Sentencias de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2024

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado of Counsel. Doctor en Derecho

Ex Magistrado Coordinador del Gabinete Técnico
Sala Segunda del Tribunal Supremo

En el año 2024, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado siete «sentencias de pleno» pues, como viene sucediendo desde 2019, esta fórmula ha sustituido a la tradicional de unificación de criterios prevista en el art. 264 LOPJ, mediante la cual, tras la reunión pertinente de la Sala, si se llegaba a un «acuerdo no jurisdiccional» sobre una cuestión controvertida, se redactaba el texto y se daba a conocer públicamente.

El acuerdo era después aplicado a través de una primera sentencia y reiterado por la Sala en otras resoluciones en las que se recogía el sentido interpretativo alcanzado, y de ese modo, se iba configurando jurisprudencia sobre el tema tratado.

En 2024, siguiendo la nueva modalidad iniciada en 2019, se han dictado diversas sentencias de pleno que, a pesar de contar en algún caso con votos particulares, contribuyen a alumbrar una doctrina del máximo interés para su aplicación por los operadores jurídicos, y en particular, por los distintos órganos judiciales de la jurisdicción penal, al tener la consideración de sentencias del pleno de la Sala.

Como puede apreciarse con el examen de las sentencias que seguidamente van a exponerse, todas, menos la sentencia STS núm. 265/2024, de 18 de marzo, contaron con votos particulares.

El dato no es baladí, porque se trata de sentencias de pleno y aun así sólo se alcanzó la unanimidad en una única sentencia. Por eso, encontramos pertinente hacer un pequeño comentario a tal cuestión.

En efecto, el «voto particular» llamado «*dissenting opinión*» en el derecho anglosajón, está admitido en el art. 260 LOPJ y por lo que hace al ámbito penal, en el art. 156 LECrim. Se ha dicho que con ello se quita autoridad a la sentencia –o al Auto, porque también es posible formular un voto particular, en un Auto– pero en realidad, no es más que la expresión de una discrepancia intelectual, a veces sólo en la fundamentación, y supone una manifestación más de que la función jurisdiccional que ejerce cualquier Magistrado es un ejercicio democrático por parte de quienes la tienen atribuida, en un caso determinado.

Y aunque no afecta al «fallo», estos votos suelen ser útiles para apoyar alguna de las tesis planteadas en el caso, cara al recurso, si bien ello no es aplicable a las sentencias del Tribunal Supremo, dado que el art. 904 LECrim las excluye de recurso alguno (salvo del de nulidad y de revisión).

Por eso, en los casos en que la Sala Segunda contiene en alguna sentencia, algún voto particular, lo que tenemos es el planteamiento de otra línea interpretativa que puede abrir debate en la doctrina y, de futuro, un posible cambio de jurisprudencia.

En el año 2024, las sentencias de pleno –como se ha dicho– no alcanzaron la unanimidad, salvo en una, lo que nos parece muy reseñable, lo mismo que la calidad de los votos particulares, lo que muestra, en nuestra opinión, que se están alcanzando crecientemente, interpretaciones muy sofisticadas y técnicas sobre cuestiones que no tienen fácil respuesta.

Y eso nos lleva –con todo respeto y admiración por los integrantes de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo– a recordar la conocida frase del Juez Robert H. JACKSON: «*No tenemos la última palabra porque seamos infalibles. Pero somos infalibles porque tenemos la última palabra*» (1). De ahí la importancia de conocer la jurisprudencia, y en particular, las sentencias de Pleno de la Sala Penal.

Las sentencias de pleno dictadas en el año 2024, son las siguientes:

STS núm. 84/2024, de 26 de enero.
STS núm. 85/2024, de 26 de enero.
STS núm. 202/2024, de 5 de marzo.
STS núm. 265/2024, de 18 de marzo.
STS núm. 266/2024, de 18 de marzo.
STS núm. 603/2024, de 14 de junio.
STS núm. 974/2024, de 6 de noviembre.

(1) Fue nombrado juez de la Corte Suprema de los EE. UU., al regresar de su participación como fiscal en los procesos del Tribunal de Nüremberg (La frase la pronunció en el Caso "Brown vs Allen: 344. US; 443540, 1953).

1. STS 84/2024, de 26 de enero (ROJ: STS 472/2024-ECLI: ES: TS:2024:472)

Cuestión: Falsedad en documento oficial.

Respuesta: No existe cuando, aunque el soporte material sea falso, los datos se corresponden con la realidad.

La Sala desestima, en consecuencia, el recurso formulado por el Ministerio Fiscal, que buscaba la condena de quien había sido declarado absuelto, y lo hace con el siguiente razonamiento:

«Quinto. En el supuesto sometido a consideración, nos encontramos ante un documento cuyo soporte material es totalmente falso, pero los datos que el mismo contiene se corresponden íntegramente con la realidad que reflejan. La fotografía de documento era la del acusado Sr. Roque, los datos de identidad se correspondían plenamente con sus datos personales, y aquel efectivamente era titular en Colombia del permiso de conducir que el documento refleja.

Por ello, no es un documento falso en sí mismo en el sentido de que afirme falazmente algo discordante con la realidad. No se está fingiendo que el acusado respondiera a unos datos de identidad distintos a los suyos propios, ni se creaba la apariencia de que se hallara en posesión de una licencia para conducir vehículos de la que careciera. En definitiva, **la falsedad del soporte material del documento no incide en la veracidad de los datos e información que este incorpora**. Todo ello denota, pues, que nos encontramos ante una falsedad meramente formal sin trascendencia para el tráfico jurídico.

(…) No se trataba de acreditar con el documento una situación fáctica o jurídica en relación con el acusado que no se correspondiera con la realidad.

Por el contrario, todos los datos y circunstancias consignados en el documento coincidían plenamente con la realidad, por lo que la conducta que se imputa al recurrente excluye el menoscabo de la fe pública y de la seguridad del tráfico jurídico. En consecuencia**, no ha sido alterada la función probatoria del documento, en cuanto que el intervenido en poder del acusado no fue creado para probar o acreditar circunstancia alguna distinta a la realidad**. Tampoco las otras funciones de éste, ya que la persona identificada en el ocupado era el propio acusado. Por ello el hecho no se subsume bajo el tipo contemplado en los arts. 390.1. 1° y 2° y 392.1 CP».

2. **STS núm. 85/2024, de 26 de enero**

Cuestión: Planteaba la defensa la aplicación de una atenuante por analogía con la base legal que ofrece el art. 183 quater CP (actual 183 bis CP) en los casos en que se rechaza la aplicación de dicho precepto, que supone eximir de responsabilidad en los delitos sexuales cuando el autor es «una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

Respuesta: La Sala desestima tal pretensión tras recordar que, efectivamente, la construcción analógica de atenuantes que posibilita el art. 21.1. 7.º CP tiene como objetivo garantizar en todo caso la correspondencia entre la pena y los concretos indicadores de gravedad del injusto, de culpabilidad o de merecimiento del autor, atendidos los fines político-criminales concurrentes.

Pero ello no significa que los jueces dispongamos –se dice– de un ilimitado «motor de búsqueda» de atenuantes. Cuando no es posible trazar la análoga significación con las categorías normativas típicas de referencia debe presumirse que la opción racional del legislador ha sido, precisamente, no incluir otras atenuaciones.

La sentencia insiste en el carácter restrictivo de las «atenuantes por analogía» pues «no pueden generarse atenuaciones no previstas y desconectadas del sentido y los fines a las que responden las atenuantes genéricas o específicas que puedan ubicarse en la parte especial del Código». Por eso –como se concluye en la STS 185/2017, de 23 de marzo– «convertir el art. 21.7 CP en un atajo para burlar los requisitos que el legislador ha previsto para cada atenuante es una exégesis no asumible, pues deroga *de facto* el requisito».

Como hemos reiterado, **la clave decisiva para la apreciación analógica de circunstancias atenuatorias reside en la identificación de datos objetivos que adquieran un significado o valor funcional equivalente a aquellos que sustentan la apreciación de fórmulas o supuestos atenuatorios previstos en la ley** –*vid*. STS 799/2022, de 5 de octubre–. Y es que «no puede olvidarse que en la base de la aplicación del instrumento analógico no está una suerte de «voluntas principis» atribuida a los jueces sino la identidad o proximidad del supuesto con la «ratio legis» de la que se extrae la análoga significación y que, por ello, los jueces estamos obligados a identificar».

Y se incluye este razonamiento general sobre la cuestión: «lo que compete a los tribunales, en orden a la identificación y aplicación por vía analógica de fórmulas de atenuación, es determinar si el concreto comportamiento no expresamente regulado cae, o no, bajo la norma general inclusiva que permite la extensión de todos o algunos de los

efectos regulados. Lo que dependerá, insistimos, del grado de similitud. De tal modo, si no se identifica suficiente similitud o concurre una marcada diferencia esencial entre los comportamientos no resultará posible extender en mayor o menor medida las consecuencias jurídicas previstas en la norma cuya aplicación analógica se pretende».

Pasando a la concreta cuestión planteada en la sentencia, se admite que hubo pronunciamientos en que se admitió la atenuación analógica propuesta por el recurrente –*vid*. ATS 601/2017, de 23 de marzo; SSTS 699/2020, de 16 de diciembre; 811/2022, de 13 de octubre–, pero no lo es menos que pronunciamientos más recientes la han excluido –*vid*. SSTS 798/2022, de 5 de octubre; 930/2022, de 30 de noviembre– sobre la base de un argumento principal: la imposibilidad de trazar una relación de analogía con alguna de las circunstancias típicas, constituyendo este un presupuesto ineludible derivado del principio de legalidad.

Entrando ya a resolver el caso, la Sala concluye: La no excesiva lejanía en términos de edad y desarrollo físico y madurativo, pero que resulta irrelevante para excluir la conducta típica, no puede generar una especie de subtipo atenuado sobre la base de una suerte de semi consentimiento o consentimiento imperfecto de la víctima sin riesgo de contradecir el propio sentido de la norma prohibitiva y de superar en mucho la función que puede cumplir la analogía.

Y parece claro que **no es posible decantar esa posibilidad atenuatoria del tenor del art. 183 bis CP sin desconocer, al tiempo, el fundamento de la norma que protege la libertad sexual de las personas menores de 16 años, descartando toda relevancia al consentimiento que no sea plenamente libre. Consentimiento legitimador que no se dará cuando la persona mayor se aprovecha, precisamente, de la menor madurez y diferencia de edad de la víctima para mantener con ella relaciones sexuales.**

Lo anterior no quiere decir, ni mucho menos, –se dice finalmente– que las circunstancias personales del autor, también las relativas a su edad y grado de madurez, reveladas en el juicio no deban ser tomadas en cuenta, a la hora de aplicar la pena.

La sentencia contó con un voto particular formulado por 5 magistrados que a pesar de compartir la decisión adoptada para el asunto concreto, por no vislumbrar méritos para atenuar la responsabilidad penal, sostuvieron que «no nos convence la doctrina, proclamada con vocación de generalidad, que rechaza toda posibilidad de construir una atenuante por analogía con la base legal que ofrece el art. 183 quater CP (actual 183 bis CP)», y expresan las razones de tal discrepancia con un

voto extenso y muy bien fundado pero que, como es sabido, no constituye jurisprudencia, aunque tiene un relevante interés doctrinal.

3. **STS núm. 202/2024, de 5 de marzo**

Cuestión: Acumulación de condenas. Límite máximo a cumplir, conforme al artículo 76 CP.

Respuesta: Se mantiene la decisión recurrida en la que se fijó un límite máximo a cumplir de 25 años de prisión.

El tema examinado en la referida sentencia aborda los límites máximos de cumplimiento fijados en el art. 76 CP para los casos de concurso real que se resuelven mediante el expediente de la acumulación de condenas del art. 988 LECrim cuando se han seguido procesos distintos.

Dice el art. 76 CP: «1. No obstante lo dispuesto en el art. anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años».

En la sentencia se analiza el Auto que entiende que **la ley se refiere a la pena en abstracto. Por tanto, si uno de los delitos por los que fue condenado el recurrente era asesinato sancionado con pena de prisión de quince a veinticinco años, y la suma aritmética de todas las penas privativas de libertad rebasa ese dintel, el máximo de cumplimiento ha de quedar fijado en veinticinco años,** con independencia de que, en concreto, la pena impuesta por el asesinato no solo no llegase a ese límite (a diez años, en concreto, porque fue cometido en grado de tentativa), sino que, además, jamás hubiese podido alcanzar esa cota por haberse apreciado dos atenuantes (miedo insuperable incompleto y confesión) lo que obligaba a degradar la pena, al menos, un grado (diez a quince años) y, facultativamente, dos (cinco a diez años) conforme ordena el art. 66.1.2.ª CP.

Pues bien, se analizan ambas cuestiones (la tentativa y las atenuantes) con relación a la influencia que debe asignársele a los efectos del art. 76 CP y dada la minuciosidad de la exposición, repleta de jurisprudencia y con cita de los acuerdos de la Sala, sobre la cuestión, estamos ante uno de esos casos en que resulta imprescindible remitir a la lectura de la propia sentencia.

Y así, respecto al delito de asesinato intentado se dice: conforme a la doctrina de la Sala –SSTS 302/2004 de 11–3 y 823/2011 de 19-7- «si el delito es consumado, la pena será la máxima que marque el tipo penal correspondiente. Si el delito es intentado, la pena será la del grado inferior en toda su extensión, es decir, la pena abstracta es toda la que permite la aplicación de la pena inferior considerada en toda su extensión. Luego barajando todas las opciones de bajada en uno o dos grados, la pena abstracta puede ir desde 5 hasta 20 años, pero nunca puede llegarse a una pena superior a los 20 años. El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos».

El delito intentado es una categoría propia. El homicidio sanciona la acción de matar. El homicidio intentado sanciona la acción de intentar matar. Son dos conductas distintas. Hasta la morfología dogmática varía: los delitos en grado de tentativa incorporan siempre un elemento subjetivo del injusto.

Sobre el efecto de la aplicación de una eximente incompleta o una circunstancia atenuante genérica muy cualificada o varias atenuantes, que obligan a bajar, al menos un grado, el marco penal, se pregunta la resolución que examinamos: *¿ha de ser tenida en cuenta para determinar los límites punitivos absolutos?*

La respuesta es negativa. Y lo explica la STS 166/2020, de 19 de mayo: las «circunstancias» constituyen elementos circunstanciales que en modo alguno permiten concluir que la penalidad asociada por su concurrencia es precisamente la asociada con carácter abstracto a la establecida para cada "delito", es decir, en cada tipología a la acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley. Por lo que «en modo alguno la configuración del tipo penal se ve afectada por la concurrencia de atenuantes».

La sentencia contó con un voto particular de dos magistrados, que discreparon de sus 13 compañeros de Sala, estimando que debió haberse estimado el recurso, en pocas palabras, porque cabía una interpretación más favorable que la sostenida por la Sala.

El razonamiento –desarrollado de modo muy extenso, recurriendo incluso a doctrina del TEDH– es el siguiente: se denuncia indebida aplicación del art. 76.1 d) CP, en cuanto se descarta fijar como límite absoluto de cumplimiento de las penas acumuladas el plazo general de veinte años. Para el recurrente, la pena impuesta, en sentencia de 24 de marzo de 2011, por el delito de asesinato del art. 139 CP, que a la sazón tenía, en esa fecha, una pena prevista de quince a veinte años de prisión, fue consecuencia de la aplicación preceptiva de la regla de degradación contemplada en el art. 66.1. 2.º CP al concurrir dos circunstancias atenuantes.

Ello obligaba a tomar en consideración como pena a imponer la prevista en el tipo, reducida, al menos, en un grado. La pena imponible se situaba, por tanto, por debajo de los veinte años de prisión, por lo que no procedía establecer el límite extraordinario previsto en art. 76.1 a) CP. La necesidad de estar a las reglas penológicas preceptivas cohonesta, según el recurrente, con la doctrina de esta Sala que arranca con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 19 de diciembre de 2012.

Pues bien, concluye el voto: el recurrente, a mi parecer, tiene razón. Se indica por el magistrado que lo redactó, al que se adhirió una magistrada de la Sala.

4. **STS núm. 265/2024, de 18 de marzo**

Cuestión: Se considera de «interés casacional» el motivo planteado relacionado con la cancelación de los antecedentes penales cuando la Sentencia de donde deriva la reincidencia se encuentra incluida en una operación de acumulación jurídica, verificada mediante los parámetros legales diseñados en el art. 76 del Código Penal.

Respuesta: La cuestión que se resuelve en esta sentencia consiste en un aspecto no regulado expresamente en el art. 136 del Código Penal, que apenas cuenta con jurisprudencia, pero que será resuelta mediante la consolidación de la doctrina jurisprudencial al respecto, relativa a la interpretación constante del art. 74 del Código Penal.

Y se hace del siguiente modo: en caso de refundición no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento; en consecuencia, los criterios para el cómputo son los siguientes: si consta la fecha de extinción de la condena dentro del conjunto de la acumulación jurídica, a ella debemos estar; segundo, en caso contrario puede partirse de la fecha de la firmeza de la Sentencia, adicionarle la duración de la pena impuesta (con reducción de la situación de preventivo, si constare) y sumarle el plazo de cancelación del art. 136 del Código Penal, y en tercer lugar, si nada de ello consta, ha de entenderse que falta un dato sustancial que es la fecha de extinción de la condena como dato para verificar el cómputo de la reincidencia, por lo que no se puede estimar aplicable tal circunstancia agravante.

Al respecto, se desarrolla *in extenso* la doctrina de la acumulación jurídica, que ante su parquedad «obliga a una interpretación integradora de la misma que debe mantener una orientación pro reo».

Y se aplica al caso, del siguiente modo:

«En nuestro caso, el antecedente resulta de una Sentencia condenatoria de Cáceres. En concreto, la fecha de extinción de la Sentencia de 29-03-1995 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres, que impuso la pena de 12 años de prisión por robo con violencia o intimidación (además de la pena de 3 meses de prisión por hurto), Sentencia por robo que se cumplió en primer lugar (arts. 75 y 76 del Código Penal), no pudo quedar extinguida el 2-09-2017, fecha de la finalización de la acumulación jurídica, sino a lo máximo, en 2007, siendo el plazo de rehabilitación (en el supuesto más favorable, cinco años, *ex* art. 136 del Código Penal), lo que nos llevaría a la fecha de extinción en el año 2012, y siendo así que cuando cometió los hechos que aquí se están juzgando, 6 de septiembre de 2019, la condena anterior no podría considerarse como antecedente no cancelado, y de todos modos, tal imprecisión originaría la consideración pro reo, y por tanto, la inaplicación de la agravante de reincidencia, pues conforme a la jurisprudencia citada, no podría ser considerada como fecha de extinción la del día 2 de septiembre de 2017, que es la de finalización de la operación de acumulación jurídica».

En consecuencia, **el Pleno de la Sala acuerda la siguiente doctrina legal: en caso de refundición no se puede aplicar como fecha de extinción de las diversas condenas que integran la acumulación jurídica, la fecha correspondiente al máximo de cumplimiento.**

Y de no constar tales datos, o bien resultarle favorable el aludido cómputo, que arroja la cancelación del antecedente cuestionado, el motivo será estimado en lo referente al delito de robo intentado, del que no puede ser considerado antecedente la Sentencia de 29-03-1995 para ser tenido como reincidente al acusado.

Distinto es el caso del delito continuado de hurto, en el que concurren dos agravantes, pues, aunque suprimiéramos la de reincidencia, no tendría practicidad alguna, toda vez que la pena imponible sería la misma. Recordemos que se le han impuesto 15 meses de prisión, sobre la base de una penalidad de 6 meses a 18 meses, que, con la continuidad delictiva, obliga a individualizar la pena en su mitad superior (pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la superior en grado), esto es, una cuantía correspondiente entre 12 y 18 meses, por lo que, al concurrir, al menos una agravante (art. 66.1.3.ª), debería imponerse en la mitad superior, entre 15 y 18 meses, y al concretarse en 15 meses, ninguna infracción legal se ha cometido.

5. **STS núm. 266/2024, de 18 de marzo**

Cuestión: Cuando para apoderarse de bienes ajenos se emplea una llave propiedad del dueño de los bienes, ¿existe hurto o robo?

Respuesta: **La apropiación de unas llaves que no están a disposición del autor y que serán utilizadas para abrir subrepticiamente una caja de caudales, supone su obtención por un medio que constituye infracción penal, a los efectos de ser consideradas llaves falsas conforme al art. 239.2 del Código Penal.**

Los hechos probados de la sentencia recurrida declaran que la acusada fue contratada como empleada doméstica por Marcelina para trabajar en su domicilio, sito en PASSEIG000, de Barcelona, y que la misma «se hizo con la llave maestra de la caja fuerte de dicha vivienda y, en varias ocasiones, sin conocimiento ni consentimiento de la Sra. Marcelina, usó dicha llave para abrir la caja y extraer diversas cantidades en efectivo que hizo propias. El total del dinero sustraído por la acusada asciende a al menos 50.000 euros».

El Tribunal de apelación entendió que no puede entenderse aplicable el art. 239.2 del Código Penal, al señalar: tanto en el inciso primero (llaves extraviadas), porque no consta que la dueña las hubiera perdido, como en el inciso segundo (llaves obtenidas por un medio que constituya infracción penal), puede entenderse cometida la infracción penal en el apoderamiento de las llaves, al no haberse producido la entrada inconsentida en la vivienda ni ningún acto que culmine en ilícita disposición.

La sentencia del Pleno de la Sala revoca la de la Audiencia que entendía se habría cometido un delito continuado de hurto, al coincidir con el Fiscal recurrente que la Sala de apelación acepta como probado que la acusada «se hizo» con la llave maestra de la caja fuerte y la utilizó para abrirla sin conocimiento ni consentimiento de la perjudicada. Pero la expresión «se hizo con» está denotando que obtuvo o se apoderó de la llave; acepción del verbo «hacer» que se recoge en el diccionario de la Real Academia de la Lengua. En consecuencia, nunca, y bajo ningún concepto, la llave fue entregada voluntariamente por su propietaria a la acusada para tal uso. Por tanto, no pueden considerarse los hechos constitutivos de un delito de hurto, sino de robo, al haberse utilizado «llaves falsas».

En consecuencia, como doctrina de esta Sentencia de Pleno, se fija la siguiente**: «La apropiación de unas llaves que no están a disposición del autor y que serán utilizadas para abrir subrepticiamente una caja de caudales, supone su obtención por un medio que cons-**

tituye infracción penal, a los efectos de ser consideradas llaves falsas conforme al art. 239.2 del Código Penal».

Por lo demás, es obvio que para acceder al lugar donde se encuentra el dinero, esto es, la caja de caudales, hay que fracturarla, o bien emplear el medio de protección constituido por la llave que permite su apertura. Y tanto se trate de una cámara acorazada como una caja de seguridad empotrada en la pared.

Se formuló **voto particular** por cuatro magistrados que sostuvieron que los hechos que se declaran probados en la instancia, asumidos por la sentencia de apelación, no permiten identificar los presupuestos fácticos y normativos del delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237, 238.4.º y 239, todos ellos, del Código Penal.

Es obvio que todas las palabras tienen un mayor o menor grado de ambigüedad –dice el voto particular– y que en ocasiones las escogidas para conformar el hecho probado no alcanzan las deseables tasas de inteligibilidad y precisión, haciendo imposible o muy difícil identificar el sentido que permita identificar la presencia de los elementos normativos y descriptivos reclamados por el tipo. En estos casos, el tribunal que conoce del recurso deberá dejar sin efecto la correspondiente condena por no poderse subsumir la conducta que se declara probada en el tipo, objeto de acusación.

Y se concluye con que la sustracción intencionadamente temporal para el mero uso resulta, por tanto, atípica, a salvo previsiones de incriminación específica como la contemplada en el art. 244 CP respecto a los vehículos de motor, precisamente la tipificación del delito de utilización ilegítima de vehículos de motor por la Ley del Automóvil de 1950.

6. **STS núm. 603/2024, de 14 de junio**

Cuestión: Valoración de las relaciones sexuales consentidas bajo engaño (retirada inconsentida del preservativo).

Respuesta: Se trata de un tipo de abuso sexual sin penetración en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera.

Frente a la condena de la Audiencia, confirmada por el TSJ, que impuso una pena de cuatro años de prisión, el Tribunal Supremo condena por un delito de abusos sexuales sin penetración del art. 181.1 CP según la redacción anterior a la reforma operada por LO 6/2022 que resultaría más gravosa (art. 178 actual CP), estimando adecuada la pena de un año de prisión que permitirá el acogimiento a los beneficios de la suspensión de la pena privativa de libertad.

La sentencia del Pleno pone el acento en el consentimiento, pues ahí radica el núcleo de la cuestión –si hay consentimiento o no–. La concurrencia de un previo engaño no añade nada penalmente. Da igual un cambio surgido de improviso, sin maquinación previa: retirada no planificada del preservativo, determinada por un impulso sobrevenido, que es el caso que se examina.

Lo que hay que explorar es el contenido del consentimiento prestado. Si éste es desbordado de forma esencial; no accidental, o accesoria, habrá delito contra la libertad sexual, se haya producido engaño o no.

Ahora bien –dice la sentencia– es obvio que **no basta cualquier divergencia en el cómo (no se respetó la exigencia de esperar al orgasmo simultáneo, se cambió la postura acordada...), o en circunstancias no esenciales (se consumó el acto en un tiempo breve en contra de la reclamación de la pareja, frustrando deliberadamente las expectativas convenidas...). Es necesario que haya un qué distinto:** *un aliud.*

Y se trata de dilucidar si desde la dimensión pura y estrictamente sexual del acto, que es lo que se protege en los arts. 178 y ss. CP, puede afirmarse que **la penetración sin preservativo es algo esencialmente diverso de aquella otra en que se usa esa barrera**. Obviamente estamos ante acciones diferentes, **pero desde un prisma puramente sexual no son acciones sustancialmente distintas.**

En el caso, la penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento (como puede suceder en casos de eyaculación deliberada en el interior de la cavidad vaginal, pese al rechazo anterior exteriorizado por la mujer –o viceversa– u otras hipótesis imaginables).

Ciertamente el contacto corporal es diferente en ambos casos (sin o con preservativo). Pero **solo podemos hablar de un acto sexual esencialmente distinto cuando se afecta al qué y no solo al cómo. Lo relevante no son las consecuencias posibles, sino el acto en sí.** Pues bien, identificamos, en esa dimensión estrictamente sexual a que hemos de atender, un *aliud* que constituye una diferencia esencial, ajena al consentimiento, en una penetración con preservativo cuando se exigió que se usase de ese medio y se eludió esa barrera; o cuando se impuso como condición excluirla y furtivamente se incumplió el compromiso.

Aplicó la Audiencia el art. 181.4 CP, cuya penalidad se mueve entre cuatro y diez años de prisión. Pero es que, cuando el legislador fija esas altas penalidades, está pensando en una penetración, por

cualquiera de las vías establecidas, no consentida, no aceptada, rechazada. No se quiere la penetración.

En el caso examinado la víctima consiente la penetración vaginal. La ausencia de consentimiento no puede predicarse de esa acción –acceso por vía vaginal y con el miembro viril–; tan solo de la modalidad específica de acceso, del contacto directo con el miembro viril. Intuitivamente se capta que el nivel de antijuricidad es muy distinto. Es no solo desproporcionada, sino también forzada la equiparación con el acceso no consentido**. La penetración vaginal es aceptada, aunque se produjo en una modalidad no cubierta por el consentimiento**.

Por eso, resulta más ponderado reconducir los hechos a los abusos (actualmente, agresión) **sin penetración**; no porque ésta no se produzca, sino porque ésta estaba aceptada. Eso nos hace optar por las penas señaladas en el art. 181.1 CP. Estaríamos ante un tipo de abuso sexual sin penetración en tanto ésta había sido consentida, aunque de otra manera.

Y se concluye afirmando que la respuesta punitiva es más proporcionada y se equipara a la manejada en entornos jurídicos próximos en el derecho comparado. La sobre punición puede arrastrar un perverso efecto de infra-aplicación.

También en este caso se formuló **voto particular**, que fue suscrito por cinco magistrados, que mostraron su disenso con relación a la argumentación de la sentencia mayoritaria al afirmar la irrelevancia del engaño para rellenar la tipicidad de los delitos contra la libertad sexual. Concretamente, la expresión, posteriormente desarrollada en el fundamento tercero, en la que se afirma «no son actos típicos, por existir anuencia, aquellos en que ha intervenido engaño para conseguir la conformidad de la otra persona implicada en la relación sexual». A nuestro juicio, los hechos debieron ser subsumidos en el delito de abuso sexual, agresión sexual, con penetración. Además, entendemos que el engaño, si es relevante, puede rellenar la tipicidad en el delito de agresión sexual.

Y es que –sigue el voto particular–, **la penetración no fue consentida en los términos convenidos, por lo que el contenido de antijuridicidad expresado en el hecho es atentatorio a la libertad sexual y ese atentado ha supuesto una penetración no consentida.**

En el caso, la víctima accedió a mantener relaciones sexuales penetrativas de una determinada manera que incluía el uso de condón. El recurrente, al retirarlo sin su conocimiento o consentimiento, lesionó gravemente la libertad sexual de aquella pues el acto de con-

tenido sexual no se llevó a cabo de la manera que la víctima había consentido. Hubo penetración no consentida y los problemas derivados de la proporcionalidad de las penas, a los que se refiere la sentencia mayoritaria, tienen otras salidas en el propio Código penal, art. 4 CP, a las que deberá acudirse en lugar de recurrir a forzadas interpretaciones de la norma, que se estiman carentes de sustento en la tipicidad.

7. **STS núm. 974/2024, de 6 de noviembre**

Cuestión: ¿Puede discutirse en el acto del juicio oral la intempestividad de las diligencias practicadas en la fase de instrucción?

Respuesta: Sí, pudiendo alcanzar el resultado de tal debate a la decisión de prosecución del proceso e incluso –como aquí sucedió– a declarar la nulidad del Auto que lo acordó y retrotraer las actuaciones al momento anterior, con la correspondiente anulación de las sentencias dictadas.

El desarrollo del tema, resumidamente, es el siguiente:

La regla general de imposibilidad de practicar diligencias de investigación fuera de plazo tiene dos excepciones, una prevista en la ley y otra declarada por la Sala.

En primer lugar, el art. 324.7 aplicado y el actual art. 324.2 de la LECrim disponen la validez de las diligencias aportadas fuera de plazo pero acordadas con anterioridad a la finalización del plazo. En segundo lugar, en la STS 605/2022, de 16 de junio, se declaró que pueden practicarse fuera de plazo las diligencias de instrucción que se deriven inescindiblemente de otras diligencias ya admitidas dentro de plazo.

En el presente caso, la cuestión a determinar es si es conforme a derecho la aportación de los informes periciales de la AEAT más de dos años después de finalizado el plazo de instrucción, así como la práctica fuera de plazo de un buen número de diligencias.

En una primera aproximación parecería que los informes periciales aportados por la AEAT fueron acordados por el Juzgado de Instrucción antes del vencimiento del plazo, mediante auto de 02/12/2015.

En esa resolución se entregó la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil «al objeto de facilitar su estudio y análisis y elaboración de los correspondientes informes sobre los hechos objeto de investigación». Esa forma de ordenar la diligencia es sumamente abierta y genérica. La providencia no especifica en modo alguno ni el conte-

nido del informe, ni el periodo temporal susceptible de análisis ni las personas objeto de investigación.

La orden judicial, en el caso, se identifica con una orden general para continuar y desarrollar la investigación, enmarcada en los poderes que el juez de instrucción tiene para investigar los hechos a través de la policía judicial, conforme a lo previsto en el art. 777.1 de la LECrim, en el que se dispone que «el juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competencia para el enjuiciamiento».

En principio y por más que sea una cuestión muy matizable en función de las concretas circunstancias de cada caso**, finalizado el plazo de instrucción, las diligencias de investigación que se practiquen por orden judicial y que se enmarquen en esa clase de mandatos genéricos de investigación no pueden ser aportadas al procedimiento en ese momento procesal, ya que el vencimiento del plazo afecta no sólo a las diligencias que practique directamente el Juez de Instrucción sino a las diligencias que lleve a cabo la Policía Judicial o cualquier otro organismo administrativo a consecuencia de una orden genérica de investigación.**

De lo contrario, bastaría una orden de ese tipo para neutralizar el plazo de instrucción y para aportar cualesquiera diligencias derivadas de indagaciones posteriores a la finalización del plazo y practicadas una vez rebasado ese límite temporal. Por tanto, cuando el art. 324 de la LECrim dispone que serán válidas «las diligencias de investigación acordadas con anterioridad al transcurso del plazo o sus prórrogas» se está refiriendo a diligencias concretas y suficientemente individualizadas.

En este caso podemos afirmar sin margen de duda –sigue diciendo la sentencia– que la remisión de la documentación a la AEAT y a la Guardia Civil lo fue para que siguieran investigando. La forma abierta y genérica en que se dio la orden no sugiere que se ordenara la remisión de un informe con un contenido concreto y preciso, sino que se facultó a los destinatarios para que siguieran investigando y elaboraran su informe al final de sus indagaciones, y tan es así que los informes emitidos se nutrieron del análisis de las bases de datos existentes o de fuentes de información abiertas y, sobre todo, incorporaron (al menos el primer informe) la información contenida en la Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar, librada el 08/06/2017 y su ampliación (27/03/2018), ordenada muchos meses después de finalizado el plazo de instrucción.

En consideración a lo expuesto, **las diligencias practicadas fuera de plazo (Comisión Rogatoria a las autoridades de Gibraltar, su ampliación, las declaraciones de los investigados y la documentación unida con posterioridad), son diligencias de investigación que no debieron ser tomadas en consideración para adoptar la resolución por la que se concluyó la instrucción y se acordó continuar el procedimiento por los trámites del Procedimiento Abreviado.**

El plazo de instrucción es un término esencial y sólo las diligencias tempestivas pueden servir de fundamento al auto de prosecución del procedimiento. Lo contrario supone una violación de una norma procesal esencial que determina la nulidad del citado auto y supone también una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE.

Ahora bien, para que exista lesión de ese derecho no basta que se haya producido una vulneración de las normas procesales, es preciso también que se haya lesionado de forma real y efectiva el derecho de defensa, que se haya producido indefensión.

No existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada.

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo (SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En este caso se entiende producida esa indefensión en la medida en que la pretensión punitiva realizada por la acusación puede desbordar la realidad fáctica susceptible de enjuiciamiento, que viene predeterminada por los hechos incluidos en el auto de conclusión de la instrucción y que fueron perfilados valorando diligencias de investigación inválidas por haber sido practicadas fuera del plazo de instrucción previsto legalmente.

Consecuentemente, se acuerda la nulidad de actuaciones desde el auto de 15/03/2019 inclusive, a fin de que el Juzgado de Instrucción acuerde la resolución que proceda conforme a lo previsto en el art. 324 de la LECrim, sin tomar en consideración las aludidas diligencias.

Y no obsta a lo anterior el hecho de que dos de los recurrentes no hayan interesado la nulidad de actuaciones, sino su absolución, y otro de los recurrentes lo que haya interesado sea la nulidad del auto de

apertura de juicio oral, cuestión con la que discrepa frontalmente el voto particular.

La sentencia justifica tan audaz decisión, indicando que en las sentencias de casación el contenido de su fallo viene predeterminado por la ley, al margen de la petición que se formule. Si se estiman motivos por infracción de ley el fallo consistirá en la anulación de la sentencia impugnada y el dictado de la nueva sentencia que proceda (art. 902 LECrim). Si se estiman motivos por quebrantamiento de forma el fallo será la nulidad y la devolución de la causa al Tribunal del que proceda reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta (art. 901. bis a LECrim).

En caso de lesión de derechos fundamentales, como aquí ocurre –sigue la sentencia–, la Sala ha de pronunciarse bien por la absolución, bien por la nulidad con devolución de las actuaciones al Tribunal del que proceda, cuando la lesión sea equiparable en sus efectos al quebrantamiento de forma, situación que es la que aquí concurre.

La valoración de diligencias de investigación extemporáneas no conduce a la absolución, como se pretende en dos de los recursos, sino a la nulidad de actuaciones a partir de la resolución en la que se haya producido la deficiencia determinante de nulidad.

Cuando se produce una infracción procesal determinante de nulidad de actuaciones durante la fase de instrucción, al margen de que se puedan utilizar los recursos ordinarios establecidos en la LECrim, cabe también su invocación en el trámite previsto en el art. 786.2 de la LECrim, en el que expresamente la nulidad es una de las cuestiones que se pueden plantear.

A este respecto conviene recordar que el art. 240 de la LOPJ dispone que la nulidad de actuaciones se hará valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate pero también «por los demás medios que las leyes procesales establezcan» y en el procedimiento abreviado el art. 786.2 citado se regula una audiencia o trámite sanatorio de los vicios procesales que puedan obstar a la válida celebración del juicio, entre los que se encuentra la nulidad de actuaciones

En consecuencia, se declara la nulidad de actuaciones desde el auto de 15/03/2019 inclusive, debiéndose dictarse nueva resolución que acuerde lo procedente en derecho sin tomar en consideración las diligencias extemporáneas identificadas en la sentencia casacional.

Hubo un **voto particular** suscrito por dos magistrados que discreparon, tanto de la estimación del motivo formulado por las defensas, combatiendo el fundamento inculpatorio de la decisión de prosecución del proceso adoptada en su día por el Juzgado Instructor, como

de la nulidad acordada y la retroacción al momento previo al dictado de dicha resolución.

Por su interés, reproducimos sucintamente, el fundamento de la discrepancia:

A nuestro parecer, la decisión adoptada, declarando la nulidad del auto de prosecución del procedimiento por los trámites de la fase preparatoria, ordenando la retroacción de actuaciones para que el juez de instrucción decida si con el material instructor disponible, descontadas o descartadas las diligencias de investigación que se califican de intempestivas, la decisión inculpatoria en su día acordada es sostenible, no solo carece de justificación normativa sino que, como anticipábamos, afecta a la clave de bóveda de nuestro modelo procesal, con graves y sistémicas consecuencias.

No cuestionamos, obviamente, que la intempestividad en la práctica de diligencias instructoras puede impedir el aprovechamiento funcional de los resultados que arrojen para conformar la base indiciaria de la inculpación y ordenar, en consecuencia, la prosecución, *ex* art. 779 LECrim, por los trámites preparatorios del juicio oral. Nos remitimos a la STS 836/21, de 3 de noviembre, en la que se precisa el alcance temporal del principio de adquisición procesal y a las posteriores sentencias de esta Sala que conforman la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.

Lo que objetamos, contundentemente, es que la intempestividad de las diligencias practicadas pueda discutirse, como una suerte de gravamen inmune al desarrollo del proceso, en el acto del juicio oral, abriéndose la vía para que en la propia instancia o en el recurso que se interponga contra la sentencia pueda apreciarse y ordenarse, como consecuencia, la nulidad de la decisión de prosecución y, con efectos retroactivos, la inutilizabilidad a fines inculpatorios de dichas diligencias.

No puede ser función del tribunal de enjuiciamiento ni, desde luego, del que conozca del recurso contra la sentencia, decidir si la decisión inculpatoria que apertura la fase preparatoria era sólida, o no, por intempestividad de las diligencias practicadas o debilidad de los indicios tomados en cuenta. Como tampoco pueden, ni uno ni otro, revertir decisiones sobreseyentes adoptadas en la fase previa o preparatoria de la mano de las acusaciones que busquen reintroducir en el juicio oral una pretensión acusatoria previamente descartada por el tribunal competente.

Consideramos que ni el Tribunal de enjuiciamiento ni, desde luego, este Tribunal Supremo, conociendo del recurso de casación, son competentes para pronunciarse sobre la tempestividad de las dili-

gencias instructoras. Por la sencilla, pero contundente razón de que al no combatirse el auto de prosecución por intempestividad en la obtención de los indicios que le prestan fundamento, el afirmado gravamen se extinguió. Este no puede sobrevivir a la fase preparatoria del juicio donde debió revelarse y, en su caso, repararse, sin riesgo, como anticipábamos, de alterar toda la estructura de nuestro modelo procesal acusatorio.

De ahí que los únicos tribunales competentes para reparar el afirmado gravamen por intempestividad sean el juzgado de instrucción, por la vía del recurso de reforma contra el auto de prosecución, y la Audiencia Provincial, de la mano del recurso de apelación contra dicha resolución.

Por ello, «la sentencia de la que discrepamos, al validar que se pueda «reabrir» en fase del juicio oral la cuestión relativa a las condiciones temporales de adquisición de las diligencias instructoras, diluye, dicho sea con el debido respeto, el sentido funcional de cada una de las fases del proceso.

Y es que, con tal interpretación, la sentencia convierte a la fase de juicio oral en una suerte de instancia superior que puede revisar y dejar sin efecto todas las decisiones adoptadas en las otras fases del proceso sin perjuicio de su naturaleza y de la función que cumplan en la estructura procesal».