

[Escriba aquí]



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

www.ajfv.es

ISSN: 2605-2773

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 27. MES OCTUBRE 2018

01

**UN ÚNICO TOCAMIENTO
LIBIDINOSO NO CONSENTIDO
PUEDE BASTAR PARA COMETER
UN DELITO DE ABUSO SEXUAL.**

Comentario a la STS 396/2018, de 26
de julio.

Dr. Luis Cáceres Díaz.
Magistrado

02

**LA AGRAVACIÓN POR
MULTIRREINCIDENCIA EN LOS
DELITOS DE HURTO Y ESTAFA.**

Comentario a la STS 176/2018 de 12 de
abril.

Daphne Calamita Yáñez.
Magistrada

01

UN ÚNICO TOCAMIENTO LIBIDINOSO NO CONSENTIDO PUEDE BASTAR PARA COMETER UN DELITO DE ABUSO SEXUAL.**Comentario a la STS 396/2018, de 26 de julio¹.****Dr. Luis Cáceres Díaz**

Magistrado.

Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz

RESUMEN: *El TS cambia su jurisprudencia y establece que un único tocamiento libidinoso no consentido puede ser constitutivo de un abuso sexual del artículo 181 del Código penal. La jurisprudencia anterior consideraba que ante la gravedad de la pena -hasta tres años de prisión- no se entendía cometido este delito en los tocamientos leves, fugaces o de escasa entidad; se calificaban como falta de vejaciones y desde su despenalización como delito leve de coacciones.*

VOCES: Abuso sexual. Artículo 181 CP. Tocamientos libidinosos de escasa entidad. Vejaciones leves. Coacciones. Proporcionalidad.

COMENTARIO

Como hecho probado se fijó en sentencia del Juzgado de lo penal que el acusado “rozó momentáneamente en la zona del pecho y de la cintura” a la denunciante. Se dictó sentencia absolutoria, que fue confirmada en apelación. El TS no modifica el fallo condenatorio, desestimándose el recurso de casación interpuesto.

No obstante, el TS recoge con claridad que no estima el recurso porque no puede modificar los hechos probados². En los hechos probados se recoge el leve tocamiento, pero no se hace alusión a su carácter de contenido sexual o libidinoso, por lo que el TS no puede dictar un fallo condenatorio ante dicho relato fáctico:

¹ Roj: STS 3104/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3104

² Se recoge en la propia STS que comentamos: “Recuerdan las SSTs 892/2016, 25 de noviembre, 421/2016, 18 de mayo, 22/2016, 27 de enero, 146/2014, 14 de febrero, 122/2014, 24 de febrero, 1014/2013, 12 de diciembre, 517/2013, 17 de junio, 400/2013, 16 de mayo, etc. (con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras), que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas. Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico”.

“En el marco expuesto, que impone la absoluta necesidad de respetar el hecho probado, que ha de mantenerse incólume, como presupuesto indispensable para la revocación en esta instancia de un pronunciamiento absolutorio, el recurso, como hemos adelantado, debe ser desestimado, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida.”

Sin embargo, lo relevante es que el TS fija la doctrina de que dicho tocamiento leve en sí mismo tendría entidad suficiente para estimar el hecho como constitutivo de un delito de abuso sexual.

Se produce un cambio notable de la jurisprudencia.

1. Jurisprudencia anterior: actos de contenido libidinoso pero de escasa entidad objetiva no constituían delito de abuso sexual.

En relación a los tocamientos libidinosos “fugaces” o de escasa entidad, la jurisprudencia para su valoración partía de la pena fijada en el artículo 181 del Código penal³, de hasta tres años de prisión:

STS 19/12/2016:

“la jurisprudencia, en ocasiones ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, de modo que debía atenderse a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes (cifr. STS 832/2007, de 5 de octubre).”

En supuestos de tocamientos de menor entidad tanto por su carácter fugaz como por el lugar del cuerpo sobre el que recaen, debían ser objeto de ponderación para determinar si tenían entidad suficiente para considerar cometido el delito de abuso sexual, o bien podían ser objeto de otra infracción ⁴.

³El artículo 181.1 del Código penal determina que comete abuso sexual “el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona”. El apartado segundo del artículo 181 indica que “se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo -vid. SSTS 6/3/2006 y 18/12/2007-establece como elementos del tipo penal un elemento objetivo -un tocamiento impúdico o contacto corporal- y un elemento subjetivo -el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual-. Tal tipo de conductas ha de realizarse sin violencia ni intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima.

⁴ En este sentido, en la STS 14/9/2016 resumía la siguiente doctrina jurisprudencial: “Existen en nuestra jurisprudencia precedentes donde se ha aplicado la falta de vejaciones leves a determinados hechos considerados de menor entidad. Así en la STS 691/2015, donde se estimó el recurso del Ministerio Fiscal y se condenó al acusado como autor por una falta de vejación injusta de carácter leve, se trataba del caso en que la víctima “estaba subiendo las escaleras de acceso al inmueble... (y el acusado) con ánimo lúbrico le tocó el trasero por detrás en la zona próxima a la entrepierna, girándose (la ofendida) inmediatamente e intentando darle una patada, abandonando a la carrera el acusado el lugar”, razonando el Tribunal

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial, los tocamientos de carácter libidinoso de mínima entidad atendiendo a aspectos como “su carácter fugaz”, “los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes”, “actos sorprendidos sin violencia” y de mínima entidad objetiva, a la vista de la pena asignada -de uno a tres años de prisión-, no tenían entidad suficiente para entender cometido el delito de abuso sexual, debiendo castigarse como una falta de vejaciones y desde su despenalización como un delito leve de coacciones del artículo 172.3 del Código penal.

2. Nueva doctrina jurisprudencial: un tocamiento leve o fugaz puede ser calificado como abuso sexual.

El TS proclama con rotundidad que en los casos de tocamientos de escasa entidad no pueden ser calificados como vejación o injurias leves -conductas despenalizadas- ni tampoco coacciones leves, cambiando la línea jurisprudencial hasta la fecha.

Se fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

“Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena. Cabe destacar en este sentido que el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses.”

Por tanto, cualquier contacto sexual no consentido y realizado con ánimo lúbrico ha de ser calificado como un delito de abuso sexual.

Aunque la fundamentación jurídica del TS es bastante parca a la hora de explicar el cambio jurisprudencial, son especialmente relevantes las indicaciones siguientes:

“sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena”

“el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses”

Supremo que los hechos se desarrollaron "de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia y aunque concurre ciertamente el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, lo que debe llevar a su consideración como una falta de vejación injusta de carácter leve que hoy constituiría el delito de coacciones leves previsto en el mencionado artículo 172.3 CP... pues ya hemos señalado que las vejaciones que consisten en acciones ofensivas sobre la víctima, como la presente, comportan también un contenido coactivo".

Recordemos que conforme a la jurisprudencia anterior, no se calificaban como abuso sexual los tocamientos de escasa entidad, ya que a la vista de la pena de hasta tres años de prisión, se consideraba contrario al principio de proporcionalidad.

Ahora el TS recuerda que el abuso sexual lleva aparejado alternativamente pena de prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses. A la vista de que cabe pena de multa, los casos menos graves pueden ser castigados con multa, por lo que se estima que castigar tocamientos leves como abuso sexual no atenta contra el principio de proporcionalidad, siempre que tengan un reflejo en una menor penalidad que la ley permite.

El cambio jurisprudencial respecto a los tocamientos no consentidos de carácter sexual de escasa intensidad lo podemos resumir en el sentido siguiente:

- La anterior jurisprudencia consideraba que no podían ser calificados como abuso sexual al llevar aparejada una pena de uno a tres años de prisión. Atentaría contra el principio de proporcionalidad.
- La nueva jurisprudencia considera que pueden ser calificados como abuso sexual al llevar aparejada la pena alternativa de 18 a 24 meses de multa. No atenta contra el principio de proporcionalidad.

Cabe a mi juicio plantear si dicho criterio puede dar lugar a condenas ante actos de muy leve entidad, que pudiera atentar contra el principio de intervención mínima.

También puede considerarse en sentido contrario que, aunque la interpretación jurisprudencial fijada puede parecer muy estricta, cumple la literalidad del tipo penal, por lo que caso de disconformidad, más que volver a la anterior jurisprudencia, se debería propugnar la introducción de algún precepto penal que contemplase estos supuestos mediante una penalidad atenuada.

LA AGRAVACIÓN POR MULTIRREINCIDENCIA EN LOS DELITOS DE HURTO Y ESTAFA.

Comentario a la STS 176/2018 de 12 de abril.

Daphne Calamita Yáñez.

Magistrada

Juzgado de Instrucción nº 3 de Fuenlabrada.

RESUMEN: *La Sentencia del Tribunal Supremo nº 176/2018, de 12 de abril de 2018, Ponente Ana María Ferrer García¹, analiza el delito de hurto agravado por multirreincidencia, recogiendo la doctrina fijada por el TS en pleno 481/2017 de 28 de junio sobre la aplicación del artículo 235.7 del Código Penal, que castiga con pena de prisión de uno a tres años cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que debieran serlo. La sentencia recoge la doctrina ya fijada en el pleno de 28 de junio de 2017, en el sentido de excluir la agravación cuando las condenas previas lo fueran por delitos leves, y no menos graves, de hurto además de entrar a analizar la figura del desistimiento voluntario. Se analiza asimismo la extensión, por otras sentencias del TS, de este criterio, también al delito de estafa.*

VOCES: Hurto. Estafa. Artículo 235.1.7º CP. Art. 250.1.8ª CP. Multirreincidencia. Hiperagravación. Proporcionalidad. Desistimiento.

COMENTARIO.

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 28 de Barcelona de fecha 11 de mayo de 2017 condenaba por un delito de hurto intentado agravado por antecedentes a la pena de 4 meses y 15 días de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena así como las costas. La Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en rollo apelación 161/17 sentencia nº 315/2017, de 30 de junio², desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia.

¹ (ROJ: STS 1388/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1388)

² (ROJ: SAP B 8131/2017 - ECLI:ES:APB:2017:8131)

Los hechos probados de la sentencia fijan “resulta acreditado que el acusado, José Pedro el día 12 de abril de 2016 sobre las 20.20 horas se encontraba en las inmediaciones de las Ramblas, con la intención de enriquecerse se puso de acuerdo con otra persona que le acompañaba, dirigiéndose este último contra Alberto, parado en un carrito de bebe en un lateral de la vía observando un escaparate, mientras José Pedro vigilaba el entorno y aquel sin que se diera cuenta Alberto tomó para sí la bolsa colocada sobre el carrito que contenía ropa de niño valorada en menos de cuatrocientos euros, volviendo casi de inmediato a dejar donde estaba al advertir la persona de una dotación policial que acto seguido le detuvo. José Pedro fue condenado por la comisión de tres delitos leves de hurto en sentencias de los Instrucciones 2,28 y 9 de Barcelona dictadas los días 23 octubre, 12 y 30 de noviembre de 2015, a penas de multa.”

En un primer punto la sentencia del Supremo analiza la posibilidad de impugnación por la función unificadora de doctrina, indicando que las sentencias dictadas en apelación por las Audiencia Provinciales y Sala Penal de Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por infracción de ley y deberán fundarse en la infracción de precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal, debiendo respetar los hechos probados, y tener interese casacional. El recurso plantea tres cuestiones y una de ellas es la indebida aplicación del artículo 235.7 CP, valorando la sentencia que si bien la cuestión se plantea por primera vez en casación, es jurisprudencia consolidada que, si bien no pueden formularse ex novo alegaciones no suscitadas con anterioridad, la doctrina jurisprudencial admite dos excepciones: que se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo, y que puedan ser apreciadas sin dificultar en el trámite casacional y que se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. La cuestión planteada tiene encaje en la primera excepción.

La sentencia condena en un supuesto donde el acusado se trata de apoderar de una ropa de valor inferior a 400 euros, por el artículo 235.7 CP, que ha sido interpretado por la STS pleno 481/2017, de 28 de junio (ponente, Sr. Jorge Barreiro)³, resumiendo la sentencia de abril de 2018 la anterior. Se explica que el artículo 234 admite tres modalidades de hurto:

Tipo básico de apartado uno cuando la cuantía de lo sustraído es superior a 400 euros.

Tipo atenuado o delito leve cuando no excede de dicha cantidad, en su apartado 2.

Tipo agravado regulado en el 234.3 cuando se hubiera neutralizado, eliminado o inutilizado los dispositivos de alarma o seguridad.

³ (ROJ: STS 2497/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2497)

Por otro lado se tipifican nueve modalidades de hurtos hiperagravados.

La sentencia de diciembre de 2017 indica que el hecho de que por tres condenas anteriores por delitos leve de hurto se pueda aplicar un tipo hiperagravado, resulta sustancialmente desproporcionado, y se transforma un tipo atenuado no en el básico, sino que se salta el escalón intermedio y se coloca en el hiperagravado. Por otro lado se indica que se utiliza la reincidencia como único soporte para configurar un tipo agravado. El tipo del apartado 7 no contempla hechos nuevos, sino que se estructura sobre la base de hechos anteriores ya penados. La sentencia indica que lo más controvertido es que se utilice la reincidencia como único soporte para configurar el tipo agravado, pues la esencia y núcleo del subtipo son los antecedentes penales relativos a hechos ya castigados. Se traslada el ámbito de la culpabilidad fuera del injusto concreto perpetrado por el autor y se retrotrae a conductas punibles anteriores, y se incrementa la pena del reincidente por razones relacionadas con su personalidad peligrosa más que por la reprochabilidad atribuible al grado de ilicitud de la conducta concreta. La sentencia recoge la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 150/1991 de 4 de julio)⁴, que indica que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la peligrosidad del reo, y no según la culpabilidad de éste.

Por otro lado se recoge como el TC establece que el juicio de la proporcionalidad de la pena es competencia del legislador en el ámbito de política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el Estado de Derecho el valor de justicia, el principio de culpabilidad y la dignidad de la persona humana. Se señala que los tribunales en el ejercicio de la labor interpretativa del precepto no puede entrañar que si la interpretación aboca al borde de los límites de la proporcionalidad punitiva, dejen de optar por una interpretación plausible que propicie el entendimiento dentro de la proporcionalidad. La opción de dicha interpretación es la que propugnan varias sentencias del TC, como 185/2014⁵ o 4/2015⁶.

El concepto de reincidencia del artículo 22.8 CP excluye el cómputo de los delitos leves, y si el legislador parte del principio de la escasa entidad de estos delitos para incrementar la condena en el resto de los delitos, no parece coherente se utilice para exasperar la pena de un delito leve hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado. Por otro lado se indica cómo el 66.1. 5 prevé una agravante de multirreincidencia de forma genérica cuya aplicación se excluye también de los delitos leves.

La sentencia indica que para interpretar el 234 y 235 de forma que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el de reincidencia y se respete el principio de proporcionalidad de la pena ha

⁴ (ROJ: STC 150/1991 - ECLI:ES:TC:1991:150)

⁵ (ROJ: STC 185/2014 - ECLI:ES:TC:2014:185)

⁶ (ROJ: STC 4/2015 - ECLI:ES:TC:2015:4)

de entenderse que se refiere a tres condenas anteriores por delitos graves o menos graves.

Una interpretación literal llevaría a exorbitadas consecuencias punitivas en otros delitos contra el patrimonio. Por ejemplo, para el delito leve de estafa, si concurren tres condenas previas por delitos leves de estafa, la pena máxima de tres meses de multa podría convertirse siguiendo la opción hermenéutica en caso de un cuarto delito leve en una pena con un techo de hasta 6 años de prisión, además de multa hasta doce.

Se concluye así que, dentro del marco punitivo que permite el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción y principios constitucionales, han de guiar el significado de los preceptos penales. Así debe darse una interpretación restrictiva acorde con el concepto legal de reincidencia y con las consecuencias punitivas que conlleva la multirreincidencia en tanto no se diga de forma específica y expresa en la norma, no pudiendo regir los antecedentes penales por delitos leves.

Debe extraerse por tanto la misma interpretación en los delitos de estafa y aplicación del 250.8 Cp en cuanto castiga con pena de prisión de uno a seis años y multa cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en ese Capítulo. No puede por tanto aplicarse a los supuestos de condenas previas por delitos leves de estafa. Así lo vino ya a entender la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén en auto nº 815/2017, de 22 de diciembre de 2017 ⁷ o la Audiencia de Burgos en sentencia nº 30020/17 de su Sección 1ª, de 20 de septiembre de 2017 ⁸ y auto nº 467/2017 de su sección 1ª de 19 de Julio de 2017⁹. En esta última resolución fechada en julio de 2017, coetánea a la primera dictada por el TS, la Audiencia de Burgos entendía ya que no es aplicable al delito de estafa y señalaba no “recogiéndose en la exposición de motivos el delito de estafa debemos estar a la literalidad de la Norma Jurídica para su interpretación evitando hacerlo in malam partem, o extensiva, por lo cual si el Legislador no estableció similar precepto para el tipo penal de estafa, la aplicación de la agravación por la reiteración delictiva, trasformando un delito leve en uno previsto en el artículo 250.8 del Código Penal , resulta contrario a la Norma Jurídica, y en consecuencia procederá la estimación del recurso, dejando sin efecto el auto dictado, debiendo seguirse el trámite previsto para los delitos leves”.

La Sentencia Tribunal Supremo 12 de abril de 2018 viene así a consolidar lo ya recogido en la sentencia de fecha 28 de junio de 2017, entendiendo que dicha interpretación debe hacerse extensiva a los delitos de estafa.

⁷ (ROJ: AAP J 1813/2017 - ECLI:ES:APJ:2017:1813A)

⁸ (ROJ: SAP BU 832/2017 - ECLI:ES:APBU:2017:832)

⁹ (ROJ: AAP BU 526/2017 - ECLI:ES:APBU:2017:526A)