

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 625/2024

Fecha de sentencia: 19/06/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3339/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por: MBP

Nota:

Resumen

Condena a un agente de policía que estando custodiando a una detenida le acosa, insistiéndole con el rechazo de la víctima y al final le da un beso sin consentimiento de la víctima siendo condenado por la vía del abuso sexual del art. 181.1 CP.

Es condenado por la AP y es confirmada la sentencia por el TSJ que desestimó el recurso interpuesto por el recurrente.

1.- INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

El recurrente expone sus discrepancias con la valoración probatoria, refiriendo argumentos sobre la presunción de inocencia y concluyendo que su particular valoración sustenta una hipótesis exculpatoria y concluyente de inocencia.

Sin embargo, debemos fijar que la sentencia del Tribunal de instancia ha sido ya revisada por el TSJ tras la articulación del recurso de apelación, quien ya



ha analizado la racionalidad de la valoración probatoria y ha concluido con la desestimación del recurso de forma motivada pese a la disidencia del recurrente.

Se otorga plena credibilidad a la víctima en su constante declaración sobre lo ocurrido, aceptando su versión la AP y validando la racionalidad en la valoración el TSJ.

2.- INFRACCIÓN DE LEY al amparo del art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 181 del Código Penal.

Alega el recurrente que es patente la atipicidad de los hechos, toda vez que el único contacto corporal acreditado es un beso en la mejilla que el recurrente dio a la detenida, que difícilmente puede constituir un acto material de contenido sexual.

Se le ha condenado por lo dispuesto en el art. 181.1 CP al momento de los hechos, a tenor del cual El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Está probado que existió un contacto físico de contenido sexual del recurrente con la denunciante como es un beso no consentido por ésta. Ello ocurrió, como señala el Fiscal de la Sala, tras haber intentado el recurrente ganar la confianza de la denunciante y buscar cierta intimidad, halagando su físico, preocupándose por su estado, situación y por cuestiones de su vida personal, e incluso dando pasos previos en el acercamiento, preguntándole por mensaje escrito si podría abrazarla, lo que la denunciante negó, pese a ello el recurrente llegó a besarla en la mejilla y lo intentó en los labios, aunque no lo consiguió.

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 consta de otro.



No cabe aplicar el subtipo atenuado del actual art. 178.4 CP tras la LO 10/2022 dada la gravedad de los hechos reconocidos en la sentencia de la AP y del TSJ ante un funcionario policial que aprovecha la situación de una detenida para llevar a cabo los hechos probados.

RECURSO CASACION núm.: 3339/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 625/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 19 de junio de 2024.

Esta Sala ha visto El recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación del acusado **D. NOÉ ÁLVAREZ MORENO**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 24 de marzo de 2022, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, de fecha 30 de junio de 2021, que le condenó por delito de abuso sexual, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Francisco Javier Sáez de Jáuregui Zurita y bajo la dirección Letrada de D. David Pareja León.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado con el nº 156/20 contra NOÉ ÁLVAREZ MORENO, y, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, que con fecha 30 de junio de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“1.- El acusado, D. Noé Álvarez Moreno, funcionario del CNP con número profesional 117.121 se encontraba de servicio el día 5/01/2020 en la unidad de conducciones de la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana, y encargado junto con el funcionario 115.846 de trasladar a los detenidos hasta los Juzgados del Prado de San Sebastián de esta ciudad.

2.- En el turno de tarde, sobre las 17'00 horas, tocó trasladar a los que había en la Comisaría de Policía de Blas Infante que eran solo dos: un ciudadano de origen marroquí, y D.^a L., que lo había sido como consecuencia de una requisitoria, y que carecía de detenciones anteriores.

3.- El acusado, que había ingerido alcohol la tarde de los sucesos y se encontraba embriagado y con sus facultades psicofísicas disminuidas levemente, se acercó hasta los calabozos de la citada comisaría, y gritando indicó al ciudadano marroquí y a la Sra. L. que recogieran las colchonetas y las mantas y las depositaran en el lugar que les indicaba.

4.- Llegado el momento de subirlos al furgón policial, colocaron al ciudadano marroquí esposado en la caja o parte de atrás del vehículo, y a D.^a L., que se encontraba en un fuerte estado de ansiedad, en el asiento trasero del furgón tras el conductor sin esposar.

5.- Antes de que ello ocurriera, D. Noé Álvarez, además de interesarse por el motivo de la detención de D.^a L., había aprovechado a que el otro agente se ausentó momentáneamente por un problema en el recuento de las pertenencias de la detenida, para preguntarle a ésta si cuando terminaran las diligencias quería salir con él y sus compañeros a tomar unas cañas, detalles todos los anteriores que generaron temor y desasosiego en la misma.

6.- Una vez que llegaron a las dependencias del Juzgado de Guardia de detenidos en el Prado de San Sebastián, conduciendo el vehículo policial el acusado, los agentes bajaron a los calabozos, y mientras el chico marroquí fue introducido en una celda, quedando custodiado por el funcionario 115.846, D.^a L. quedó en una sala aparte, sin esposar, y custodiada por el acusado.

7.- En el curso de la espera hasta ser puesta a disposición judicial (que pudo ser en torno a dos horas o poco más), el acusado le dijo a D.^a L. que se llamaba Pedro, entabló conversación con la detenida, en alguna ocasión de viva voz y en otras mandándole mensajes en trozos de papel que le pasaba para que los leyera y luego rompía. En tales mensajes le preguntaba como se encontraba, y si se estaba portando bien. Llegó en el curso de la tarde a subir con la

detenida al exterior del edificio a fumar un cigarro, y cuando salió a tomar un café (intervalo éste de la salida del agente en el que D.^a L. fue momentáneamente introducida en la celda), volvió con una tila sin que se la hubiera pedido.

8.- Durante el tiempo en que el acusado estuvo a solas con la detenida en la zona de calabozos, además de lisonjearla con expresiones de que era una buena tarde porque había estado con un chica tan bonita, y otras de semejante naturaleza, llegó en un momento a ponerse en pie, y con las manos en las caderas, y haciendo un ligero balanceo, comenzó a mirarse directamente sus genitales y a resoplar para que la detenida se fijara en él, y en el estado de excitación en que se encontraba.

9.- En uno de los mensajes escritos que entregó a la Sra. L. durante esa tarde le pidió permiso para poder abrazarla, a lo que ella contestó que no con gestos, lo que no evitó que se acercase y le diese un beso en la mejilla e intentara darle otro beso en los labios que D.^a L. evitó volviendo la cara.

10.- El acusado pidió en diversas ocasiones perdón a D.^a L. por su comportamiento, y cuando ésta fue avisada para pasar a disposición judicial le facilitó su número de teléfono en un trozo de papel para que lo llamase comprometiéndose a proporcionarle un abogado si no contaba lo ocurrido.

11.- D.^a L. fue puesta en libertad esa misma tarde.

12.- El día 8/01/2020 la Sra. L. puso denuncia en el Juzgado de Estepona donde reside, no haciéndolo con antelación debido al estado de afectación anímica en que se encontraba, no reclamando indemnización alguna.”

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

FALLAMOS:

"Absolvemos al acusado D. Noé Álvarez Moreno como autor responsable del delito contra la integridad moral del que venía acusado y lo condenamos como autor responsable de un delito de abuso sexual concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad y la atenuante de embriaguez a las penas de un año y nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de la mitad de las costas del juicio declarando de oficio las restantes.

Se impone al acusado la medida de libertad vigilada post penitenciaria de un año de prisión.

Firme que sea la resolución, de mantenerse en sus términos dedúzcase testimonio de particulares (atestado, declaración del funcionario PN115.846, grabación de la vista, sentencia) y remítase al Juzgado Decano de Sevilla para reparto entre los de Instrucción a fin de depurar las posibles responsabilidades en que haya podido incurrir el testigo.

Notifíquese la presente resolución a las partes con la indicación de que contra la misma cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que podrá interponerse en el plazo de diez días.

Notifíquese igualmente a la perjudicada para conocimiento, y a la Jefatura Provincial de Policía con indicación de que la misma no es firme".

Contra indicada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Noé Álvarez Moreno, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que con fecha 24 de marzo de 2022 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que desestimando el recurso formulado por la defensa de don Noé Álvarez Moreno contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, la confirmamos en todos sus términos, con excepción de la corrección de oficio de su parte dispositiva en el sentido de precisar que la circunstancia agravante apreciada es la de prevalimiento del artículo 22.7 del Código Penal y no la de abuso de superioridad de su artículo 22.2, y declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal, al condenado a través de su Procurador, quien deberá informar a la Sala, en su caso, de la imposibilidad de hacerlo dentro del plazo para recurrir, 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 Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación de la sentencia al correspondiente Rollo de esta Sala.

Notifíquese esta sentencia a la víctima.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Audiencia Provincial, 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".

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. Noé Álvarez Moreno**, 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. NOÉ ÁLVAREZ MORENO**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- De la vulneración al derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 de la Constitución Española, en relación con la vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución Española, por el cauce especial del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art. 852 LECrim.

Segundo.- De la infracción del art. 181 del Código Penal, por el cauce dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim.

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

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 12 de enero de 2023, se ha dado traslado a la representación procesal del acusado recurrente D. Noé Álvarez Moreno, para que adapte, si lo estima procedente los motivos de casación alegado a la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre. La representación procesal del acusado, en escrito de 23 de enero de 2023 solicita se acuerde adaptar el recurso de casación en su día formulado a la disposición final cuarta de la LOGILS. Por diligencia de ordenación de 27 de enero de 2023 se dio traslado al Ministerio Fiscal, a efectos de informar de los motivos de casación alegados a la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre. El Ministerio Fiscal, por escrito de 10 de febrero de 2023, no estima procedente atender a lo solicitado por la representación de Noé Álvarez Moreno en aplicación de la L.O. 10/2022, por estimar que las penas impuestas son proporcionales a la gravedad del hecho atendiendo tanto a legislación vigente en la fecha de su comisión, como a la actual; con un resultado idéntico tras su individualización con ambas normas.

SÉPTIMO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de junio de 2024, 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 procesal de NOÉ ÁLVAREZ MORENO, frente a la sentencia nº 84/2022, de fecha 4 de marzo de 2022, dictada por la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla, que desestimando el

recurso de apelación formulado por dicha representación contra la sentencia de fecha 30 de junio de 2021, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Granada -Rollo 9028/2020- dimanante del Procedimiento Abreviado nº 156/20 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, confirma la condena del citado como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual.

SEGUNDO.- 1.- INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL al amparo del art. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

El recurrente expone sus discrepancias con la valoración probatoria, refiriendo argumentos sobre la presunción de inocencia y concluyendo que su particular valoración sustenta una hipótesis exculpatoria y concluyente de inocencia.

Sin embargo, debemos fijar que la sentencia del Tribunal de instancia ha sido ya revisada por el TSJ tras la articulación del recurso de apelación, quien ya ha analizado la racionalidad de la valoración probatoria y ha concluido con la desestimación del recurso de forma motivada pese a la disidencia del recurrente.

Hay que tener en cuenta que desde la articulación del recurso de apelación ante la sentencia de la Audiencia Provincial y el dictado de la sentencia del TSJ resolviendo aquél, el alegato de que se ha alterado la presunción de inocencia tiene unos cauces concretos en torno a que no existe realmente prueba de cargo, y que el juicio de racionalidad del TSJ acerca de la valoración probatoria es insuficiente o inexistente.

Pero no puede convertirse el alegato ex art. 24 CE, que conlleva realmente el uso de la vía del 5.4 LOPJ y 852 LECRIM como una vía para poner encima de la *mesa casacional* una “tercera revisión de la valoración probatoria”, solicitando al tribunal de casación que “vuelva a valorar lo ya valorado” y en atención al enfoque personalizado que realiza el recurrente al cuestionar que se ha vulnerado la presunción de inocencia.

Por ello, la vía de la pretendida vulneración de la presunción de inocencia no puede convertirse en un escenario para realizar una exposición

de cuál fue la prueba que se practicó y cuál fue la valoración probatoria que se debía haber realizado, tanto por el Tribunal de instancia, como en el proceso de apelación ante el TSJ.

Y suele ser práctica habitual, como en este caso concurre, que el recurrente cita cuál es la prueba que se ha practicado y lo que se cuestiona veladamente es el resultado valorativo cuando nos movemos ya en sede casacional y el tribunal de enjuiciamiento citó la prueba practicada y la valoró. Y este proceso fue objeto de apelación ante el TSJ, y éste, a su vez, lo analizó debidamente y rechazó que se hubiera vulnerado la presunción de inocencia, motivando debidamente que la explicación que ha dado el tribunal de instancia es correcta, tanto en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima, como del resto de prueba tenida en cuenta para entender que existe la suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.

En base a ello, la práctica habitual de que ante la valoración de la prueba correlativa realizada por dos tribunales lleve consigo una exposición en sede casacional de que se disiente de ese contenido valorativo no tiene cabida en un escenario donde el motivo casacional está más basado en la “disidencia” y en que se “sustituya” la valoración de la prueba llevada a cabo por dos tribunales por la que expone el recurrente, aunque lo sea de forma detallada, volviendo a exponer ante esta Sala qué fue lo que concluyó el tribunal ante las pruebas concurrentes y testigos, o las pruebas periciales, y llegar a un resultado valorativo distinto, ya que ello supone el proceso de *pretensión de sustitución de una valoración de los tribunales por la del recurrente*.

Pues bien, ello no supone que se ha vulnerado la presunción de inocencia, sino que solicita una *revisión íntegra* del resultado valorativo por el personal. Y, en definitiva, lleva consigo una reclamación “de lo que se debía haber valorado” con lo mismo que se dijo y expuso el día del juicio por testigos y peritos.

Siguiendo con el alegato del recurrente en torno a la presunción de inocencia que se alega es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad se debe exigir para tener por enervada la

presunción de inocencia. Así, se apunta que La dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad «instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración» (In re Wip). Se cita también la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, y se ha expuesto, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso —subjetivo— de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tomada en cuenta para la condena, y mediante un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso objetivable de convicción, que aunque

esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objective.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la «medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos» y también como «el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada». El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de “suficiencia”, “entidad”, y “calidad de la prueba” para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado.

De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba —beyond any reasonable doubt (penal) y preponderance of evidence (civil)— pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

Además, como ya hemos señalado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado, debemos insistir -SSTS 151/2014 de 4 marzo, 310/2014 27 marzo-, que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4, señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos».

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la “suficiencia” de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

En este caso debe concluirse la existencia de prueba bastante, y al proceso de inferencia llevado a cabo por el tribunal para construir el *“edificio de las pruebas concurrentes al caso concreto”* que da lugar y permite que en la *arquitectura de la sentencia* el Tribunal haya tenido un soporte válido y sólido para fundar una resolución con las pruebas recogidas en la base motivacional.

Pues bien, alegándose por la parte recurrente el carácter irracional de la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal sentenciador ante el que con inmediación se ha practicado la prueba vamos a verificar cuál fue la prueba reflejada, sistematizando la tenida en cuenta por el Tribunal para analizar el grado de la *“suficiencia”* exigida por la tenida en cuenta como de cargo, y que en este caso se refiere a la existencia de indicios plurales, concatenados, interrelacionados entre sí que llevan al tribunal a la inferencia y proceso deductivo del tribunal a entender que se enervó la presunción de inocencia y dictó la condena.

Además, no puede convertirse la casación en otra *“segunda vuelta”* de oportunidad para volver a plantear ante la sede casacional lo que ya se planteó ante el TSJ, prácticamente como si el recurso de apelación ante este no hubiera existido, y la casación no es un recurso articulado en una *“segunda oportunidad”* de volver a plantear lo mismo y plantear de forma repetitiva lo que se alegó ante el TSJ y esperar una *“reacción”* distinta ante los mismos argumentos expositivos.

Consta en los hechos probados el desarrollo de lo acontecido en un traslado de detenidos en los que el recurrente realizó la siguiente conducta:

Durante el tiempo en que el acusado estuvo a solas con la detenida en la zona de calabozos, además de lisonjearla con expresiones de que era una buena tarde porque había estado con una chica tan bonita, y otras de semejante naturaleza, llegó en un momento a ponerse en pie, y con las manos en las caderas, y haciendo un ligero balanceo, comenzó a mirarse directamente sus genitales y a resoplar para que la detenida se fijara en él, y en el estado de excitación en que se encontraba.

9.- *En uno de los mensajes escritos que entregó a la Sra. L. durante esa tarde le pidió permiso para poder abrazarla, a lo que ella contestó que no*

con gestos, lo que no evitó que se acercase y le diese un beso en la mejilla e intentara darle otro beso en los labios que D.^a L. evitó volviendo la cara.

10.- El acusado pidió en diversas ocasiones perdón a D.^a L. por su comportamiento, y cuando ésta fue avisada para pasar a disposición judicial le facilitó su número de teléfono en un trozo de papel para que lo llamase comprometiéndose a proporcionarle un abogado si no contaba lo ocurrido.

Señala al respecto el TSJ que *El acusado, funcionario policial, ha sido condenado en la instancia por haber mantenido con la denunciante una conducta calificada como abuso sexual con ocasión de la custodia de la misma en calidad de detenida. En concreto, tal conducta consistió, entre otros detalles, en proferirle algún piropo mientras estaba detenida, un gesto de inequívoco significado sexual mientras le manifestaba que era persona muy caliente y no podía evitarlo, proposiciones de abrazo, un beso en la cara y el intento de otro beso en la boca.*

Sobre la prueba concurrente el TSJ destaca que:

1.- La prueba directa de la declaración de la víctima.

“La condena se basa en una prueba directa: la declaración testifical de la víctima y denunciante. La Audiencia Provincial creyó dicha declaración y calificó los hechos en consecuencia.

2.- Valoración de las razones por la que se entiende por el tribunal de instancia es creíble.

La declaración de Dña L., que ha sido analizada por la Sala mediante el visionado de la grabación del juicio, narra de manera circunstanciada y plena de detalles concretos lo sucedido con motivo de su detención y traslado al Juzgado el día 5 de enero de 2020. Ofrece detalles circunstanciales con gran precisión, como la descripción física de los lugares en que sucedieron los hechos, el tipo de papel en el que le escribía mensajes, el hecho de que a veces la llamase M. en vez de L., expresiones concretas dirigidas a ella o a la persona que también estaba detenida, la secuencia temporal de los hechos, etc.

3.- *No hay razones objetivas que permitan hacer dudar de la versión que ofrece la víctima.*

No se encuentra ningún elemento que haga dudar de la veracidad de lo narrado por la testigo y que pudiera justificar la apreciación de un error en la valoración de su credibilidad. Ni aparece razón alguna por la que la denunciante quisiera perjudicar al acusado, a quien no conocía previamente, ni incurre en contradicciones, ni manifiesta nada que pueda ser percibido como incoherente, ni tampoco un énfasis sospechoso de exageración. Más bien al contrario: la testigo se limita a contar lo que recuerda haberle sucedido, atribuyendo al acusado comportamientos precisos y detallados, sin añadir, como hubiera podido -de tener la intención de perjudicar al acusado- otros que hubieran podido agravar la pena. Ningún motivo espurio, ninguna animadversión previa, ningún atisbo de procurarse un beneficio personal con la denuncia (incluso renunció de antemano a toda indemnización). Alguna corroboración ha podido también acreditarse: así, por ejemplo, el papel escrito con el número de teléfono del acusado, por más que exista discrepancia sobre las razones por las que se lo ofreció. Todo ello convierte su declaración en un medio de prueba suficiente para vencer la presunción de inocencia

4.- *No se aprecian contradicciones con otra testifical que haga dudar de la veracidad de la víctima.*

Se insiste, de un lado, en la versión contradictoria sobre algunos extremos, suministrada por el funcionario del CNP nº 115.846, compañero del acusado, en su declaración como testigo. Su testimonio, sin embargo, fue atentamente considerado por el tribunal de instancia, y en la sentencia apelada se explican con precisión las razones por las que no resultaron convincentes en lo que contradecía a la denunciante, hasta el punto de que se acordó deducir testimonio por las responsabilidades en que pudiera haber incurrido.

5.- *No merma la credibilidad la tardanza de tres días en denunciar.*

Se aduce también la tardanza de tres días en presentar denuncia, pese a que pudo hacerlo inmediatamente en la sede judicial en que se encontraba. Ese retraso de tres días, sin embargo, es más que explicable, pues la tarde en que sucedieron los hechos la víctima estaba detenida y no es irrazonable

pensar que no estuviera en condiciones de valorar si la denuncia podía incluso perjudicarlo. Nada de extraño tiene que esperase a salir de aquel entorno, recuperar su vida normal, y desde esa tranquilidad tomar la decisión de denunciar lo que consideró una conducta intolerable.”

Pues bien, expuestas estas razones como las que determinan la concurrencia de prueba bastante para la condena señalar que, frente a lo expuesto por el recurrente, la condena no se produce por un trato de favor del recurrente hacia la detenida, sino por un beso dado sin consentimiento de la víctima, que como “beso robado” integra la condena en su momento por abuso sexual y en la actualidad por agresión sexual.

Y frente a lo que alega el recurrente de que “el Agente de Policía nº 115.846 manifiesta que lo único que escuchó fue a mi patrocinado refiriendo a la detenida que mantuviera la calma y se tranquilizara” el tribunal de instancia, ratificado por el TSJ, ha dado mayor valor a la versión de la víctima que, al respecto, ha señalado que los hechos ocurrieron de la manera aceptada por el tribunal de instancia y validado por el TSJ, siendo creíble la versión ofrecida por la víctima y la circunstancia de que el TSJ admita la versión de la víctima y no admita la versión exculpatoria dada por el agente que comparece como testigo no supone, como se indica en el recurso, que se trata de un sistema inquisitorial, sino que supone la valoración que del conjunto de la prueba lleva a cabo el tribunal comparando la prueba de cargo de la acusación, en este caso la declaración de la víctima, con otras de descargo de la defensa.

Así, que el tribunal haya admitido como prueba de cargo la versión ofrecida por la víctima no supone alterar el derecho de la presunción de inocencia que tiene el acusado en el juicio oral.

El recurrente ofrece una versión exculpatoria de los hechos y postula que se le dé más importancia en sede casacional a la prueba de descargo que a la valoración efectuada, tanto por el tribunal como por el TSJ en la sentencia, lo cual no es posible, tal y como se ha expuesto anteriormente, que se ofrezca el recurso de casación en este motivo la vía de alterar la valoración de la prueba efectuada ya por dos tribunales, teniendo en cuenta la versión que ofrece la víctima que consideran absolutamente creíble en cuanto al desarrollo de los hechos, entendiéndose que la circunstancia de que el agente que

interviene como testigo no viera los hechos no quiere decir que estos no hubieran ocurrido, tal y como expone con gran precisión la víctima.

Así, la importancia en este caso es que el tribunal ha creído de forma firme y consistente lo que la víctima ha expuesto en razón a la concreción y claridad con que ha expresado el mensaje acerca de cómo ocurren los hechos, y que sin que exista razón alguna para entender que la víctima está faltando a la verdad respecto de los hechos ocurridos, ya que en modo alguno se ha detectado la existencia de razones objetivables que tiendan a evidenciar la existencia de razones concretas por las que la víctima tuvo que mentir en el acto del juicio oral.

La inmediación del Tribunal de instancia a la hora de que se practique la prueba y, en concreto, la declaración de la víctima es relevante y, sobre todo, las circunstancias objetivas que el tribunal refleja en la sentencia acerca de cómo ocurren los hechos, ya que en este tipo de casos puede que no exista una grabación de lo ocurrido, pero no por ello puede dudarse de que lo que la víctima señala sea cierto. Más aún, cuando el tribunal expresa de forma clara y concreta cómo ocurren los hechos en la realidad a raíz de la veracidad de la declaración de la víctima aceptada ya por dos tribunales.

Por ello, nos encontramos con que el tribunal ha expuesto debidamente por qué entiende creíble la declaración de la víctima.

Pues bien, al cuestionarse la declaración de la víctima que, sin embargo, lo llevó a cabo con absoluta convicción y que llevó a la condena del recurrente es preciso realizar algunas puntualizaciones con respecto a este punto:

1.- La declaración de la víctima no debe ser en sí misma sospechosa de falta de credibilidad.

La declaración de la víctima no debe ser en sí misma sospechosa de falta de credibilidad por la razón de que se alegue que quiera perjudicar de forma presunta a los acusados, precisamente por la condición de la víctima como tal frente a quienes son acusados como las personas que perpetraron el hecho delictivo contra la víctima.

Considerar que la víctima puede faltar a la verdad por la condición de ser víctima supondría establecer una presunción contra la misma de que por las razones de que sea el sujeto pasivo del delito vaya a faltar a la verdad con un ánimo tendencial de perjudicar, siempre y en cualquier caso, a la persona que ha sido el sujeto activo del delito. En este caso el tribunal ha evaluado la declaración que ha ofrecido la víctima siendo esta de forma consistente y reiterada en las fases procedimentales que ha tenido lugar.

2.- La víctima declara en el juicio oral como sujeto pasivo del delito, más que como un mero testigo visual. Es la víctima, no solo un testigo ajeno a los hechos.

También hay que tener en cuenta que las víctimas declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos pero que no son las víctimas directas del delito.

Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito.

No puede hablarse de una "superioridad" procesal como medio probatorio de convencimiento técnico al juez o tribunal por el hecho de ser la víctima. En cualquier caso, la víctima aparece en el proceso penal en su condición de testigo, ya que es el medio de prueba que, como tal, se configura en el derecho procesal penal. De todas maneras, conlleva una serie de características, o circunstancias, que hacen que esta declaración sea distintiva al testigo que ha visto los hechos desde el punto de vista ad extra y no desde el punto de vista ad intra en la condición de víctima del delito.

Resulta evidente que la víctima del delito percibe los hechos ad intra, o sea desde su posición de sujeto pasivo del delito, mientras que los testigos que presencian un delito lo hacen desde el punto de vista ad extra, es decir desde el exterior. Ello determina, de todas maneras, que la declaración de la

víctima incidirá en la percepción del juez o Tribunal acerca de su convencimiento sobre si los hechos han ocurrido tal cual cuenta la misma, en orden a mantenerse los criterios jurisprudenciales en torno al valor que se da a la declaración de la víctima con respecto a cómo declara, su persistencia en la declaración y la capacidad de llevar ese convencimiento al juez o Tribunal. Pero técnicamente no tiene una posición privilegiada superior con respecto a otro testigo, sino que la capacidad suya en el juicio oral se desenvuelve más en esa posibilidad de convencer al juez o Tribunal, porque no solamente ha visto el hecho ad extra, sino que lo ha percibido ad intra, es decir desde la posición que ha sufrido el delito y no solamente que lo ha visto desde fuera.

Por ello, no existe una posición de convencimiento absoluto seguro, o prueba de carácter tasado, por tratarse de la víctima del delito, sino que se enmarca en su condición procesal de testigo, y lo que se verifica es una capacidad de convencimiento mayor que el testigo que ha visto el hecho, precisamente, porque la víctima es quien lo ha sufrido. No se trata pues de un mayor rango en cuanto al carácter del testigo, sino de una mayor capacidad de convencimiento por una visualización desde el punto de vista del sufrimiento del delito y no tan solo desde su percepción exterior que tiene el testigo visual.

Indudablemente, es evidente que tanto la víctima del delito como el testigo exterior pueden mentir y faltar a la verdad en la narración de los hechos, pero eso será competencia del juez o Tribunal a la hora de llevar a cabo su actividad judicial de valorar la prueba en el juicio oral y poder entender si es creíble la declaración de la víctima, al igual que puede serlo la del testigo exterior que lo ha visto desde fuera.

3.- Criterios y puntos de referencia como parámetros para valorar la declaración de la víctima.

1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.

2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.

3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.

4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el

punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.

5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.

6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.

7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.

8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.

9.- La declaración no debe ser fragmentada.

10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.

11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

4.- La víctima tiene derecho a tener miedo en el proceso penal.

Ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.”

5.- Las dificultades de los delitos sexuales para encontrar más pruebas que la declaración de la víctima.

Reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia 1367/2011 de 20 Dic. 2011, Rec. 11088/2011 que “no ignorándose la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (STS de 12-2-2004, nº 173/2004), es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003; SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras), siempre que concurren ciertos requisitos -constitutivos de meros criterios y no reglas de valoración- como:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza.

b) Verosimilitud que se da cuando las corroboraciones periféricas abonan por la realidad del hecho.

c) Persistencia y firmeza del testimonio.

Como recuerda la STS nº 1033/2009, de 20 de octubre, junto con la reiteración de esa posibilidad que ofrece la declaración de la víctima para ejercer como prueba de cargo sustancial y preferente, hemos venido reforzando los anteriores requisitos, añadiendo además la ineludible concurrencia de algún dato, ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones, que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de quien se presenta como víctima del delito”.

El problema es que “ese dato” podría no existir, y no por ello debe decaer la credibilidad si hay ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia y firmeza en lo que ha declarado.

La inexistencia de los datos objetivos no hace decaer la credibilidad de la declaración de la víctima.

Es preciso valorar cada caso y cada supuesto concreto para comprobar si puede exigirse esa prueba de corroboración de datos periféricos. Así lo señala el Tribunal Supremo en Sentencia 725/2007 de 13 Sep. 2007, Rec. 11338/2006, para apuntar que: “En cualquier caso, la inexistencia de estos datos no puede ser interpretada como una circunstancia de incredibilidad objetiva de las manifestaciones de la víctima en torno al maltrato y a las agresiones sexuales de las que fue objeto”.

Las corroboraciones objetivas de la declaración de la víctima en supuestos en los que estas son posible deben exigirse como pruebas de cargo, por lo que su no aportación irá a favor de la presunción de inocencia por falta de la “suficiente prueba” para condenar, y su ausencia debería llevar a la absolución. Pero debe entenderse que esto lo es analizando cada supuesto concreto, ya que, como mantenemos, habrá casos en los que esta prueba no pueda exigirse porque no exista al tratarse de casos ocurridos en la intimidad.

6.- El hecho de que la víctima declare como testigo de cargo no supone que tenga animadversión al acusado y exista la presunción de que va a mentir.

No puede admitirse una especie de “presunción de animadversión” al acusado por la víctima, ya que haberlo sido no puede suponer que altera la verdad en esencia para conseguir una condena alterando los hechos que han ocurrido. No existe, por ello, una presunción de que la víctima miente por haber sido víctima.

7.- El retraso en denunciar la víctima no supone merma en su credibilidad.

El solo dato aislado del retraso en la denuncia no altera ni destruye su credibilidad, sobre todo en delitos tan personales en su afectación como víctima como los que afectan a la propia víctima en su intimidad o libertad sexual.

Por todo ello, debe entenderse que el tribunal de instancia ha valorado de forma correcta las pruebas concurrentes, admitiendo la contundencia de la versión dada por la víctima junto con el resto de pruebas, todo lo cual ha sido analizado por el TSJ validando el proceso de valoración de la prueba del tribunal de instancia.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- INFRACCIÓN DE LEY al amparo del art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 181 del Código Penal.

Alega el recurrente que es patente la atipicidad de los hechos, toda vez que el único contacto corporal acreditado es un beso en la mejilla que el recurrente dio a la detenida, que difícilmente puede constituir un acto material de contenido sexual.

Se le ha condenado por lo dispuesto en el art. 181.1 CP al momento de los hechos, a tenor del cual *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.*

Recordemos que el actual art. 178.1 CP señala que *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. 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.*

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que

el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del *factum*. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

En el presente caso hay que referir que lo pedido en el recurso de apelación por error iuris lo fue la aplicación de la agravante de superioridad y postular pena de multa pero no la de prisión. Por ello, no cabe “*per saltum*” acudir ahora a la vía de formular ex art. 849.1 LECRIM el error iuris del proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena.

Así, si el recurso de casación se interpone contra la sentencia en apelación la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el tribunal no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones «*per saltum*», que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección.

En cualquier caso, el proceso de subsunción de los hechos probados es correcto, por cuanto hemos visto que estos recogen que:

Durante el tiempo en que el acusado estuvo a solas con la detenida en la zona de calabozos, además de lisonjearla con expresiones de que era una buena tarde porque había estado con una chica tan bonita, y otras de semejante naturaleza, llegó en un momento a ponerse en pie, y con las manos en las caderas, y haciendo un ligero balanceo, comenzó a mirarse directamente sus genitales y a resoplar para que la detenida se fijara en él, y en el estado de excitación en que se encontraba.

9.- En uno de los mensajes escritos que entregó a la Sra. L. durante esa tarde le pidió permiso para poder abrazarla, a lo que ella contestó que no con gestos, lo que no evitó que se acercase y le diese un beso en la mejilla e intentara darle otro beso en los labios que D.^a L. evitó volviendo la cara.

10.- El acusado pidió en diversas ocasiones perdón a D.^a L. por su comportamiento, y cuando ésta fue avisada para pasar a disposición judicial le facilitó su número de teléfono en un trozo de papel para que lo llamase comprometiéndose a proporcionarle un abogado si no contaba lo ocurrido.

El TSJ alude, cuando se cuestionó en el recurso la pena de prisión que *“Los hechos no carecen de gravedad, tal y como de manera contundente se razona en la sentencia apelada, al aludir a las circunstancias en que se produjeron los hechos, por tratarse de un abuso sexual contra una mujer detenida por parte del funcionario policial que la custodiaba”*

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

Está probado que existió un contacto físico de contenido sexual del recurrente con la denunciante como es un beso no consentido por ésta. Ello ocurrió, como señala el Fiscal de la Sala, tras haber intentado el recurrente ganar la confianza de la denunciante y buscar cierta intimidad, halagando su físico, preocupándose por su estado, situación y por cuestiones de su vida personal, e incluso dando pasos previos en el acercamiento, preguntándole por mensaje escrito si podría abrazarla, lo que la denunciante negó, y, pese a ello, el recurrente llegó a besarla en la mejilla y lo intentó en los labios, aunque no lo consiguió.

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 inconscientemente 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 inconscientemente 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 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 seria, 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.

Acerca de si concurrió el consentimiento “atendidas las circunstancias del caso” hay que apelar a las declaraciones de las partes. Por ello, sobre la declaración de la víctima y del acusado debemos recordar las sentencias del Tribunal Supremo relevantes acerca de los criterios a tener en cuenta:

1.- En caso de llegar a enjuiciamiento quedará en el ámbito de la prueba del plenario con las declaraciones de víctima y acusado y los criterios de la

Jurisprudencia en torno a ambas declaraciones, aunque partiendo siempre de la presunción de inocencia, pero manteniendo que la sola declaración de la víctima es prueba bastante (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 422/2021 de 19 May. 2021, Rec. 10753/2020 (Validez declaración víctima)).

2.- La valoración de la declaración de la víctima y 17 criterios para esta valoración aplicables. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018).

3.- Necesidad de que cuando se trata de resoluciones judiciales basadas casi exclusivamente en la declaración de la víctima hay que redoblar la exigencia de la motivación acerca de las razones por las que el tribunal llega a la inferencia de que el consentimiento no existió “atendidas las circunstancias del caso”. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 68/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 10588/2019).

Sobre la expresión “las circunstancias del caso” ha reflejado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2023 de 20 Ene. 2023, Rec. 631/2021 que:

“Históricamente nuestra legislación penal no contó con una definición legal de consentimiento que se acuñara junto a la descripción de los tipos penales, lo cual no significa que, desde siempre, la jurisprudencia no entendiera que era sustancial, como un elemento, en este caso negativo del tipo, que el agente actuara sin consentimiento de la persona agredida sexualmente, o bien bajo un consentimiento viciado por las circunstancias concurrentes derivadas de la posición del autor del hecho...

...Pero dicho esto, siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual.

La fórmula que utiliza el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento.

Como es de ver, dicha fórmula descansa en actos: "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".

Por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero han de ser tomados como explícitos.

De modo que el consentimiento ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención "la voluntad de la persona", pudiera servir a dichos efectos.

Siempre se partió -y ahora también- de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae "en atención a las circunstancias del caso", la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que "expresen de manera clara la voluntad de la persona".

En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo. En efecto, la definición del art. 178 del Código Penal se ajusta a este canon: "cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento".

Al mismo tiempo, el alcance de lo que se entenderá por la concurrencia de "las circunstancias del caso" se obtendrá por la inferencia del juez o tribunal acerca de si estas circunstancias llevaron a entender que el consentimiento libre existió.

Sobre el consentimiento expreso de la víctima en delitos sexuales ya ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo con detalle en la Sentencia 145/2020 de 14 May. 2020:

"1.- La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener

relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.

2.- Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.

3.- Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última".

Pues bien, la percepción por parte del juez o tribunal acerca de si de las circunstancias del caso se pueda obtener la conclusión o convicción de que existió el consentimiento, o no, se puede obtener por medio de la inferencia.

La inferencia del juez o tribunal para interpretar "las circunstancias del caso" y las "máximas de experiencia".

Para llegar a evaluar y valorar las "circunstancias del caso" es preciso apelar al juicio de inferencia por parte del juez o tribunal. Puede, así, entenderse por inferencia el proceso intelectual realizado por el juez o tribunal acerca del análisis intelectual que lleva a cabo el juez tras la práctica de la prueba en el juicio oral y el análisis acerca de si las circunstancias concurrentes en el caso concreto y las pruebas que se han practicado le llevan a una conclusión concreta, o a otra totalmente opuesta, lo que en el caso que nos ocupa nos situaría en aceptar que hubo consentimiento por parte de la mujer o que por el contrario no lo hubo, y concurriría, en consecuencia, un delito de agresión sexual.

Suele, así, significarse que la inferencia es el proceso por el cual se derivan conclusiones a partir de premisas o hipótesis iniciales, y cuando una conclusión se sigue de sus premisas o hipótesis de partida, por medio de deducciones lógicas válidas, se dice que las premisas implican la conclusión, que será aquella a la que llega el juez o tribunal analizando los actos y las circunstancias del caso para, de ahí, deducir si, en efecto, existió con claridad

la voluntad de la persona de acceder a tener una relación sexual, y a esa en concreto, no otra, a cuyo consentimiento se dirigió la aceptación del acto.

Respecto al acierto del proceso intelectual de la inferencia señalar que cuando una inferencia es aceptable, lo es por su estructura lógica, pero para ello es preciso motivar la inferencia en la sentencia para otorgar la debida tutela judicial efectiva acerca de por qué se entendió que la inferencia deductiva del tribunal tras la prueba practicada llevó a esa conclusión y no a otra, y que en el caso de la enervación de la presunción de inocencia por decantarse el tribunal por la declaración de la víctima que expresó que el consentimiento no existió. Pero, además, que a la misma conclusión llega el tribunal “atendidas las circunstancias del caso” y que se obtiene por las declaraciones de ambas, pero prevaleciendo en este caso la declaración convincente de la víctima, que, al dar su versión y la concurrencia de “las circunstancias del caso”, llevan al juez o tribunal a la inferencia de que el consentimiento no existió.

Ahora bien, en estos casos hay que recordar con la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020, de 24 de febrero, Rec. 10588/2019 que existe la exigencia de redoblar la motivación de la sentencia cuando concurren solo declaración de la víctima versus declaración del acusado y se decanta el juez o tribunal por la versión de la víctima acerca de que no existió consentimiento, señalando que: *“La palabra de un testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe.*

En los casos de “declaración contra declaración” (normalmente no aparecen esos supuestos de esa forma pura y desnuda, despojada de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien o quienes proclaman su inocencia. Cuando una condena se basa en lo esencial en una única declaración testimonial ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica de forma que se muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio.”

Hay que entender que el concepto de la inferencia procede de la lógica formal, donde con este nombre se designa un proceso de razonamiento deductivo, de modo que partiendo de unas premisas se llega a una conclusión que se sigue lógicamente de esas premisas. Por ello, todo ello deberá expresarse en la sentencia con la debida motivación que es la instrumentalización para plasmar y fijar en la sentencia el proceso de inferencia reflejado en la misma y obtenida de las premisas que llevan a una conclusión interpretativa que en este caso se reduce a entender si existió, o no, consentimiento.

La doctrina jurisprudencial ha exigido que la plasmación de la inferencia sea racional y lógica, ya que si no lo es se tratará de un problema de la explicación razonable acerca de por qué se llega a esa conclusión.

Para construir adecuadamente el juicio de inferencia es preciso expresar un enlace lógico y racional; es decir, si existe el juicio lógico valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia que en este caso será la concurrencia del consentimiento.

Lo que será revisable, pues, es si ese proceso de inferencia está correctamente analizado y plasmado en la sentencia con un enlace preciso y lógico atendidas las máximas de experiencia, pudiéndose llegar a su revisión por la irracionalidad o por la falta de lógica conclusiva.

Hay que añadir, también, que, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo 532/2019 de 4 de Noviembre “la conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada.”

Y en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 196/2023 de 21 Mar. 2023, Rec. 1147/2021 se añade que: “Está también fuera de duda que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el nuestro; el juicio de inferencia sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (STS 70/2011, de 9 de febrero).

En palabras de la STS 712/2015, de 20 de noviembre cuando dice (FJ 1º):

"No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquélla y la regularidad de la prueba utilizada".

Con ello, no puede realizarse un proceso de "sustitución" de una valoración probatoria por otra, ya que ello atenta al principio de inmediación, sino el análisis lo es del proceso de análisis de la racionalidad, lógica y corrección constructiva en la motivación reflejada en la sentencia acerca de la prueba que se analizó y valoró en la sentencia. El juicio de inferencia no supone, pues, cuando se recurre la sentencia un proceso de "sustitución valorativa" de las pruebas, sino de análisis de la plasmación de las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

Sería revisable el juicio de inferencia efectuado por el Tribunal de instancia si albergara conclusiones excesivamente abiertas y descansando sobre lacónicas referencias, y, por ello, fuera excesivamente abierto, insuficiente, para que pudiera desvirtuarse sobre su base el derecho constitucional a la presunción de inocencia del acusado.

El consentimiento para evaluar si concurrió en delitos sexuales

No se trata ya en la actualidad de evaluar si existió "oposición de la víctima" al acto sexual. Ello se refiere ya a una jurisprudencia antigua en donde se evaluaba si la víctima se opuso al acto sexual. En la actual es radicalmente distinto, ya que más que oposición al acto sexual que trasladaba la prueba a la acusación de que la víctima "se opuso" a mantener relaciones sexuales", la clave está, al revés, en si hubo consentimiento.

La STS nº 344/2019, de 4 julio de 2019, insiste en delimitar el concepto de intimidación ambiental: "La intimidación hizo que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento."

La intimidación viene a "disfrazar" el consentimiento y hacerlo aparecer coactivamente, con lo cual es ineficaz e inexistente.

Y con respecto al consentimiento hay que recordar, siguiendo la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo 10/2023 de 19 Ene. 2023, Rec. 10196/2022 que:

“Con relación a los actos sexuales realizados por una persona hay que fijar varios matices:

- 1.- La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar.
- 2.- O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros.
- 3.- La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente.
- 4.- Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros.
- 5.- No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser "renovado" atendidas las circunstancias del caso.
- 6.- No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso.”

Y a estos criterios se añaden los siguientes en la antes citada sentencia del Tribunal Supremo 10/2023 de 19 Ene. 2023, Rec. 10196/2022:

“Las claves respecto al consentimiento en los actos de contenido sexual son las siguientes:

- 1.- No existen, en modo alguno, prórrogas de consentimientos puntuales con una persona a instancia de quienes realizan actos sexuales con una mujer pretendiendo que si ésta ha realizado un acto consentido previamente con otra persona exista una prórroga del consentimiento presunto con otros.
- 2.- La mujer tiene derecho a realizar antes una relación sexual con una persona y negarla más tarde con otra. Pretender lo contrario supondría culpabilizar a la víctima, e imponerle una especie de "servidumbre sexual" por la circunstancia de que antes haya tenido una relación sexual. La mujer decide con quien quiere tener relaciones sexuales, y éstas no se le pueden imponer.
- 3.- Ello sería atentar contra la libertad sexual de las mujeres y trasladar la creencia del consentimiento al hombre cuando las circunstancias del caso no

determinan con claridad y concreción que el consentimiento existe claramente en la voluntad de la mujer.

4.- El consentimiento no se puede prorrogar a instancia y voluntad exclusiva del hombre aunque ella haya llevado antes contacto sexual con el mismo u otros hombres.

5.- Resulta absolutamente inadmisibles que el consentimiento al que se refiere la redacción del artículo 178 apartado primero del código penal, tras la LO 10/2022, de 6 de Septiembre, y anteriormente a esta reforma, se pueda concebir desde la creencia punto de vista subjetivo del autor, y no desde la voluntad decisoria de la mujer.

6.- La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso. Pero en el presente caso las circunstancias fueron contrarias a que existía consentimiento, sino todo lo contrario.

7.- El criterio mantenido por los recurrentes supondría trasladar la existencia del consentimiento a la creencia del autor que tiene el acceso sexual de que la mujer consiente, cuando no existen aspectos externos en la misma para trasladar de forma clara la fehaciencia del consentimiento a la realización de actos sexuales.

8.- El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales.

9.- Incluso hay que hacer constar que el hecho de que la víctima tuviera en momentos precedentes una relación sexual con otra persona en modo alguno determina una especie de presunción de prolongación o extensión del consentimiento con otros autores, lo cual es absolutamente rechazable,

porque el consentimiento de la víctima es único y con respecto a un momento en concreto, así como con relación a una persona, y sin posibilidad de una extensión a otras en base a la libertad sexual de la mujer de consentir la realización de actos sexuales con una persona y negarlos con otra.

10.- La queja que en este sentido muestran los recurrentes es absolutamente rechazable por no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona.

11.- No existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de "cheque en blanco" para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual."

Se deben concluir, por todo ello, una serie de reglas que pueden operar a modo de decálogo, a saber:

- 1.- La existencia del consentimiento para realizar el concreto sexual que finalmente se ejecutó debe ser claro y concluyente y haberse manifestado de forma libre.
- 2.- La conclusión de que existió el consentimiento se obtiene de la prueba practicada y se obtiene por la inferencia del juez o tribunal.
- 3.- Para poder concluir que hubo consentimiento para realizar ese acto sexual debe atenderse a las "circunstancias del caso". Debe entenderse por estas 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.
- 4.- El razonamiento acerca de que existió consentimiento debe atender a las reglas de la lógica y debe ser razonable explicado en la sentencia con la suficiente y adecuada motivación basado en el juicio de inferencia y en las máximas de experiencia.

- 5.- No cabe apelar a la tesis del error sobre que había consentimiento.
- 6.- No cabe apelar a una noción subjetiva de que existe el consentimiento entendido por el que luego es acusado de agresión sexual.
- 7.- El consentimiento debe ser claro y concluyente perceptible claramente por los sentidos y no unilateral, sino bilateral.
- 8.- El legislador ha optado por un consentimiento que pueda ser expreso o tácito; de ahí que haya incluido la referencia a la expresión “Las circunstancias del caso”.
- 9.- 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.
- 10.- El consentimiento es bilateral, no unilateral, y en la dirección del acto sexual pactado, no a cualquier otro. El consentimiento lo es para un acto sexual concreto.

En el presente caso es incuestionable que no hubo consentimiento para que el recurrente pudiera acercarse y darle un “beso robado” a la víctima que estaba detenida, por lo que lo que ocurrió es que, lejos del consentimiento, existió clara oposición, pero en estos casos ni tan siquiera hace falta una oposición o negativa de la víctima, ya que ello no es factor a tener en cuenta, por cuanto en los casos de “besos robados” y atendiendo a las circunstancias del caso que pudieran evidenciar el consentimiento de la mujer a aceptar el beso se estaría cometiendo la agresión sexual actual, antiguos abusos sexuales, siendo, por ello, típica y punible esta conducta. Y en el caso concreto un agente policial en modo alguno puede acercarse a una detenida y darle un beso aprovechando su situación y la especial vulnerabilidad en la que se encuentra.

Sobre esta cuestión debemos traer a colación, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 175/2022 de 24 Feb.

2022, Rec. 896/2021, que señala que, “Como afirmábamos en nuestra STS 79/2022, de 27 de enero, el significado sexual de un determinado tocamiento o acto sobre el cuerpo de otra persona se nutre, sobre todo, de valoraciones socio-culturales que permitan identificar que las zonas del cuerpo en las que se proyecta corresponden con las que, en términos intersubjetivamente compartidos, las personas viven su sexualidad o se interrelacionan con otros sexualmente. Vínculo entre cuerpo y sexualidad que posibilita reconstruir el ánimo atentatorio de la indemnidad sexual que mueve a quien lo realiza.”

En este contexto resulta evidente que el contacto fugaz de un beso no consentido supone una invasión corporal del autor sobre la víctima que no está obligada a admitir actos sobre su cuerpo de contenido sexual como puede ser un beso inconsciente en su cara, y, atendiendo a la realidad social, es indudable la connotación sexual de ese tipo de actos no consentidos, aunque sea fugaz, como puede ser un beso cuando no concorra el consentimiento ex art. 178 CP.

El motivo se desestima.

CUARTO.- - Aplicación de la LO 10/2022.

Solicita el recurrente que, en caso de condena “se imponga la pena de multa de 18 meses, mínimo legal al ser delincuente primario y atendiendo, nuevamente, a la escasa significación de lo sucedido.” Se interesa, así, que se aplique el subtipo atenuado del art. 178.4 CP que lleva la pena a la 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.*

Debe descartarse la absolución que postula, dado que este tema ya ha sido analizado en esta sentencia confirmando la tipicidad del hecho probado.

Hay que recordar el recurrente fue condenado como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual previsto y penado en el art. 181 punto 1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad (error corregido en la alzada, sustituida por prevalimiento de cargo público) del art. 22.7ª y la atenuante de embriaguez del art. 21.7ª en relación con el art. 21.1ª y 20.2ª, todos del Código Penal, imponiéndole las penas de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN con la accesoria de

inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, libertad vigilada y costas.

No cabe esta aminoración en sede casacional de la pena aplicando ahora un subtipo atenuado, cuando en la sentencia de la AP se destacó que «Nos decantamos por una pena de prisión y no por la de multa (que de forma subsidiaria la defensa solicita) por estimar que aunque la intensidad de acto atentatorio contra la libertad sexual fue de menor intensidad, las circunstancias en que ocurrieron los hechos la hicieron especialmente afrentosas para la perjudicada por la situación de indefensión en la que se encontraba y el temor que le generó por lo que podría suceder viniendo de quien venía, lo que merece un mayor reproche penal».

Y, además, en la sentencia del TSJ se valida esta apreciación por cuanto se apunta que «...los hechos no carecen de gravedad, tal y como de manera contundente se razona en la sentencia apelada, al aludir a las circunstancias en que se produjeron los hechos, por tratarse de un abuso sexual contra una mujer detenida por parte del funcionario policial que la custodiaba. La Sala comparte sin titubeos este criterio de la sentencia, y añade que la circunstancia atenuante apreciada de oficio, que permitió la imposición de la pena en su mitad inferior pese a la especial intensidad agravatoria del prevalimiento, no resta un ápice de reprochabilidad a los efectos de optar por prisión o multa, al tratarse de embriaguez de un funcionario policial en servicio».

No puede, pues, aplicarse un subtipo atenuado que no fue reconocido ni admitido, dadas las circunstancias en que se desarrollan los hechos con un agente policial de servicio que realiza a la detenida aprovechando la custodia policial los actos que se consideran probados. No cabe aplicar en este caso de “menor gravedad del hecho” no reconocida en modo alguno ni por la AP ni por el TSJ.

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

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Noé Álvarez Moreno**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 24 de marzo de 2022, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de indicado acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, de fecha 30 de junio de 2021, que le condenó por delito de abuso sexual. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián