



Roj: **STS 1000/2026 - ECLI:ES:TS:2026:1000**

Id Cendoj: **28079120012026100193**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2026**

Nº de Recurso: **5352/2023**

Nº de Resolución: **193/2026**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Madrid, núm. 25, 20-01-2023 (proc. 19/2023),  
SAP M 10672/2023,  
STS 1000/2026**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

**Sentencia núm. 193/2026**

Fecha de sentencia: 05/03/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5352/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2026

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Seccion 15ª.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5352/2023

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. 193/2026**

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 5 de marzo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Victoriano**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, de fecha 23 de junio de 2023, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid, de fecha 20 de enero de 2023, que le condenó por delito de agresión sexual, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Isabel Cañedo Vega y bajo la dirección Letrada de Dña. Macarena Valera Sánchez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-El Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcobendas incoó Diligencias Urgentes Juicio Rápido nº 80/2023 contra Victoriano, y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid, que con fecha 20 de enero de 2023 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"ÚNICO. Sobre las 12,40 horas del día 10/1/23 el acusado, Victoriano, NIE NUM000, sin antecedentes penales, se dirigió a Nuria cuando se encontraba esperando el autobús en la Avenida de España 52 de Alcobendas y con intención de atentar contra su integridad sexual, le cogió la mano besándosela al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones".

**SEGUNDO.**-El citado Juzgado dictó la siguiente Parte Dispositiva: Fallo:

"Que condeno a Victoriano, como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual del art. 178.1 y 3 del CP sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de 18 meses de multa con cuota diaria de 3 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa que se dejaran de pagar, así como al pago de las costas procesales".

Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Victoriano ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 15, que con fecha 23 de junio de 2023 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado: Victoriano, contra la sentencia núm. 13/2023 de fecha 20 de enero de 2023, dictada por el Juzgado de lo Penal número 25 de los de Madrid en Juicio rápido núm. 19/2023, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS la misma en su integridad, con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

Incorpórese el original al libro de sentencias y únase certificación al Rollo de apelación para su constancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma únicamente se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1 del artículo 849, mediante escrito autorizado por abogado/a y procurador/a, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en la Sección 2ª, Capítulo Primero, Título II, Libro V de la LECrim.

De no interponerse el precitado recurso, devuélvanse las diligencias originales al Juzgado de procedencia con su certificación para ejecución y cumplimiento".

**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 acusado **D. Victoriano**, 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 acusado **D. Victoriano**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art. 178.1 y 3 del Código Penal e inaplicación indebida del art. 173.4, párrafo 2º del Código Penal.

Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art. 66.1.6ª en relación con el art. 50.4 y 5 del Código Penal.



**QUINTO.**-Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**-Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 4 de marzo 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 Victoriano contra la Sentencia nº 307/23, de 23 de junio de 2023, dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimando el recurso de apelación formulado por dicha representación contra la Sentencia nº 13/2023, de 20 de enero de 2023, del Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid, confirma la condena del citado como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 178.1 y 3 del Código Penal.

**SEGUNDO.**-1.- INFRACCIÓN DE LEY al amparo del artículo 849.1º LECrim., por indebida aplicación del art. 178.1 y 3 del Código Penal e inaplicación indebida del art. 173.4, párrafo 2º del mismo texto legal.

Señala el recurrente que: *"La conducta que se ha descrito y por la que ahora se condena al Sr. Victoriano estaría, según nuestra interpretación, dentro del tipo penal descrito en el art. 173.4, párrafo segundo del Código Penal. Y ello teniendo en cuenta tanto el comportamiento del ahora condenado (y los hechos declarados probados), "le cogió la mano besándosela al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero", como las circunstancias periféricas, ya que los hechos ocurren en una vía pública, a plena luz del día y al lado de la Comisaría de la Policía Nacional Alcobendas-San Sebastián de los Reyes.*

*Claramente no se da ninguno de los elementos del tipo penal que recoge la redacción del art. 178.1 y 2 vigentes a la fecha de los hechos: no hay violencia, intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima. Los hechos habrían ocurrido a plena luz del día, al lado de una Comisaría, en una parada de autobús de una vía pública con tres carriles por casa sentido, es decir, en un lugar por el que transita mucha gente y no hay ningún testigo (algún policía de los que se encuentran en la puerta de la Comisaría tendría que haber visto un acto "tan grave") que acredite que hay una conducta violenta o intimidatoria por parte del Sr. Victoriano.*

*Es decir, el riesgo para la integridad física de la víctima fue mínimo, la víctima nunca describió que sintiera su integridad sexual vulnerada, se pudo sentir molesta, agraviada, víctima de una intromisión en su "zona de confort" pero nunca se produjo un claro riesgo para su integridad sexual, ni hubo violencia.*

Esta Sala ha reiterado ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Señalan, así, los hechos probados que:



Sobre las 12,40 horas del día 10/1/23 el acusado, Victoriano, NIE NUM000, sin antecedentes penales, se dirigió a Nuria cuando se encontraba esperando el autobús en la Avenida de España 52 de Alcobendas y con intención de atentar contra su integridad sexual, le cogió la mano besándosela al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones.

Los hechos probados en modo alguno se pueden enmarcar en el art. 173.4 CP del denominado "acoso callejero" introducido por la LO 10/2022, y, sobre todo, porque no se trata de que se profieran expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad, sino que hay un acto de tocamiento del agresor a la víctima y ello excluye el "acoso callejero" en tanto en cuanto este se significa por esas acciones del autor, pero sin que se alcance " otro delito de mayor gravedad", y en cuanto existe ya un tocamiento a la víctima en cualquier parte del cuerpo de la misma no cabe aplicar el art. 173.4 CP porque se comete un exceso del autor al realizar ese tocamiento que la víctima no tiene obligación de soportar, por cuanto cuando estamos en acciones de expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual estamos en actos "ad extra" al cuerpo de la víctima y cuando existen actos de "tocamientos" estamos en actos "ad intra" que suponen delito contra la libertad sexual.

Señala la AP que: "el apelante resulta condenado como autor responsable de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 178.1 y 3 CP, según redacción vigente desde el 07/10/2022 hasta el 28/04/2023, teniendo en cuenta que los hechos se cometen el 10 de enero del año en curso."

Y añade que:

"La juzgadora a quo aplica el tipo privilegiado del apartado 3º, según el cual: "El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable".

En la actualidad, ese tipo privilegiado se regula en el apartado 4º del art. 178, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurran las circunstancias del artículo 180. En esos casos, y en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, se aplica la misma pena menor (alternativa entre prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses)."

Y se añade en el FD nº 2 que:

"Es indudable que el hecho de que un desconocido invada tu espacio, siendo irrelevante que sea una parada de autobús o cualquier otro, tirando de ti, cogiendo tu mano hasta en dos ocasiones y procediendo a besarla, se traduce en un acto inconsciente que atenta contra la libertad sexual.

... cogerle o agarrarle ya implica violencia física, naturalmente, en el contexto en que se desarrollan los hechos, porque, repetimos, la víctima está sola en una parada de autobús y un desconocido actúa como se ha descrito, repitiendo el acto con gestos, además, que pusieron más nerviosa a la víctima, pues describía una silueta femenina e insistía de forma gestual en que se fueran al metro, solos, a la vez que le mostraba el billete de 50 euros. Demasiado elocuente, no hace falta ser imaginativo para saber qué quería el acusado pero, en todo caso, igualmente consiguió atentar contra la libertad sexual de la víctima."

Ello en este caso nos debemos mover en el terreno del factum de la sentencia, ya que nos encontramos con un motivo por error iuris del artículo 849.1 LECRIM en relación con el delito del art. 178.3 CP (ahora art. 178.4 CP) que contempla el subtipo atenuado en los delitos sexuales del artículo 178 que solamente se aplica en este precepto y no en los siguientes de contenido sexual.

Al recurrente ya se le ha aplicado el subtipo atenuado que existe en estos casos, pero la modalidad delictiva cometida no consiste en un delito a incluir en el artículo 173 incluido en el título VII relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral sino que está incluido en el Título VIII dentro de los delitos sexuales por la propia caracterización de la conducta descrita en los hechos probados.

La descripción del factum lleva perfectamente a la conclusión de la condena dictada y fijada por la AP y no se trata de que la conducta se ubique en el art. 173 por cuanto no se trata de un acto de acoso callejero.

Además, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1.- Cualquier acto de tocamiento del cuerpo de una mujer es un delito contra libertad sexual, pudiendo graduarse en virtud del subtipo atenuado el 178.4 atendiendo a la menor gravedad de la conducta, en su caso. Pero ello deberá ser valorado y graduado atendiendo a las circunstancias del caso, a fin de evaluar si son merecedoras, o no, del subtipo atenuado.



2.- La circunstancia de coger la mano de la mujer y besarla con claras connotaciones sexuales que constan en el factum en un comportamiento claro y evidente de contenido sexual no es atípico en modo alguno ni integra un acto de acoso callejero, ya que este último se caracteriza por actitudes alejadas del tocamiento físico y más centradas en expresiones o comportamientos.

3.- No se trató de un acto de cogerle de la mano sino que llevaba consigo un componente claro sexual integrante del delito del art. 178 CP, ya que incluso se la besó.

4.- Una mujer no puede soportar la servidumbre de que un hombre le coja de la mano y le bese sin consentimiento en actos claros y evidentes de connotación sexual como los que constan en el factum.

5.- El consentimiento de la mujer del artículo 178.1 también concurre y es exigente para la realización por parte del sujeto varón de cualquier acto de tocamiento, que no debe soportar la mujer, sino es consentido, expresa o tácitamente la actuación del sujeto activo.

6.- El consentimiento no solamente se exige para actos del artículo 179 del código penal, sino también para los del 178 y cualquier tocamiento de contenido sexual de una parte del cuerpo de la mujer es delito de agresión sexual.

Los hechos no son constitutivos de delito de "acoso callejero" del art 173.4.2 CP que castiga a *quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.*

¿Por qué debe descartarse que los hechos probados sean constitutivos de acoso callejero?

El delito de acoso callejero se ha introducido por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Señala la mejor doctrina que esta modalidad de acoso -que, en la literatura anglosajona se denomina «*stranger harassment*» o «*street harassment*»-hace referencia a aquellos comportamientos en los que se consigue llamar la atención de la mujer -silbidos, gestos o palabras obscenas- en un intento de definirla como un objeto sexual y obligándola a interactuar con él.

El acoso sexual callejero comprende una serie de características que, en síntesis, serían las siguientes:

- 1.- Tiene connotación sexual porque hace referencia, de forma directa o implícita, a comportamientos o imaginarios sexuales, pero las expresiones o comportamientos pueden no tener contenido sexual.
- 2.- Nótese que el párrafo nuevo abarca tres modalidades, a saber:
  - a.- expresiones,
  - b.- comportamientos o
  - c.- proposiciones de carácter sexual.

Es decir, no se trata de que los dos primeros tengan un componente sexual, sino que con expresiones o comportamientos sin ser de carácter sexual, pero que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria estaría incluido en el tipo. En el caso de, además de ello, lleva a cabo otros delitos se castigaría en concurso real.

3.- Se dirige a una persona desconocida con la que el sujeto activo no mantiene ningún tipo de relación previa.

4.- Ocurre en espacios públicos o semipúblicos.

5.- Se realiza de forma unilateral y, por tanto, sin considerar si la víctima desea recibir el acto o si lo aprecia o no.

6.- Tiene potencialidad para producir malestar a nivel individual o social al producir emociones negativas como rabia, miedo, asco, impotencia o estrés.

7.- El bien jurídico protegido es la integridad moral, no la libertad sexual.

El artículo 173.4.2 CP lo que sanciona son los actos que atentan contra:

- 1.- Se sanciona con el art. 173.4.2 CP los ataques a la libertad ambulatoria y de autodeterminación de la víctima.
- 2.- Los ataques a la seguridad personal de las víctimas a poder circular y moverse sin que sean atacadas con *expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual* que violenten a las víctimas y conlleven un resultado marcado en el tipo penal de resultado específico, o el riesgo de producirlo y, por ello, se trata de proteger el derecho a la tranquilidad de las personas en espacios públicos. Es lo que los anglosajones han denominado como *sexual and sexist harassment in the public thoroughfare*.



3.- El acoso restringe la movilidad física y geográfica porque muchas mujeres deciden alterar sus rutas o simplemente no salir a la calle para evitar ser acosadas. Por otra parte, el acoso en la vía pública genera un miedo paralizante que inhibe rotundamente su sensación de seguridad. El acoso callejero infringe el derecho a la seguridad porque las daña y las expone al riesgo de violencia psicológica y física.

4.- El derecho a no ser objeto de comportamientos intimidatorios o degradantes, aunque ocurran una sola vez, y, por ello, sin necesidad de reiteración ni relación previa con el agresor. No hace falta, como en el delito de acoso o "stalking" del art. 172 ter CP que exista una reiteración de la conducta. Basta con un solo acto delictivo que desarrolle el comportamiento previsto en el precepto.

5.- El acoso callejero es un ataque "ad extra" a una persona y constituye una manifestación de violencia sexual, o de otra naturaleza en expresiones o comportamientos sin contacto físico, que:

a.- Se ejerce de forma unilateral y sin consentimiento de la víctima.

b.- Tiene un claro componente de dominación y cosificación, especialmente sobre mujeres, aunque puede realizarse sobre hombres. Pero si se realiza sobre mujeres debe enfocarse, también, con la perspectiva de género que supone tratamiento de ataques verbales en espacios públicos a la mujer por el hecho de ser mujer, y ante la indefensión que suponen ataques verbales en la calle atemorizando a las víctimas mujeres e impidiendo la movilidad en libertad.

c.- Produce efectos intimidatorios y limitadores de la libertad cotidiana.

d.- No basta con que la víctima se sienta molesta. No se trata de una percepción subjetiva. El acoso callejero se constituye por *expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.*

6.- Se exigen dos tipos de actuaciones y resultados:

Primero: *expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual.*

Segundo: *que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.*

Es preciso que concurren los dos para rellenar la tipicidad penal.

7.- Se exige, por ello, un resultado objetivable que no dependa de la sugestión de la víctima, sino que las *expresiones, comportamientos o proposiciones* de carácter sexual sean entendidos por la generalidad de las personas como susceptibles de causar *una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria.*

8.- Debe acreditarse que la conducta es idónea ex ante para generar intimidación, humillación o restricción de la libertad en una persona media; es decir, que en términos objetivos esos actos puedan producir el resultado señalado en el tipo penal.

9.- Debe efectuarse un análisis acerca de si esos actos pueden ser susceptibles de provocar en la víctima *objetivamente* una situación *humillante, hostil o intimidatoria* en cualquier persona, por lo que no se trata de una percepción subjetiva, sino que habrá que analizar si esta causación de estos actos provocan en cualquier *persona media* esos resultados de afectación personal, pero desde un parámetro objetivo, no subjetivo.

10.- El tipo penal no requiere la repetición de comportamientos de modo que un único hecho podría dar lugar a la consumación del delito.

11.- Debe interpretarse este delito del art. 173.4 CP bajo una adecuada perspectiva de género cuando la víctima sea mujer, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos que se perpetra este delito, aunque la víctima también puede ser un hombre. La mejor doctrina recuerda al respecto que la perspectiva de género, o *gender mainstreaming approach*, incide en la forma de enfocar la violencia entre género, y desde el análisis de que la violencia de género, al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona ésta. Esta perspectiva tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer.

12.- En este contexto el acoso callejero se simboliza como "un ejercicio de poder" del autor del delito sobre la víctima.

13.- Estamos ante un delito pluriofensivo, cuyos bienes jurídicos tutelados son la dignidad, la igualdad, la libertad de actuación, la seguridad o tranquilidad y, finalmente, la libertad sexual, aunque en esencia respecto



de este último ha sido excluido expresamente del Título VIII, pese a que se exige como elemento del tipo penal las *expresiones, comportamientos o proposiciones* lo sean de carácter sexual en estas últimas, y mucho más abierto en las dos primeras, aspecto importante para la tipicidad penal.

14.- No existe un subtipo agravado por razón del sujeto pasivo en relación con un concepto de violencia de género.

15.- Las modalidades comisivas son:

a.- *Expresiones*: Se refiere a palabras, conjunto de mensajes o formas varias de dirigirse a la víctima. Son actos de comunicación verbal. La doctrina extiende al concepto a que una expresión también puede consistir en el efecto de transmitir algo sin palabras o en la manifestación de los afectos o de las emociones por medio de la gesticulación, mediante comunicación no verbal.

b.- *Comportamientos*: Se refiere a formas de actuar de forma o manera determinada que pueden ser acciones, reacciones y conductas frente a determinadas situaciones ante las que actúan de una forma determinada y es una conducta humana relevante para el derecho penal cumpliendo el resto de elementos del tipo penal. Es la expresión externa de una conducta.

c.- *Proposiciones*: Es la invitación a realizar determinados actos, en los que el proponente también desea participar en un sentido concreto, y en este terreno de alcance sexual.

16.- El carácter sexual lo puede ser de las proposiciones y es más abierto en la conducta y su alcance impactante respecto de las expresiones y comportamientos. En estos últimos debe entenderse este requisito como un contenido perteneciente o relativo al sexo como acto, es decir, que tengan por objeto obtener los favores sexuales de otra persona. En cambio, los contenidos sexistas son aquellos en los que se busca la discriminación de las personas por razón de sexo. Debe existir un componente sexual en sentido abierto para llenar la tipicidad de los actos descritos en el tipo penal.

17.- Debe entenderse que para la persecución penal no se trata solo de lo que se diga, sino cómo se diga también, ya que lo que puede entenderse en principio como un «piropo» podría estar incluido como «acoso callejero» si se efectúa de una forma y manera grosera y humillante que provoque en la víctima una situación de desasosiego y que en la práctica de la prueba pueda entenderse como expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria.

18.- Se trata de un delito "de impacto", porque exige que las conductas *creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad*.

Ello puede dar lugar a que se trate de meros gestos obscenos, expresiones hirientes a la víctima, (porque las dos primeras no exigen un contenido sexual), o ya directamente una proposición sexual, que es más evidente y menos interpretativa por su claridad delictiva en este caso a partir de su aprobación. Tales actos no deben tener respecto a los dos primeros un componente de carácter sexual, sino que pueden ser más abiertos.

Así las cosas, el acoso callejero quedaría incluido dentro de las denominadas «violencias sexuales» respecto a las proposiciones, definidas como «cualquier acto de naturaleza sexual no consentido, o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado».

Y más amplio respecto a expresiones o comportamientos que conlleven un resultado previsto en el tipo penal. Pero es curioso que se haya incluido entre los delitos contra la integridad moral del Título VII más que en el Título VIII dentro de los delitos sexuales cuando lo que se castiga son *expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria*; es decir, con un componente de contenido sexual.

La mejor doctrina señala al respecto de este tipo penal que aunque la conducta nuclear es la de dirigirse a otra persona, estamos ante un tipo mixto alternativo en el que se incluyen varias modalidades de comisión -expresiones, comportamientos o proposiciones sexuales o sexistas-, que tratan de aglutinar toda una constelación de conductas propias del concepto criminológico de acoso. No cabe la modalidad omisiva, puesto que todos los comportamientos recogidos en el tipo requieren una realización activa.

En cuanto al resultado se exige un resultado típico, como efecto externo en la realidad y separable conceptualmente de la acción, consistente en crear (generar, producir) en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria. No se trata de un resultado material, sino que estamos ante un resultado indirecto, de peligro concreto para el objeto de protección. Desde una perspectiva valorativa, es decir, tomando como referencia el efecto para el bien jurídico protegido, no estamos ante un delito de lesión, por cuanto solamente se exige que las conductas resulten idóneas (ex post acción y ex ante resultado)



objetivamente para suscitar en la víctima una serie de sensaciones o sentimientos de humillación, vejación, discriminación, cosificación, inseguridad o miedo, independientemente de que lleguen a causar una merma en la dignidad o tranquilidad de la víctima. Lo que se exige es que esas conductas creen a la víctima una situación objetiva de riesgo, encuadrable en *una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria* en su análisis objetivo.

Hay que añadir, además, que respecto de este tipo penal recuerda la mejor doctrina que el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul en 2011 tampoco contiene una definición expresa de lo que debemos entender por «acoso callejero» pero sí se refiere al acoso sexual en el artículo 40 disponiendo que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales.»

Pues bien, habiéndose tratado de un acto de tocamiento del autor a la víctima hay que decir que no se trató de un mero acto de cogerle de la mano, sino que el hecho probado contempla que el recurrente actuó *con intención de atentar contra su integridad sexual, le cogió la mano besándosela al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones.*

Hubo, por ello, un acto de agresión sexual por cuanto la acción describe un tocamiento de índole y matiz sexual que la víctima no tenía obligación de soportar con claro contenido sexual y ataque a la víctima cosificándola. Y que lo hizo en dos ocasiones.

Esta Sala ya ha tratado supuestos semejantes de tocamientos no consentidos como consta en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 625/2024 de 19 Jun. 2024, Rec. 3339/2022 que se trató de lo que se denominó "del beso robado" por la circunstancia que el autor le dio un beso a una mujer sin su consentimiento y señalamos que:

*"Un "beso robado", y, por ello, sin consentimiento expreso o tácito integra una agresión sexual en la actualidad y abuso sexual al momento de los hechos...*

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

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

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

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

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



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

*No cabe un contacto corporal inconsciente bajo ningún pretexto si no hay consentimiento.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*8.- El consentimiento es mutuo y expreso o tácito.*



*Pero el condicionante clave en la interpretación acerca de si el consentimiento existió lo refleja con claridad el art. 178.1 CP antes citado al referirse a actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*

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

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

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

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

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

*Pues bien, cuando se apela a la expresión "Las circunstancias del caso" para poder entender si hubo consentimiento estas no se pueden interpretar de forma parcial y subjetiva por una de las partes, sino que tienen que tratarse de circunstancias que evidencien de forma clara y evidente la posibilidad consentida de que una de las personas le pueda dar un beso a la otra sin atentar a su libertad sexual y a su intimidad y privacidad.*

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

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

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

*La expresividad del consentimiento atendiendo a las circunstancias del caso.*

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

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

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

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



- 2.- *La voluntad de la persona debe quedar "clara" de que accede al acto sexual y acepta tener relaciones sexuales.*
- 3.- *No deben existir dudas acerca de si ese consentimiento existe o no. El CP exige en el art. 178.1 CP que la expresión de la víctima sea clara en su voluntad positiva a mantener relaciones sexuales.*
- 4.- *El mero silencio sin más aditamentos no puede dar lugar a admitir un consentimiento.*
- 5.- *El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.*
- 6.- *La duda acerca de la concurrencia del consentimiento por parte del que ejecuta el acto sexual correrá en su contra. Este debe obtenerse por la voluntad clara de la otra parte, lo que aleja la posibilidad de la existencia de dudas en quien finalmente ejecuta el acto sexual sin estar seguro de que el consentimiento concurría.*
- 7.- *Pero las "circunstancias del caso" descritas por ambas partes y valoradas por el juez o tribunal pueden determinar que el consentimiento se desprende con claridad de las "circunstancias del caso".*
- 8.- *Pero para evaluar si existió debe ponderarse cuáles fueron "las circunstancias del caso" y analizar si estas determinan, no si pueden determinar, el consentimiento.*
- 9.- *Debe entenderse por "circunstancias del caso" el conjunto de hechos o actos que concurren entre las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la relación sexual que evidencian cuál es la voluntad de la persona y de forma clara, de tal manera que no debe dar lugar a dudas sobre que el consentimiento existió, ya que la falta de claridad en las circunstancias del caso para concluir concurrente el consentimiento da lugar a que este sea inexistente.*
- 10.- *Suele considerarse como circunstancias al conjunto de lo que está en torno a alguien o algo. En este sentido, las circunstancias están vinculadas al contexto y pueden influir, con mayor o menor determinación, en la esencia de las cosas. La noción de circunstancia está relacionada con lo circunstancial (es decir, con aquello que no es permanente).*

*Con ello, cuando se utiliza la expresión "circunstancias del caso" aplicable a los delitos sexuales se entiende como las referidas a ese momento que concurre entre las partes en instantes previos al inicio de un acto sexual y que rodean al modo de proceder las personas, y que haya sido promovido voluntariamente por ellas y que dé lugar a un entendimiento común de que la voluntad sería, clara y común de ambas personas va dirigida de modo exclusivo y excluyente a tener una relación sexual, pero sin dar pie a que se pueda entender a otra cuestión referente al acto sexual. Y a ese concreto tipo de contacto sexual, no a otro.*

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

11.- *El amparo de "las circunstancias del caso" debe serlo a que estas conducen a entender que la voluntad es clara de tener la relación sexual concreta que luego se lleva a cabo y no otra; es decir, debe existir también claridad del "tipo de relación sexual" que se va a realizar, ya que el consentimiento lo es para un acto sexual concreto que puede excluir a otro u otros.*

*Las circunstancias del caso deberán ser explicadas por la víctima y por el acusado y en base a ellas el juez o tribunal deberán llegar a su convicción acerca de si el consentimiento existió o no."*

Por ello tenemos que:

- 1.- No hubo consentimiento al acto de contenido sexual.
- 2.- Hubo un tocamiento de contenido sexual.
- 3.- La conducta descrita encaja en el art. 178.1 y 3 CP como subtipo atenuado al momento de los hechos.
- 4.- *La sentencia de la AP describe que cogerle o agarrarle ya implica violencia física, naturalmente, en el contexto en que se desarrollan los hechos, porque, repetimos, la víctima está sola en una parada de autobús y un desconocido actúa como se ha descrito, repitiendo el acto con gestos, además, que pusieron más nerviosa a la víctima, pues describía una silueta femenina e insistía de forma gestual en que se fueran al metro, solos, a la vez que le mostraba el billete de 50 euros. Demasiado elocuente, no hace falta ser imaginativo para saber qué quería el acusado pero, en todo caso, igualmente consiguió atentando contra la libertad sexual de la víctima.*
- 5.- Se impuso por la fuerza la voluntad del acusado atentando contra la indemnidad sexual de la víctima.



6.- El hecho probado describe que el recurrente actuó contra la víctima *con intención de atentar contra su integridad sexual, le cogió la mano besándosela al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones*".

7.- Coger la mano a alguien contra su voluntad supone actuar contra su libertad y lo hizo en un contenido sexual descrito.

8.- 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.

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

10.- 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.

11.- 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.

12.- 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. Le cogió la mano en una connotación de contenido sexual.

13.- La "interpretación" subjetiva del consentimiento sin ser claro su existencia por la mujer rellena la tipicidad del art. 178.1 CP actual y 181.1 al momento de los hechos.

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

Con ello, es correcta la plena subsunción de los hechos en el tipo penal objeto de condena y se desestima la calificación de los hechos como acoso callejero como se ha explicado.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-2.-** Al amparo del artículo 849.1º LECrim, por aplicación indebida del art. 661.6ª en relación con el art. 50.4 y 5 del Código Penal.

Señala el recurrente que debería aplicarse la pena mínima que el Código Penal establece en una cuota diaria de dos euros dadas las circunstancias personales del recurrente, pero hay que tener en cuenta que la pena impuesta de multa lo está a razón de 3 euros/día que ya es lo suficientemente baja como para desestimar el motivo, dado que las mismas razones que postula el recurrente son las que ya se han tenido en cuenta para fijar la cuantía de la multa impuesta de 3 euros/día en razón a las circunstancias que ya se refieren.

La AP justifica mantener los 3 euros/día en la multa señalando que: "teniendo en cuenta que la horquilla que raya el límite mínusculo suele abarcar un abanico de seis a diez o doce euros, sin que se acrediten otras causas que avalen la rebaja pretendida en un euro (de tres a dos) y sin que conste que el acusado viva en situación de indigencia o pobreza extrema." Lo que se entiende como razonable y ajustado a los hechos cometidos, su gravedad y afectación a la libertad sexual de la víctima.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-**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 CASACIÓN**,interpuesto por la representación del acusado Victoriano , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, de fecha 23 de junio de 2023, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid, de fecha 20 de enero de 2023, que le condenó por delito de agresión sexual. 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.



Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON LEOPOLDO PUENTE SEGURA, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, A LA SENTENCIA NÚM **193/2026** DE FECHA 5 DE MARZO DE 2026 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 5352/2023.

1.- Compartimos, en términos generales, las prescindibles consideraciones que se efectúan en la sentencia acerca del consentimiento de la víctima en el marco de los delitos contra la libertad sexual y de la conocida como perspectiva de género –mejor definida, a nuestro juicio, en unos pasajes que en otros– como elemento exegético relevante. Coincidencia ésta poco significativa aquí, toda vez que, ni en la sentencia recurrida, ni en el recurso que se resuelve, se ponen en tela de juicio ninguno de esos aspectos. Evidentemente, doña Nuria no prestó su consentimiento a las conductas protagonizadas por el acusado. Nadie ha sostenido nunca lo contrario en este procedimiento.

2.- La razón de nuestra discrepancia se localiza, al contrario, en el argumento empleado para desestimar el primero de los motivos del recurso que, a nuestro parecer, debió ser estimado. Se condenó al acusado, naturalmente sobre la base de la narración contenida en el relato de los hechos que se declaran probados, como autor de un delito de agresión sexual de los previstos en el artículo 178. 1 y 3 del Código Penal. Queda, en consecuencia, radicalmente excluido el empleo por parte del acusado de cualquier clase de violencia o intimidación (que hubiera activado las previsiones contenidas en el número 2 de ese mismo artículo). No la apreció el Tribunal de la primera instancia, ni tampoco la Audiencia Provincial al desestimar la apelación. Ni siquiera la acusación contempló nunca en el procedimiento que concurriera violencia o intimidación en los hechos enjuiciados. Mucho menos podríamos hacerlo nosotros en el marco de un recurso de casación interpuesto por quien resultó condenado. Decimos esto porque algún pasaje de la sentencia pudiera producir al respecto alguna confusión.

3.- Sentado lo anterior, el artículo 178 del Código Penal sanciona a quien realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona, añadiendo, de manera evidentemente redundante: sin su consentimiento (fácilmente se comprende que, si fuera con su consentimiento, no se podría estar atentando contra su libertad sexual).

Parece claro que el mencionado ataque a la libertad sexual deberá consistir en la imposición de actos de contenido o significación sexual pues no de otro modo el bien jurídico específicamente protegido en este y en otros tipos penales del mismo título pudiera ser lesionado o puesto en peligro. Y es aquí donde no podemos en absoluto compartir el criterio mayoritario cuando expresa, como única razón que identificamos para justificar la desestimación del recurso, que: *"hay un acto de tocamiento del agresor a la víctima y ello excluye el "acoso callejero" en tanto en cuanto este se significa por esas acciones del autor, pero sin que se alcance " otro delito de mayor gravedad", y en cuanto existe ya un tocamiento a la víctima en cualquier parte del cuerpo de la misma no cabe aplicar el art. 173.4 CP porque se comete un exceso del autor al realizar ese tocamiento que la víctima no tiene obligación de soportar";* o que: *"Cualquier acto de tocamiento del cuerpo de una mujer es un delito contra libertad sexual, pudiendo graduarse en virtud del subtipo atenuado el 178.4 atendiendo a la menor gravedad de la conducta, en su caso";* o, en definitiva, que: *"La circunstancia de coger la mano de la mujer y besarla con claras connotaciones sexuales que constan en el factum en un comportamiento claro y evidente de contenido sexual no es atípico en modo alguno ni integra un acto de acoso callejero, ya que este último se caracteriza por actitudes alejadas del tocamiento físico y más centradas en expresiones o comportamientos".*

4.- Ciertamente, no es difícil identificar determinados actos o conductas que presentan de manera inequívoca un contenido sexual. También es fácil comprender la existencia de contactos físicos con otra persona que carecen por completo de ese carácter. Y no puede negarse tampoco que nos encontramos, por lo menos en relación con aquellas conductas que no se sitúan en uno u otro grupo de casos, con elementos valorativos que pertenecen al acervo cultural de cada pueblo, incluso a veces de cada grupo social definido, precisos para incluir o excluir del carácter sexual algunos otros comportamientos que pudiéramos denominar ambiguos o inconcluyentes. En ocasiones, también puede resultar indispensable valorar el contexto en el que estas conductas equívocas o ambiguas se desarrollan para determinar si las mismas presentan o no una naturaleza sexual. Por ejemplo, un instantáneo roce de los labios o una palmada en la nalga, bien pueden tener una u otra naturaleza en atención al contexto en el que se producen. Un observador tercero, normalmente constituido desde el punto de vista psicológico, seguramente no creerá estar contemplando un acto de naturaleza sexual cuando aquellas conductas tienen lugar en la celebración de un gol o de una canasta entre dos compañeros de equipo; pero advertirá ese carácter sexual cuando, aprovechando una determinada situación de superioridad



sobre la víctima --a ello se refiere alguna de las sentencias de este Tribunal Supremo que cita en su apoyo el criterio mayoritario-- dicha conducta aparece impuesta a quien la padece.

5.- En el caso, y a nuestro parecer, nos hallamos aquí, claramente, ante un comportamiento que debería considerarse incluido entre los que, con toda evidencia, carecen de naturaleza sexual. El hecho probado relata que el acusado se acercó a doña Nuria, quien se hallaba esperando en una parada de autobús, *"y con intención de atentar contra su integridad sexual, le cogió la mano besándosela al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones"*. De una parte, la intención del acusado, --acerca de cuyo emplazamiento adecuado en una sentencia tanto ha discurrido este Tribunal Supremo--, no resulta un "hecho objetivo" sino que aquella se infiere de su comportamiento externo. Y este, el comportamiento, aparece definido aquí como un beso en la mano (sin que aparezca muy claro en la redacción del factum si también el beso se repitió o solo la oferta de que le acompañara ofreciéndole dinero).

6.- En cualquier caso, hace ya tiempo que este Tribunal Supremo ha descartado el denominado ánimo lúbrico como elemento subjetivo integrante de los tipos penales que sancionan los delitos contra la libertad sexual. No es por casualidad. Nos encontramos, evidentemente, ante delitos dolosos. Pero la intención última o el móvil del autor no forma parte, tampoco en estos delitos, del dolo. Lo necesario para que concurra el mismo es que el autor comprenda la conducta que protagoniza y la quiera, con independencia de la razón que le mueve a actuar. Por eso, cuando se impone a una persona tercera la realización de un acto de naturaleza sexual resulta indiferente para colmar las exigencias típicas que el autor actúe, exclusiva o concurrentemente, con el propósito de satisfacer sus apetencias sexuales o que lo haga movido por cualquier otro ánimo o intención personal (para causar daño físico, para castigar, para humillar a la víctima, para cobrar una deuda).

Inversamente, y por lo mismo, incluso cuando el protagonista actúa con el propósito de satisfacer sus apetencias sexuales, imponiendo a la víctima la realización de conductas que no tienen esa naturaleza (sexual) no estaremos ante un delito contra la libertad sexual. Tal vez sí, dependerá de los casos, ante otras figuras típicas. Fácilmente se comprenderá que si una persona busca y obtiene placer sexual tocando levemente el codo desnudo de un tercero o rozando con la mano su cabello en la cola del metro o contemplando sus pies desnudos en una playa, no comete un delito de agresión sexual. No es la intención última del autor lo que, por sí mismo y prescindiendo de la conducta que protagoniza, determina la comisión de un hecho típico. Tampoco quien compulsivamente y con la inquebrantable decisión de matar, agujonea un muñeco de trapo que, en su entendimiento, representa a la víctima, comete un homicidio intentado. No basta con desearlo.

Un beso (o dos) en la mano de otra persona resulta, en nuestra cultura, una forma de saludo, hoy en desuso (con frecuencia sustituida por el estrechamiento de manos o por dos besos en las mejillas). Tan frecuente llegó a ser, entre nosotros, como fórmula de cortesía, que ha dado nombre, incluso, a ciertas ceremonias: el besamanos. A nuestro parecer, es notorio que las conductas referidas (el beso en la mano, el estrechamiento o los besos en las mejillas, no son actos de naturaleza sexual). Ningún tercer observador consideraría en presencia de estas conductas, cuando consentidas por todos sus protagonistas, que se encuentra ante actos de naturaleza sexual. Tampoco pueden serlo entonces, cuando no se consienten. La acción desarrollada tiene la misma naturaleza. Si es un acto de naturaleza sexual no consentido lesiona la libertad sexual de la víctima. Si, aunque impuesto, carece de naturaleza sexual, no lesiona ni pone en peligro la libertad sexual de la víctima.

Solo a partir de un hipertrófico entendimiento de lo sexual, que quiere hallar en cualquier contacto físico, del tipo que fuere, entre dos personas un acto de significación sexual podría considerarse, con razón, que un beso (o dos) en la mano presenta esta naturaleza. Involuntariamente se desempolvan así, muchas veces al socaire de una pretendida modernidad, consideraciones más propias de un puritanismo mojigato, que creíamos ya felizmente superado entre nosotros y que resulta preciso embridar. Banalizar el significado de aquello que presenta claramente naturaleza sexual equiparándolo con conductas que notoriamente carecen de aquel carácter, no contribuye tampoco, antes al contrario, a fortalecer la protección de las víctimas frente a los comportamientos que verdaderamente atentan contra su libertad sexual.

7.- No significa lo anterior que conductas como las descritas (actos que llanamente carecen de significado sexual), por lo que tienen de imposición --tomar la mano de alguien contra su voluntad, invadir su "espacio vital", soplarle en el rostro, acariciar su cabello, hablar demasiado alto y demasiado cerca--, no constituyan siempre una muestra de mala educación o grosería e, incluso, puedan ingresar, en ciertos casos, en el perímetro penal. Pero no será en el marco de los delitos contra la libertad sexual.

Precisamente, el segundo párrafo del artículo 173.4 del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, cuya aplicación reclama, con buenas razones, el recurrente, sanciona, no en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual sino en el título relativo a los delitos de torturas y otros contra la integridad moral, la conducta de quien: *"se dirija a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de*



*carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad".*

También en términos generales, hacemos propios en este voto discrepante los razonamientos de la sentencia relativos a los elementos y características de este, ya relativamente, nuevo tipo penal. Naturalmente, no en el aspecto referido a que su aplicación exija la inexistencia de todo contacto físico entre víctima y victimario. Desde luego, el precepto no será aplicable cuando dicho contacto, consistente en un acto de naturaleza sexual, hubiera resultado impuesto a la víctima. En este caso, el delito de agresión sexual absorbería a este de acoso. Pero sí cuando, como aquí, el contacto físico que pudiera haber existido entre el sujeto activo y la víctima careciese de aquella naturaleza, pero no los comportamientos o las proposiciones después realizadas, en términos que resulten generadores de una situación humillante, intimidatoria u hostil para quien los recibe.

En el caso, el acusado se dirigió a doña Nuria, que se hallaba esperando el autobús, tomó su mano y la besó para "al tiempo" solicitarle mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero. Aunque el relato de hechos probados resulta algo parco en este sentido, puede aceptarse que al referirse a que el acusado estaba animado por la intención de actuar contra la libertad sexual de la víctima, debe entenderse que la propuesta que hizo a Nuria para que le acompañara, ofreciéndole dinero, tenía por objetivo que la misma accediera, a cambio de la cantidad ofrecida, a mantener con él relaciones sexuales. Así se explica después en la fundamentación jurídica de la sentencia –aunque hubiera sido lo correcto que se introdujera en el factum– y así lo acepta también el propio recurrente cuando demanda para sí la aplicación del artículo 173.4, párrafo segundo del Código Penal.

Consiste lo descrito, a nuestro parecer, en un comportamiento y posterior o simultánea proposición de carácter sexual que, por las circunstancias en las que se produjo, resultó objetivamente humillante para la persona a la que se dirigía, generando a la misma una situación hostil. Fue abordada inopinadamente en una parada de autobús. Se tomó su mano, sin violencia o intimidación, pero también sin autorización alguna, y al tiempo que se la besaba, el acusado le realizó una proposición de carácter sexual, mediante gestos y ofreciéndole un pago por ello, que resultaba del todo impertinente, inapropiada y objetivamente humillante en dicho contexto.

En consecuencia, consideramos que debió ser estimado el recurso interpuesto, condenándose al acusado no como autor de un delito de agresión sexual, por mucho que se le aplicara después el subtipo atenuado previsto en el artículo 178.3 del Código Penal –lo que aproxima en mucho las penas a las prevenidas en el delito que efectivamente cometió–, sino como autor de un delito de acoso de los contemplados en el artículo 173.4, párrafo segundo, optando, entre las penas alternativas contempladas en el precepto, por la imposición de una pena de multa, con cuota diaria de tres euros y extensión de tres meses.

Antonio del Moral García Leopoldo Puente Segura.