriza, de una u otra forma, dudas. Ese emblemático principio no obliga a dudar; obliga a absolver en caso de duda. Por tanto, no puede exigirse de esta Sala que proclame que subsisten dudas. Sí, empero, que decrete la absolución cuando la Audiencia no se ha atenido a ese mandato y condena pese a carecer de certeza sobre algún extremo determinante por ser requisito imprescindible del tipo penal aplicado.

Pero es que las hipótesis que la Sala no da como seguras por albergar alguna duda que ensombrece su certeza, no excluyen en absoluto la condena en tanto no afectan a los elementos esenciales. Versan sobre datos accesorios o secundarios que no impiden tener por acreditado el relato utilizado para rellenar las dos tipicidades aplicadas: abuso sexual y lesiones. Que el ADN detectado en el **preservativo** pueda no pertenecer al acusado o que se dude sobre si se produjo o no eyaculación, son puntos que para nada afectan a la subsunción jurídico-penal. Da igual que el ADN correspondiese o no al acusado, o que se produjese o no eyaculación en la vagina (lo que la Audiencia no considera en absoluto seguro): ninguna de esas dos cuestiones repercute en la parte dispositiva de la sentencia.

Hay que absolver cuando se duda sobre alguno de los elementos constitutivos de la infracción; pero no cuando se duda sobre datos fácticos intrascendentes en el plano jurídico-penal.

El motivo ha de ser desestimado

TERCERO.- Se cuestiona a continuación por la vía del art. 849.1º LECrim la aplicación del art. 181 CP vigente en el momento de los hechos. La práctica de simular el uso de un **preservativo** cuando así se convino o retirárselo subrepticamente durante la relación sexual (*Stealththing*) no colmaría las exigencias típicas del art. 181 (178 y 179 en la actualidad).

El análisis de esa cuestión, enjundiosa y no fácil -ha suscitado opiniones enfrentadas en la doctrina nacional y comparada y en la jurisprudencia y legislación de otros países-, exige dos prismas diferenciados y escalonados de examen. La Sala de instancia realiza un meritorio y acertado estudio, con eruditas referencias de derecho comparado. Acaba concluyendo que estamos ante un consentimiento inexistente respecto a esa práctica y, por tanto, ante el tipo de abuso sexual del anterior art. 181 CP -"sin que medie consentimiento".

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

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

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

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

Cuando el Código habla en estos preceptos de *consentimiento* lo hace en su sentido *débil*, según expresiva terminología manejada por algún estudioso; es decir, le basta la anuencia, la aceptación, aunque esa decisión



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

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

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

Las relaciones sexuales en que el consentimiento se ha obtenido mediante un engaño solo estaban tipificadas como abuso sexual en el art. 182 CP (abuso fraudulento de menores) cuando la edad de la víctima se movía entre 16 y 18 años. Tal tipicidad ha sido suprimida por la reforma de 2022, lo que significa necesariamente que se ha despenalizado esa conducta. No podía considerarse, absurdamente, que estábamos ante un tipo privilegiado de conductas incardinables en los preceptos generales (ausencia de consentimiento), pero con un desvalor inferior por mediar engaño y tratarse de menores!

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

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

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

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 10/2022 -y esta constatación robustece esta tesis- se rechazaron algunas enmiendas que invitaban a reconsiderar la no previsión del engaño como uno de los supuestos que legalmente habían de ser asimilados a la ausencia de consentimiento.

En conclusión, un consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los arts. 178 y ss actuales; como no las abría antes a las tipicidades equivalentes, con la única salvedad de los casos de sujeto pasivo con edad comprendida entre 16 y 18 años. Solo se otorga relevancia penal al



consentimiento viciado si se obtuvo con intimidación, o prevalimiento o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad (art. 178).

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

En un plano -el del conocimiento errado que vicia las decisiones- es cierta la asimetría en la tutela de esos bienes jurídicos. No solo cierta; también lógica y razonable. El patrimonio en ese nivel está más protegido que la libertad sexual. No debe llamar la atención. Hay razones para ello. No es preciso ahora abordarlas a fondo. Un ejemplo ayuda a entender que esa conclusión dista mucho de ser disparatada. Quien presentándose como persona adinerada y fingiéndolo de forma creíble, logra seducir a quien conoce en un ambiente de ocio y descanso y consigue, mediante esas añagazas, no solo mantener relaciones sexuales prometiendo falsamente que le impulsa el deseo de iniciar una relación; sino además su finalidad real prioritaria -obtener dinero- con excusas fingida (lo necesita con urgencia y carece de liquidez) y, alcanzado su objetivo, desaparece sin más, cometerá un delito de estafa. No tenía intención alguna de devolver el dinero. Pero no cometerá un delito de agresión sexual, aunque la relación carnal se haya consentido en virtud de sus simuladas condiciones personales -solvente y soltero- y su impostado afán de continuidad en la relación; ello, aunque el agente tuviese plena conciencia de que la víctima jamás habría accedido a esos contactos sexuales si supiese de su estado civil y, menos aún, si tuviese la más mínima sospecha de que para el seductor era algo premeditadamente esporádico y basado en un exclusivo interés crematístico (ATS 11 de enero de 2024: rec. casación 2994/2023 solo se condena por estafa al que fingió, para entablar la relación afectiva, ser empresario y jugador de fútbol).

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

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

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

Por esta senda, de forma rigurosa y bien estudiada, es por la que se adentran las sentencias de instancia y apelación. Es opción que cuenta con adeptos a nivel doctrinal, aunque la opinión tampoco es unánime. Otras legislaciones han incorporado una tipificación expresa precisamente por entender que no basta con los tipos tradicionales que no abarcarían este supuesto, o lo han reconducido a la ilicitud civil, o contemplan expresamente el abuso sexual fraudulento (Inglaterra, Canadá, Israel -en donde se ha producido alguna condena por la relación sexual entablada por quien ocultó su condición de árabe- ...).

En efecto, hay casos en que el engaño, no solo desencadena un consentimiento viciado (inidóneo para colmar la tipicidad); sino que se traduce en una ausencia de consentimiento respecto de la concreta conducta. No es consentimiento existente pero inválido por error; sino ausencia de consentimiento. El médico que realiza tocamientos ajenos a la *lex artis* simulando que son los actos propios de una exploración sanitaria; o unos masajes terapéuticos o prescritos médicamente, no se limita a obtener un consentimiento mediante su engaño (el consentimiento se prestó pensando en el plano puramente sanitario), sino que realiza acciones -con



contenido sexual- no cubiertas por ese consentimiento (vid STS 647/2023, de 27 de julio). No estamos ante un engaño *motivacional*, terminología que tomamos prestada de algún acercamiento académico, es decir, aquel que influye sobre las motivaciones o circunstancias que presumiblemente hubiesen excluido la anuencia; sino sobre el *qué*, sobre la misma acción (*fraud in the inducement* frente a *fraud in the factum*). Son conductas encajables en el anterior art. 181 y en el actual art. 178. No hay consentimiento para actos de contenido sexual, aunque se presenten disfrazados de palpaciones terapéuticas o de diagnóstico.

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

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

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

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

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

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

Pues bien, llegados a este punto se trata de dilucidar si desde esta óptica (la dimensión pura y estrictamente sexual del acto que es lo que se protege en los arts. 178 y ss CP) puede afirmarse que la penetración sin **preservativo** es algo esencialmente diverso de aquella otra en que se usa esa barrera. Obviamente son acciones diferentes con una eventual trascendencia lejos de ser irrelevante. Si el punto de divergencia es el mismo que nos permite distinguir un acceso vaginal con quien es infértil, temporal o definitivamente, y quien no lo es; no podremos otorgar relevancia penal a la conducta. Desde un prisma puramente sexual no son acciones sustancialmente distintas. Si se consintió mantener relaciones sexuales con la provocada y errónea convicción de que era infértil -coyuntural o definitivamente- no puede decirse que no se consintió, a los efectos del art. 178, el acto sexual (hubo consentimiento, aunque *débil*).

Es imprescindible explorar si se identifica una diversidad que interfiere en la libertad sexual, que es lo tutelado, el bien jurídico en juego. No se protegía en el anterior art. 181 la libertad reproductiva (amparada en nuestro ordenamiento en el art. 161 CP: otra cosa es que pudieran reputarse necesarias otras normas). Tampoco la integridad física (riesgo de contagios). Si se produce la afectación de ese otro bien, el desvalor quedará



cubierto por el delito de lesiones. Se protege la autodeterminación sexual pero desvinculada de la libertad reproductiva, es decir, sin ponderar las consecuencias del acto sexual sino solo en su componente puramente sexual. Por eso no resulta incoherente que otras conductas similares y equiparables (la mujer asegura mendazmente haber tomado anticonceptivos tal y como exigía el varón para llegar a la penetración vaginal; el varón o la mujer engañan a la pareja sexual insistiendo en que son infértiles u ocultando una infección contagiosa) no merezcan reproche penal.

Si se llega a la conclusión de que las relaciones con o sin **preservativo** constituyen a estos efectos un *aliud* en el nivel rigurosamente físico sexual habrá que convenir que también el llamado *stealth* invertido como destaca algún autor, sería constitutivo de delito contra la libertad sexual. Y es que el bien jurídico protegido es la libertad y autonomía sexual que cada uno rige tomando sus decisiones en atención a su personal concepción de la sexualidad que el ordenamiento debe respetar. Tan protegible será la autonomía de quien no quiere separar su sexualidad de la posibilidad de concepción como la visión contraria. No puede el ordenamiento tutelar una visión y considerar no digna de protección otra asumida por un grupo social o por una persona en concreto. Quien consiente el acceso con el miembro viril, no tiene por qué verse obligado/a a tolerar el acceso digital, aunque su trascendencia sea menor.

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

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

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

La respuesta es afirmativa; no por las concomitancias reproductivas o de salud. Por llegar a un ejemplo absurdo, sería disparatado pensar que el uso de guantes de látex sin conocimiento de la pareja determina la ausencia de consentimiento. Eso no supone una mutación esencial del contenido sexual del acto, aunque el contacto corporal no coincida y aunque (pensemos en una alergia a ese material) la acción pueda afectar a la salud física. Las consecuencias para la salud deberán ser sancionadas a través de los delitos de lesiones.

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

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

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

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

NOVENO.- Afirmada así la tipicidad de la conducta, tropezamos con otro importante interrogante a la hora de acoplar el hecho en el tipo penal ajustado a la antijuricidad de la conducta. Se antoja una visión



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

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

En un caso como el examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción, -acceso por vía vaginal y con el miembro viril-; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer -o viceversa- u otras hipótesis imaginables). El acceso no desborda el consentimiento otorgado. La ausencia de consentimiento puede predicarse del contacto directo de los órganos genitales, pero no del acceso vaginal.

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

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

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

DÉCIMO.- Al centrar la impugnación por el delito de lesiones en el agravamiento de la enfermedad psíquica, el recurrente (motivo cuarto) margina de forma improcedente lo relativo a la enfermedad sexual que sí exigió tratamiento médico y que alumbra la tipicidad del art. 147 CP, correctamente aplicada. El motivo cuarto que denunciaba aplicación indebida de tal precepto (art. 849.1º LECrim) decae.

UNDÉCIMO.- El art. 849.2 LECrim sirve de plataforma impugnativa al último de los motivos. Se invocan los informes periciales. Son inidóneas tales periciales (equiparables a documentos en sentido estricto en ciertas condiciones a los efectos del art. 849.2º LECrim según reiterada jurisprudencia) para activar este peculiar y rígido mecanismo casacional:

a) No son literosuficientes en el sentido de que no demuestran que los hechos que recoge la sentencia sean inciertos. Sencillamente muestran que no se encontró semen en la cavidad vaginal de la víctima y que se encontró en el **preservativo** un ADN no identificado. Ninguna de esas aseveraciones desacredita el relato de la sentencia. Nótese, además, que el propio recurrente acepta haber tenido en sus manos el **preservativo**.

b) Lo que evidencian esos informes no está contradicho por la sentencia: la Audiencia acepta fielmente sus conclusiones

c) Existe prueba personal contraria a lo que el recurrente pretende -y no consigue- demostrar con esos documentos. Esta constatación, por sí sola, cierra el paso a la viabilidad de este motivo. Desde el momento en que el hecho probado se construye sobre la base de una prueba testifical, falta el elemento negativo del art. 849.2º LECrim: que no exista prueba personal contradictoria.

DUODÉCIMO.- La estimación parcial del motivo debe conducir a la declaración de oficio de las costas procesales (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

1.- ESTIMARparcialmente el recurso de casación interpuesto por **Marino** contra Sentencia de apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 1 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta) que le condenaba como autor penalmente responsable de delitos de abuso sexual y lesiones.

2.- Declarar las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, así como a la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta), con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 6243/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****PLENO****Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de junio de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 6243/2021 interpuesto por **Marino** contra dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla de fecha 1 de julio de 2021, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Cuarta) que le condenaba como autor penalmente responsable de delitos de abuso sexual y lesiones, Sentencia que ha sido casada y anulada por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones explicadas en la anterior sentencia procede la condena por un delito de abusos sexuales sin penetración del art. 181.1 CP según redacción anterior a la reforma operada por LO 6/2022 que resultaría más gravosa (art. 178 actual CP).

Se estima adecuada la pena de un año de prisión que permitirá el acogimiento a los beneficios de la suspensión de condena.

No se encuentran razones bastantes para añadir la medida de libertad vigilada.

FALLO

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

1.- Condenar a Marino como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales del art. 181.1 CP según redacción anterior a la reforma LO 6/2022, a **UN AÑO de prisión**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- **Se reduce la duración de prohibición de alejamiento y comunicación a CUATRO AÑOS**, manteniéndose el contenido fijado.

3.- **Se mantiene el resto de pronunciamientos** de la sentencia de instancia, salvo lo relativo a la libertad vigilada, que se suprime.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

Voto particular

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



I.- Introducción

Con todo el respeto hacia los compañeros de Sala que han suscrito el parecer mayoritario de la Sala II de este tribunal, expresamos a través de este voto particular, nuestra disensión con una parte del fallo de la sentencia, concretamente la subsunción de los hechos en el delito de abuso sexual, (art. 181 CP, vigente al tiempo de los hechos), sin aplicación del apartado 4 del mencionado artículo, que recoge la agravación por penetración, disensión que también extendemos a un apartado de la argumentación de la sentencia mayoritaria al afirmar la irrelevancia del engaño para rellenar la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual. Concretamente, la expresión, posteriormente desarrollada en el fundamento tercero, en la que se afirma "no son actos típicos, por existir anuencia, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual". A nuestro juicio, los hechos debieron ser subsumidos en el delito de abuso sexual, agresión sexual, con penetración. Además, entendemos que el engaño, si es relevante, puede rellenar la tipicidad en el delito de agresión sexual.

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

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

La sentencia conocida por el Pleno de la Sala II, objeto de la censura casacional, es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia que ratificó la condena dictada en la primera instancia. En la sentencia de esta Sala se ha resuelto, bajo la unanimidad del Pleno, las impugnaciones del condenado, y recurrente, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y la que articula oponiendo el principio *in dubio pro reo*. Además, la sentencia ratifica el resto de los pronunciamientos de condena que no han sido objeto de impugnación, como el delito de lesiones a consecuencia de la relación. El tema en el que se concreta el desacuerdo que expresamos en este Voto se concreta en dos aspectos. En primer lugar, a la argumentación desarrollada en la sentencia de la mayoría sobre la incidencia del engaño para rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual, y, en segundo lugar, a la subsunción de los hechos en el tipo del abuso, hoy agresión, sin penetración.

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

La sentencia de la mayoría califica de débil la exigencia del consentimiento en los delitos de agresión sexual, disponiendo, por vía argumentativa, una catalogación del consentimiento de menor entidad que el exigido para otros tipos penales que refieren el consentimiento como presupuesto de la tipicidad. Concluye su análisis afirmando que "el consentimiento obtenido mediante engaño no abre las puertas a una condena por los delitos de los arts. 178 y ss. actuales". En la argumentación expone, por vía de ejemplos, distintas situaciones llamadas a ridiculizar la valoración del engaño en las relaciones sexuales, como acceder a una relación creyendo que era



una persona adinerada, o persona famosa, o una soltera o no comprometida, o realizando promesas de amor o fidelidad, o afirmando su infertilidad, etc., situaciones que, entendemos, pueden ser fácilmente apartadas de la tipicidad desde la ausencia de relevancia del engaño, pues la relación se ha consentido con una persona, no con su apariencia. El consentimiento debe recaer, como se precisa en el artículo 178.2 CP vigente, sobre los actos de contenido sexual, no sobre los motivos o las motivaciones del mismo.

No obstante, la sentencia de la mayoría presenta, a nuestro juicio, una clara contradicción interna, pues tras negar la virtualidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual, entiende que hay supuestos en los que el engaño es relevante, aquellos en los que la doctrina penalista conviene en reconocer relevancia del engaño como presupuesto típico de una falta de consentimiento. En primer lugar, la naturaleza sexual de la actividad consentida, en referencia a los casos en los que el sujeto pasivo es ignorante, por la acción del sujeto activo, de la naturaleza de acto sexual que se realiza sobre la víctima, de manera que ha consentido un acto ignorando su naturaleza sexual (caso del sanitario); los supuestos en los que el sujeto activo simula ser otra persona con la que el sujeto pasivo consiente en el acto sexual. Si el principio de autonomía sexual implica el derecho a decidir el cómo, cuándo y con quién se consiente mantener una relación sexual, el error en la persona derivado del engaño, tiene toda la relevancia en la tipicidad afirmando la ausencia de consentimiento (caso de novación de intervinientes, suplantaciones); un tercer supuesto, referido al grado de injerencia corporal, que es relevante cuando el sujeto pasivo ha consentido una determinada injerencia, y no otra, que es realizada sin consentimiento, pues el consentimiento sobre la forma de la relación es relevante, al consentir una determinada relación y no otra.

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

No compartimos esa argumentación. Expusimos en la deliberación, y reiteramos en este voto, que la definición del consentimiento contenida en el actual art. 178 CP, también aplicable a la redacción anterior, parte de la necesidad de que el consentimiento sea manifestado libremente, por lo tanto, el engaño, cuando el sujeto pasivo no manifiesta libremente su voluntad accediendo a la relación, puede rellenar la tipicidad del delito de agresión sexual. Los ejemplos que sitúan el engaño en situaciones hilarantes tienen solución, negando la subsunción en la agresión sexual, desde consideraciones sobre la relevancia penal del engaño, bien porque se vierte sobre apariencias, no realidades, bien porque la relevancia del error ha de ser examinada desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que no es otro que la libertad de mantener una relación sexual en la forma, con quien quiera y cuando quiera, es decir, el principio de autonomía sexual. Además de esa manifestación de la libertad, la relevancia penal del engaño exige *un plus*, porque el derecho penal no debe extender su represión a todas las relaciones en las que la voluntad de una persona pueda ser viciada por un engaño, haciendo depender la tipicidad del subjetivismo con que el sujeto pasivo perciba el mismo, sino que ha de objetivarse distinguiendo aquel engaño referido a la motivación del consentimiento, de aquel otro que versa sobre el hecho de la relación -el acto de contenido sexual, como precisa la norma-. En otros términos, es preciso distinguir el engaño motivacional, los motivos que llevaron a una persona a consentir una relación sexual, - respecto de los cuales el engaño no tiene relevancia penal, al jugar otros principios como el de autorresponsabilidad, de aquel engaño que se cierne sobre el hecho de la propia relación consentida-, y del que forman parte la novación del sujeto, el que recae sobre el propio contenido de la relación y el referido a la forma, el grado de injerencia, de la relación consentida, situaciones que han sido descritas en la doctrina-, el quién, el cómo y la forma de la relación consentida-, y a las que la propia sentencia de la mayoría se refiere como supuestos en que admite, por lo tanto admitimos, la potencialidad del engaño para rellenar la tipicidad de la agresión sexual. Este es el principio básico de la interpretación que proponemos, el engaño puede rellenar la tipicidad de la agresión sexual, si bien habrá de examinarse, como hacemos respecto a otros tipos penales, su relevancia en cada supuesto.

En definitiva, el consentimiento tiene que ser voluntario y darse libremente sin mediar coacción, engaño o fraude. Debe ser libre, tiene que exteriorizarse de alguna manera, ser reconocido por el o los otros y haber sido otorgado con anterioridad o concomitante al hecho. Además el consentimiento es revocable, así lo hemos dicho, entre otras, en la STS 17/2021, de 14 enero. "las sucesivas penetraciones, cuando [la víctima] ya ha



revocado su consentimiento inicial, colman el tipo penal previsto en el art. 178 del CP. Suponen un grave atentado a la libertad sexual de la mujer que, en ese momento, ha exteriorizado su deseo de interrumpir un contacto sexual inicialmente consentido".

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

En definitiva, para la sentencia de la mayoría se parte, como postulado básico, de la irrelevancia del engaño en la conformación de la exigencia típica de la ausencia de consentimiento, para luego admitir que esa afirmación, categórica, tiene excepciones: las anteriormente referidas. En nuestra opinión, por el contrario, la argumentación parte de una afirmación básica, el engaño, si es relevante, puede viciar y anular el consentimiento, y su relevancia resulta clara y patente en los tres supuestos anteriormente referidos, la naturaleza sexual de la acción consentida, los casos de suplantaciones y los referidos al grado y forma de la injerencia consentida que se ve alterada por la acción del sujeto activo que truca lo autorizado. Partimos de la relevancia del engaño para rellenar la exigencia típica de la ausencia del consentimiento y restringimos la desmesura de los ejemplos que se exponen a partir de consideraciones nacidas de la afectación al bien jurídico.

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

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

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

IV.- El segundo apartado de nuestra disensión es el relativo a la subsunción de los hechos. La sentencia de la mayoría declara que la subsunción procedente es en el delito de agresión sexual, si bien excluye de la tipicidad el tipo agravado por la penetración, art. 181.4 CP, argumentando que "se antoja una visión extremadamente superficial que no penetra en la realidad de la conducta concluir que, como ha existido acceso carnal, hay que estar a lo dispuesto en el art. 181.4 CP." En seguida, la sentencia constata que la pena correspondiente al hecho es la comprendida entre los "cuatro y doce años de prisión o ¡siete a quince años; (sic)" y considera "forzada y desproporcionada la equiparación con el acceso no consentido" por lo que entiende "más ponderado reconducir los hechos a los abusos (actualmente, agresión) sin penetración, no porque esta no se produzca, sino porque estaba aceptada".

El razonamiento expresado en la sentencia de la mayoría no es puramente de subsunción, pues como se argumenta, la penetración no fue consentida en los términos convenidos, por lo que el contenido de antijuridicidad expresado en el hecho es atentatorio a la libertad sexual y ese atentado ha supuesto una



penetración no consentida. Así resulta de la subsunción admitida en la deliberación. En el caso, reiteramos, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de contenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y ello conduce, indefectiblemente, a las consecuencias normativas antes precisadas. Los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, art. 4 CP, a las que deberá acudir en lugar forzadas interpretaciones de la norma, creemos, carentes de sustento en la tipicidad.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Susana Polo García

Javier Hernández García.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ