

¿Reveló el Fiscal General del Estado informaciones que no debían ser divulgadas? Comentario a la STS 1000/2025, de 9 de diciembre, por Antonio CUERDA RIEZU.

Al Tribunal Supremo no le prescriben los delitos en casación: durante un recurso con función nomofiláctica no cabe la prescripción. Comentario a la STS 993/2025, de 3 de diciembre, por Francisco PASTOR ALCOY.

Coautoría, participación y concursos en las agresiones sexuales grupales. Comentario a la STS 240/2026, de 24 de marzo, por Ana Belén VALVERDE-CANO.

Otra vez los besos (y su significación sexual). Comentario a la STS 193/2026, de 5 de marzo, por Alejandro FREELAND.

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

InDret

3.2026

¿Reveló el Fiscal General del Estado informaciones que no debían ser divulgadas?

Comentario a la STS 1000/2025, de 9 de diciembre.

Antonio Cuerda Riezu
Universidad Rey Juan Carlos
antonio.cuerda@urjc.es

-

Un científico debe tomarse la libertad
de plantear cualquier cuestión,
de dudar de cualquier afirmación,
de corregir errores
(Julius Robert Oppenheimer)

1. Introducción

Parece demasiada casualidad que se prolongue desde hace algún tiempo la estrategia de actuar judicialmente contra una autoridad en la órbita del Gobierno del PSOE y Sumar o de otros partidos políticos que lo apoyan, para despojarle de su cargo público. Recordemos el caso de Alberto Rodríguez, diputado canario de Unidas Podemos, que fue inhabilitado por una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹, si bien después fue anulada por el Tribunal Constitucional². O el caso de Magdalena Valerio, Presidenta del Consejo de Estado, que fue despojada del cargo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal Supremo³. Ahora se suma esta inhabilitación al Fiscal General del Estado, Álvaro García Ortiz, acusado ante la jurisdicción penal de haber desvelado informaciones secretas⁴. Pero incluso unos meses antes, la Asociación Independiente de Fiscales ya había impugnado en vía contencioso-administrativa el nombramiento de García Ortiz para ese cargo, impugnación que fue entonces desestimada⁵.

¹ STS 750/2021, Penal, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2021:3638).

² SSTC (Pleno) 8/2024, de 16 de enero (BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2024) y 18/2024, de 31 de enero (BOE núm. 53, de 29 de febrero de 2024).

³ STS 1611/2023, Contencioso-Administrativo, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5059). El posterior recurso de amparo formulado por la Sra. Valerio fue inadmitido a trámite por el Tribunal Constitucional. El partido Vox y la Fundación DENAES pretendieron lo mismo respecto de Carmen Calvo, la siguiente Presidenta del Consejo de Estado, pero el ATS 317/2024, Contencioso-Administrativo, de 9 de julio, inadmitió la demanda, con el fundamento de falta de legitimidad de los demandantes.

⁴ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365).

⁵ STS 80/2025, Contencioso-Administrativo, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2025:136).

También forma parte de este contexto, entre otros sucesos, que la mayoría de la judicatura se haya manifestado contra la ley de amnistía delante de los palacios de justicia vistiendo la toga⁶, cuando tienen prohibido expresamente hacer manifestaciones públicas a favor o en contra del Gobierno o de cargos públicos⁷, sin que ello diera lugar a ninguna reacción disciplinaria.

En el pim pam pum general contra un gobierno que se dice de izquierdas, da, pues, la impresión de que un amplio sector de los togados está de acuerdo en debilitarlo cuanto más, mejor. No lo digo yo, sino que lo dice la ex Presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Síoira O'Leary: «Hoy en día, el Estado de derecho se ve a menudo erosionado por el uso creativo del *lawfare* y la captura constitucional»⁸. Para entendernos: la «captura constitucional» consiste en un proceso mediante el cual el poder ejecutivo, un partido político o un grupo de interés logra controlar, influir decisivamente o neutralizar las instituciones de contrapeso diseñadas para limitar su poder, como el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Ministerio Fiscal o los órganos reguladores.

2. Algunas paradojas

En la película *Casablanca* de 1942, el cínico comisario se dirige al protagonista —interpretado por Humphrey Bogart— y le espeta: «¡Qué escándalo! ¡Aquí se juega!». Y a continuación un empleado del casino le entrega al comisario sus ganancias derivadas del juego en el que él mismo había intervenido. En la Sentencia que condena al Fiscal General del Estado se reconoce en dos ocasiones que el filtrado de noticias de diligencias probatorias es un mal endémico en nuestro país, pero se rasga las vestiduras cuando se trata del filtrado de la noticia sobre el reconocimiento de delitos de González Amador, pareja de Isabel Díaz Ayuso, Presidenta de la Comunidad de Madrid. Cabría decir: «¡Aquí se filtra!». Filtraciones ha habido en los casos Malaya, Gürtel, Noos, Asunta Basterra, Púnica, Lezo, Diana Quer, Kitchen, Cursach, Mediador y hasta en el Tribunal Constitucional (casos Matesa, Mesa de Herri Batasuna y sobre la ley de amnistía). Que se sepa, ninguna de estas revelaciones ha concluido con una condena penal. Lo paradójico es, pues, que en este procedimiento, en el que el acusado ocupaba un cargo público muy relevante, el desenlace haya sido su condena penal y la privación del puesto de Fiscal General del Estado.

Y para rizar el rizo, otra paradoja dentro de la paradoja: cabe sospechar que el anómalo proceder de anticipar el fallo y posponer la fundamentación haya obedecido a la pretensión de que la decisión no se filtrara a los medios de comunicación y que fuera el Consejo General del Poder Judicial el que hiciera pública la condena. Precisamente en un caso de condena penal por filtración, los propios magistrados del Tribunal Supremo reconocen así, de modo implícito, que las filtraciones son el pan nuestro de cada día en los órganos judiciales, incluido el del Palacio de las Salesas.

Por otra parte, si alguien quiere que un secreto sea conocido públicamente, lo mejor que puede hacer es presentar una querrela por revelación de secretos. En efecto, salvo excepciones, los

⁶ El 13 de noviembre de 2023 hubo concentraciones de jueces y fiscales ante diversas Audiencias Provinciales; vid. diario *El País*, de 14.11.2023.

⁷ Art. 395, 1º LOPJ: A los jueces y magistrados les está prohibido: «Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial [...]».

⁸ Entrevista a Síoira O'Leary, *Otrosí*, (4/12), 2025, pp. 25-26.

procedimientos penales y las sentencias son por lo general públicas, y merecerán aún una mayor difusión si se dirigen contra un alto cargo; pues, entonces, los medios de comunicación pondrán el foco sobre los hechos, el procedimiento, el tribunal que instruye y que lo enjuicia, y lógicamente sobre el fallo, dándolo a conocer *urbi et orbi*. Resulta por tanto un recurso efectista, pero poco creíble, que el acusador González Amador declarara en el juicio que con la actuación de García Ortiz solo le cabían dos posibilidades: suicidarse o marcharse de España. Porque tras la querella presentada por González Amador, media España, si no España entera, se ha enterado de que Amador reconocía la comisión de dos delitos fiscales.

3. El anómalo procedimiento mediante el que la sala adoptó la sentencia

No hay nada de extraordinario en que la magistrada Polo García no viera asumida su primera ponencia o borrador de sentencia por la mayoría de los siete Magistrados que componen la Sala⁹. Pues eso es algo que sucede con frecuencia en los tribunales compuestos por varios magistrados. Ni tampoco debe sorprender que después asumiera la ponencia el magistrado Martínez Arrieta, Presidente de la Sala.

El día 20 de noviembre de 2025 el Consejo General del Poder Judicial emitió una nota de prensa en la que informaba de que la Sala anticipaba el fallo. Indicaba que la sentencia estaba «pendiente de redacción» y que «incorporará dos votos particulares emitidos por las magistradas de la Sala II D^a. Ana María Ferrer García y D^a. Susana Polo García que disienten de la misma». Eso significaba que la votación sobre el fallo se realizó antes de que estuviera disponible el texto entero de la sentencia, y que, sin embargo, ya había sido completado el texto del voto particular —en realidad único y conjunto de las dos magistradas discrepantes—¹⁰. Que la Sala ya contara con el voto particular es perfectamente explicable, pues seguramente coincidía en gran parte con el texto de la ponencia inicial que había presentado la magistrada Polo, que después fue derrotado.

Pero lo que sí resulta digno de atención -además de paradójico, como he indicado antes- es que el fallo se hiciera público diecinueve días antes de que se difundiera la sentencia completa con su fundamentación. Este cambio en el orden de los factores suele obedecer bien a que el acusado está en prisión preventiva y debe ser liberado porque el fallo es absolutorio; o bien porque, al contrario, el investigado está en libertad y resulta condenado a pena privativa de libertad, con lo que se corre el riesgo de que huya¹¹. Pero en este caso de García Ortiz no ocurría nada de eso, ya que no se le imponía una pena de prisión, sino solo la de inhabilitación, por lo que desde luego no existía una alta probabilidad del riesgo de fuga.

⁹ Antecedente de Hecho vigésimo de la STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365).

¹⁰ También en el Antecedente de Hecho vigésimo de la STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), se menciona la existencia de dos votos particulares, cuando finalmente solo se presentó uno conjunto de las dos Magistradas disidentes. Sin embargo, en el Fundamento Jurídico (FJ) Preliminar.2 se habla en singular de voto particular.

¹¹ El ATS 178/2016, Penal, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2016:178A), FJ 5, hace referencia a un caso en el que unos magistrados pudieran haber realizado una supuesta deliberación y votación informal e informado después a la Agencia Tributaria; pero afirma que no hay ningún indicio de que esto hubiera ocurrido.

Desde el punto de vista del condenado, esta forma de proceder supone no solo una descortesía sino algo más relevante: un período de tiempo en el que, si se discrepa del fallo, se impide la posibilidad de ir armando y entretejiendo los argumentos de un posible incidente de nulidad de actuaciones y una posterior e imaginable demanda de amparo. El acusado ya ha quedado vencido, pero no puede luchar argumentativamente contra el tribunal que le castiga, como si braceara en el aire sin ningún contendiente enfrente¹².

Es imaginable que a lo largo de las deliberaciones el segundo Ponente tomara nota de los acuerdos parciales mayoritarios, y que incluso esas notas fueran compartidas por los demás miembros de la Sala, pero me cuesta trabajo asimilar que cinco magistrados adoptaran el fallo sin poder contar con el texto definitivo de la resolución. Se suele decir que el diablo está en los detalles, y esto es aún más cierto en el ámbito del Derecho penal, en el que los juristas discutimos a veces con denuedo sobre el significado de una simple coma o sobre si la conjunción «y» tiene sentido copulativo o disyuntivo; los juristas nos movemos en el reino de los matices. Pues bien, ¿esos cinco Magistrados de la mayoría vieron tan evidente la condena, que se atrevieron a firmar una especie de cheque en blanco? Una vez votada la sentencia antes de darse a conocer el fallo, la votación ya no se puede repetir, salvo caso de fuerza mayor. Es cierto que, en decisiones judiciales de calado político, los magistrados suelen dar preferencia a los acuerdos adoptados por unanimidad o por una importante mayoría, para dar más seguridad y legitimidad a la decisión adoptada. Ahora bien, me pregunto si alguno de los magistrados que apoyaron en este caso la condena, al conocer el texto final de la resolución, hubiera seguido votando a favor o podría haber presentado en el momento oportuno un voto particular concurrente, es decir, apuntando ideas que podrían haber servido para reforzar la argumentación de la sentencia. Esta posibilidad ha quedado dificultada al adelantar la Sala el momento de la votación respecto al de la publicación de la sentencia íntegra.

Hasta ahora he dado por sentado que fueron cinco los magistrados que asumieron la condena, porque solo dos magistradas redactaron un voto particular discrepante. Pero tampoco esto es absolutamente seguro, porque tanto el art. 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), como el art. 139 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), pero no la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), prohíben que en las resoluciones de los tribunales españoles se revele el resultado concreto de la votación. Por lo tanto, siempre que se garantice la mayoría absoluta de votos¹³, habría sido también posible un resultado de cuatro a favor de la condena y tres en contra, porque el magistrado que vota en contra de una resolución no está obligado a redactar un voto particular, sino que eso constituye una facultad de la que puede usar o no. Es posible que renuncie a la redacción del voto particular por falta de tiempo o para no enfrentarse aún más a sus compañeros o por alguna otra razón igualmente atendible.

Creo que conviene hacer alguna puntualización sobre la circunstancia de que la publicación completa de la sentencia viniera acompañada de los votos particulares discrepantes. Para disentir de algo es imprescindible conocer previamente el objeto de la discordia. ¿Dispusieron las dos magistradas discrepantes del texto definitivo acordado por la mayoría para poder hacer sus observaciones críticas? Así debería haber sido, pero a mí por lo menos no me queda del todo claro. Si el ponente estuvo completando y perfilando el texto desde el 20 de noviembre de 2025,

¹² También se manifiesta críticamente en este sentido y respecto a lo que indico en el texto a continuación NIEVA-FENOLL, «Pero... ¿por qué lo han condenado?», en diario *El País*, de 21.11.25.

¹³ Lo que viene exigido en el art. 255.1 LOPJ.

es decir, el momento en el que se hizo público el fallo, hasta la publicación completa de la sentencia el 9 de diciembre de 2025, ¿con cuánto tiempo de reflexión y redacción de los votos contaron ellas?

Por último, es sabido generalmente que los jueces anticipan la decisión y después construyen la motivación que conduce, más o menos directamente, al fallo¹⁴. Pero los variados silencios en la motivación de esta sentencia inducen a pensar que no son puros olvidos, sino omisiones deliberadas sobre conclusiones parciales en la argumentación, porque se prefirió eludir lo que podría haber conducido a otro fallo que no se deseaba.

4. Algunas cuestiones del delito del art. 417.1 del Código penal

4.1. El bien jurídico protegido

Bastantes sentencias del Tribunal Supremo coinciden en considerar que el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común¹⁵. Si el primero es amplio y falto de concreción, el segundo es claramente desmesurado, pues en definitiva cualquier delito incluido en una ley penal persigue el bien común, incluso cuando se protegen intereses individuales. En otras ocasiones, la jurisprudencia concreta algo más, al mencionar «el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad»¹⁶, «la actividad de seguridad pública del Estado»¹⁷, «el buen funcionamiento, la credibilidad y la confianza en la Administración»¹⁸ o «la preservación y utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la administración, y en el concreto aspecto que nos atañe, por la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la policía»¹⁹.

Ahora bien, es muy posible que además de atentar contra la adecuada actividad de las Administraciones Públicas, la revelación del secreto afecte simultáneamente a la intimidad de ciudadanos particulares. Esto es lo que ocurre en el supuesto de hecho de una resolución en la que desde un puesto de la Hacienda Pública se informa a terceros de las declaraciones de unas

¹⁴ Estas son las esclarecedoras palabras de NIETO, «Lo simulado y lo disimulado en la motivación de las sentencias», *Anales de la Real academia de Ciencias Morales y Políticas*, (89), 2012, p. 508: «En la realidad lo que importa al juez y a las partes es la decisión del conflicto o fallo. Luego viene el trámite formal de la motivación en la que el juez calla lo que no le conviene decir y explica prolijamente lo que le viene bien [...]».

¹⁵ Así, SSTs 13 julio 1999, FJ 3; 1249/2003, de 30 de septiembre, FJ 3; 1114/2009, Penal, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:8080), FJ 6; 773/2013, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 8.1; 499/2014, Penal, de 17 de junio, FJ 7; 509/2016, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2627), FJ único; 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5. La STS 67/2013, Penal, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2013:440), FJ 5.2, considera que el bien jurídico protegido es el cumplimiento de los fines de la administración y, más en concreto, la confidencialidad de las informaciones de que dispone la policía; y añade que la conducta del recurrente provoca la «quiebra de la credibilidad que el colectivo social debe tener en todas las instituciones y los funcionarios que las encarnan, amén de producir una perturbación en el servicio público, frustrando sus objetivos». El ATS 1446/2013, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2013:7145A), FJ 4, estima que el bien jurídico protegido es el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad.

¹⁶ Así, STS 1321/2006, Penal, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8729), FJ 5.

¹⁷ Así, SSTs 1898/2000, Penal, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:9089), FJ único; 773/2013, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 8.1.

¹⁸ Así, STS 391/2014, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1869), FJ 2 c); similar STS 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FFJJ 6 y 7.

¹⁹ Así, STS 157/2014, Penal, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1008), FJ 29.

empresas por los conceptos de operaciones a terceros y operaciones intracomunitarias²⁰; o cuando el funcionario consulta 8.936 veces los datos de trabajadores, empresas, vida laboral, prestaciones y certificados de situación de cotización²¹.

4.2. La diferencia con la infracción administrativa y con el tipo cualificado más grave del art. 417.1 párrafo segundo

La jurisprudencia se apoya en el principio de intervención mínima, fijándose en dos factores: la mayor o menor relevancia de la información revelada y la entidad del perjuicio ocasionado por tal revelación²². Pero, lógicamente, esta progresión de menos a más gravedad es valorativa y permite un amplio margen de apreciación.

Aunque en virtud del principio constitucional *ne bis in idem* en su dimensión procesal, se recuerda la preferencia del procedimiento penal sobre el disciplinario, y se reconoce que, en virtud de la sujeción especial que existe sobre el funcionario, es posible que se imponga tanto la pena como la sanción administrativa²³.

Suelen ser frecuentes los casos en que se revela información policial, como por ejemplo: cuando recae sobre la investigación de un delito, sobre la disposición de controles de alcoholemia, sobre las placas de matrícula de los vehículos oficiales camuflados, sobre la relación de confidentes, o sobre inspecciones en clubes de alterne; pues bien, en estos supuestos se rechaza la posibilidad de considerarlo infracción administrativa, ya que se considera un supuesto de grave daño para la causa pública (art. 417.1 párrafo segundo), si bien —en atención al principio acusatorio— se llega en ocasiones a calificar como revelación del tipo básico (art. 417.1 párrafo primero)²⁴.

4.3. ¿Qué es un secreto o una información que no deban ser divulgados?

La jurisprudencia sostiene que estamos ante un tipo penal abierto, porque la norma no describe los secretos e informaciones cuya revelación dará lugar a la conducta típica²⁵; pero en realidad eso mismo podría decirse de los seres humanos que son víctimas del homicidio o de los insultos que dan lugar a injurias, pues también en ese sentido son tipos abiertos.

²⁰ Así, en la STS 1249/2003, Penal, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5842), recurso interpuesto por J.C., FJ 1.

²¹ Así, en la STS 525/2014, Penal, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2014:3545), FJ 4.

²² Así, SSTS 1114/2009, Penal, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:8080), FJ 6; 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6; 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5; 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.5.

²³ Así, STS 914/2003, de 19 de junio, FJ 1.

²⁴ Así, SSTS 1191/1999, Penal, de 13 julio (ECLI:ES:TS:1999:5042), FJ 3; 773/2013, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 8.1; 493/2014, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2014:3482), FJ 4 («interés del Estado en la lucha contra la criminalidad y particularmente el narcotráfico»; el daño para la causa pública consiste en «obstaculizar, entorpecer o bloquear incluso el resultado de la investigación policial de un delito, menoscabando así la prestación de un servicio público de suma importancia para el bien de la comunidad»); 499/2014, Penal, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2816), FJ 7; 771/2015, Penal, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5610), FJ 9.2; 601/2017, Penal, de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2017:3140), FJ 6; 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 10.

²⁵ Así, SSTS 1191/1999, Penal, de 13 julio (ECLI:ES:TS:1999:5042), FJ 3; 773/2013, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 8.1; 499/2014, Penal, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2816), FJ 7; 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5.

La jurisprudencia mayoritaria suele distinguir el secreto de la información como dos objetos materiales distintos, ya que la propia norma los diferencia²⁶, aunque también hay resoluciones en sentido contrario²⁷. Los secretos son aquellos definidos como tal por la Ley de secretos oficiales o en otra ley o disposición general²⁸, o mediante un procedimiento que permita atribuirle tal calificación²⁹. Para las informaciones se recurre al art. 442 del Código Penal, que hace referencia a «toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada»³⁰. Se aclara que no es preciso que la información o secreto sean de carácter personal³¹.

Sin embargo, la doctrina no es unánime: frente a quien no diferencia informaciones y secretos, al considerar que tienen en común «que no deban ser divulgados», entendiendo que el concepto de secreto es más amplio, que el que se refiere a los secretos «oficiales»³², hay quien distingue estrictamente entre secretos e informaciones³³.

En realidad, lo que el precepto pretende es configurar con la mayor amplitud posible el abanico de posibles objetos materiales. Y por ello es irrelevante que un dato o noticia sea calificado bien como información o bien como secreto, porque en cualquiera de los dos casos el hecho de revelarlo puede ser incluido en el tipo. Lo decisivo es el elemento típico de «que no deban ser divulgados» y que comprende tanto los secretos como las informaciones.

Pues bien, para que una información pueda ser calificada de algo que no debe ser divulgado tiene que pasar, a mi entender, un doble filtro, general y particular.

Desde un punto de vista general no hay secreto cuando se trata de un conocimiento común, que cualquiera puede dominar, por mucho que alguien lo considere un secreto³⁴. Que en invierno amanece entre las 7,30 y 8,30 de la mañana no puede ser ningún secreto, como tampoco lo ha de

²⁶ Así SSTs 1321/2006, Penal, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8729), FJ 5; 887/2008, Penal, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 1, III; 424/2014, Penal, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2268), FJ 5; 499/2014, Penal, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2816); 771/2015, Penal, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5610), FJ 9; 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6.

²⁷ No los diferencia el ATS 1446/2003, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2013:7145A), FJ 4, ya que considera información o secreto «cualquier hecho conocido en atención al cargo u oficio, que sin haber recibido la calificación formal de secreto, es reservado por su propia naturaleza»; similar la STS 773/2013, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 8.1. La STS 535/2015, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4269), FJ 5, considera que la diferencia entre secreto e información queda diluida.

²⁸ Así, STS 367/2020, Penal, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2053), FJ 2.

²⁹ Así SSTs 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.6; 483/2022, Penal, de 18 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2033), FJ 3.

³⁰ Así, ATS 11023/2012 (Penal), de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:11023A).

³¹ Así, STS 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6.

³² En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., 2023, p. 989.

³³ Cfr. en este sentido MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., 2005, p. 2097; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 5.ª ed., 2008, p. 1092 s.; ECHEVARRÍA, *Delitos de los funcionarios públicos*, 2019, p. 114; MORILLAS CUEVA, en «Delitos contra la Administración Pública (IV): Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos» EL MISMO (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., 2024, p. 1339.

³⁴ Así también ECHEVARRÍA, *Delitos de los funcionarios públicos*, 2019, p. 112. Por el contrario, RUEDA MARTÍN, «Revelación de información reservada por autoridad o funcionario público en el ejercicio de una función pública», *InDret*, (1), 2026, p. 543, afirma: «No constituye, por tanto, un elemento de lo injusto del art. 417 CP la novedad de la información revelada», por lo que esta autora se muestra conforme con la condena a García Ortiz.

ser el dato de que la tierra es redonda en vez de plana. Incluso un dato histórico, como que el descubrimiento de América es debido a Cristóbal Colón y que ocurrió el 12 de octubre de 1492, no puede ser considerado secreto porque es de general conocimiento, o al menos puede ser determinado sin dificultad en un libro de historia o en Wikipedia³⁵. En el ámbito procesal, la revelación de una requisitoria no es una información secreta, ya que el art. 838 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga a su publicación³⁶. Cualquier medio de comunicación nos ofrece a diario nuevas informaciones o por lo menos informaciones que matizan, completan o complementan algo ya conocido. Si ocurriera lo contrario, si repitiera una y otra vez la misma noticia, el medio de comunicación perdería a su audiencia, nadie atendería a su reiterada cantinela. En el ámbito de lo típico va a ocurrir lo mismo: si ante una noticia conocida, el funcionario la revela complementándola con datos hasta entonces reservados, podría cometer el delito del art. 417.1³⁷.

Por el contrario, en la querella formulada contra Pedro Morenés, entonces Ministro de defensa del Gobierno del Partido Popular, el ATS de 15 de diciembre de 2014 no aprecia una conducta típica porque se emite una nota de prensa con manifestaciones ampliamente conocidas:

«a) Es difícil hablar de secreto o de datos reservados en relación con episodios o incidencias (expediente disciplinario seguido) que han sido aireadas, difundidas y divulgadas por quien invoca esa “confidencialidad”.

b) La puntualización por un órgano de la Administración del Estado sin valoraciones subjetivas, de manera comedida, y extremadamente aséptica, y consignando datos objetivos que circulaban ya libremente por los medios de comunicación a impulsos del querellante, no comporta la violación de ningún deber de reserva. Las manifestaciones atribuidas en los expedientes al querellante y difundidas mediante la nota de prensa, habían circulado ya amplia y propiamente en los medios de comunicación, propagadas, entre otros, por el querellante. Ningún “secreto” se desvela».

Pero no basta con ese filtro general, también conviene aplicar otro particular. De modo que si a un personaje público no le importa mostrarse como homosexual e incluso lo reconoce de palabra, no cabe afirmar que esa condición es para él un secreto; pero sí lo puede ser, indudablemente, para aquel político que prefiere ocultar su naturaleza gay, porque teme que si se divulga, puede acarrearle consecuencias perjudiciales para su carrera. Es posible que para muchos medir 169 o 170 cm. de altura les resulte irrelevante; pero puede no serlo para quien pretende ingresar en un cuerpo de seguridad que exige una determinada altura para ser admitido; de manera que si alguien revela que otro tiene una dimensión inferior a la requerida para el ingreso, estará incurriendo en una conducta penalmente prohibida. Por el contrario, revelar a alguien datos del propio sujeto al que se informa y que por ello los conoce, o que en todo caso puede obtenerlos por las vías establecidas por las leyes y reglamentos, no constituye este delito³⁸.

³⁵ La STS 535/2015, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4269), FJ 5, declara: «Poco discutible es que, si la indiscreción del funcionario afecta a conocimientos que obtuvo al margen de su condición de tal -confidencia obtenida en el ámbito de sus relaciones estrictamente privadas-, la transmisión de lo así conocido a terceros no constituye un delito *de funcionario* y no encaja en el tipo penal».

³⁶ Así, STS 771/2025, Penal, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:4091), FJ 9.2.

³⁷ Así, ATS 1446/2013, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2013:7145A), FJ 4; STS 391/2014, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1869), FJ 2 b).

³⁸ Así, STS 509/2016, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2627), FJ único.

La jurisprudencia no considera secreto el documento en el que figuran los turnos de servicio de la Guardia Civil en la aduana, fijados en un tablón de la dependencia de la benemérita, porque podían verlo los particulares³⁹; ni tampoco las informaciones sobre la actuación profesional de un Magistrado, como las decisiones jurisdiccionales adoptadas por la Sección que preside, su práctica de autorizar visitas de las personas incurso en un procedimiento criminal, los lugares que frecuenta y las horas en que lo hace, el vestuario que exhibe, o ciertas manifestaciones efectuadas por él en lugares públicos⁴⁰.

Tampoco se considera secreto la declaración a los medios de comunicación por parte del Sr. Carlos Lesmes, entonces Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, sobre la sanción o expediente disciplinario abierto a un miembro de la carrera judicial, y la expresión de sus deseos -como un mero *desiderátum*- de que tal expediente llegara a buen fin, sin revelar ningún otro tipo de dato⁴¹.

Y tampoco son típicas las declaraciones al diario *El País* de que la Fiscalía estaba estudiando seriamente la posibilidad de querellarse contra un Magistrado por un delito de prevaricación continuada⁴².

No se considera típica del art. 417.1, sino a lo sumo infracción administrativa, la conducta del funcionario público que participa como representante sindical, graba y transcribe la deliberación de un Tribunal de valoración de méritos y posteriormente divulga su contenido, mandando el acta paralela por correo electrónico a trabajadores de su organismo, colgándola igualmente en el tablón de anuncios⁴³.

El concepto de secreto o de información que no deban ser divulgados no puede depender del círculo de personas que los conozcan. Es relativo: se suele decir que en nuestro país, donde se escribe mucho pero se lee poco, un método infalible para guardar un secreto es escribirlo en un libro, porque el nivel de lectura en España es bajo...

Pero, ahora en serio: indudablemente es una información secreta cuando solo hay un emisor y un receptor, como ocurre por ejemplo cuando en la intimidad de su habitación un cónyuge le expresa al otro -al que podríamos denominar «secretario»⁴⁴- que sospecha que padece una grave enfermedad, de la que todavía no ha informado a nadie, ni siquiera a su médico. Obviamente no puede haber un delito de divulgación de secretos cuando es el propio titular del secreto quien lo divulga voluntariamente, sin ninguna presión externa, como ocurrió con los escritores Pablo Neruda y Fernando Sánchez Dragó al reconocer en sus publicaciones pasadas agresiones sexuales de ellos mismos contra mujeres⁴⁵; y tampoco habría delito incluso en la hipótesis de que nadie hubiera leído esas confesiones.

³⁹ Así, STS 1321/2006, Penal, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8729), FJ 5.

⁴⁰ Así, STS 866/2008, Penal, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6943), FJ 6.

⁴¹ Así, ATS 10168/2013, Penal, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:10168A), FJ 1.

⁴² Así, ATS 10168/2013, Penal, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:10168A), FJ 8.

⁴³ Así, STS 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.16.

⁴⁴ El Diccionario de la Real Academia recoge una acepción en desuso de la palabra «secretario», como persona depositaria de algún secreto de otra.

⁴⁵ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 25.ª ed., 2023, p. 990.

Pero también puede haber secreto o información cuya divulgación no constituye delito cuando el asunto solo es comunicado a un círculo de personas, más o menos amplio, que están obligadas a que no trascienda esa información. Por ejemplo, si en un organismo como el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) -el servicio secreto español- varios funcionarios están al tanto de una información o secreto que no debe ser revelado, ya que en ese círculo lógicamente se tiene conocimiento de noticias que deben permanecer dentro de las paredes de dicho organismo, sin que trasciendan al exterior. En este caso, cabe entender que sigue habiendo un secreto. Un funcionario de policía puede comunicar un secreto o información reservada a sus compañeros de departamento por necesidades del servicio, pero si los destinatarios de la comunicación también tienen asumido -porque son igualmente policías- un deber de no divulgarla, esa conducta del primer funcionario no es delictiva, porque no encaja en el artículo 417.1 del Código Penal⁴⁶. En consecuencia, el número de receptores de algo caracterizado como secreto puede ser bastante amplio, y seguirá siendo tal secreto si ese ámbito de receptores sigue teniendo la obligación de que la información no trascienda a terceros.

Ahora bien, no constituyen información reservada los borradores de las condiciones de un concurso, cuando sus contenidos se elaboraban conjuntamente por la Administración y los particulares, supuestos destinatarios de la misma⁴⁷.

4.4. Delito especial, ya que solo lo pueden cometer la autoridad o el funcionario público

El delito solo lo pueden cometer las personas que sean autoridad o funcionarios públicos; es por tanto un delito especial⁴⁸. Para las personas que no cumplan esas condiciones, el Código Penal prevé otras figuras delictivas distintas⁴⁹. Sobre los conceptos de autoridad y de funcionario público nos ilustra el art. 24 del Código Penal.

Aunque se trate de un delito especial, los partícipes *extranei* -esto es, que no reúnen las características para ser autores- que intervengan en él pueden responder por este mismo delito del art. 417, como inductores, cooperadores o cómplices, en su caso con la rebaja de pena que prevé para los dos primeros casos el art. 65.3.

El Tribunal Supremo considera que el art. 418 ha sido calificado por la doctrina como el «reverso» del art. 417⁵⁰. A mi entender, el art. 418 contempla una especie de «receptación» de lo revelado;

⁴⁶ Así expresamente la STS 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5. También en la STS 483/2022, de 18 de mayo, FJ 3, cuando una mujer policía municipal revela a su marido, policía nacional, una información, que este también tiene obligación de no revelar.

⁴⁷ Así, STS 391/2014, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1869), FJ 2.

⁴⁸ Así, STS 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6, si bien esta resolución incurre a mi entender en analogía prohibida cuando afirma que el tipo es aplicable aunque en el momento de la revelación el sujeto haya dejado de ostentar el ejercicio del cargo; en el mismo sentido que esta resolución: MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., 2005, p. 2098; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 7.ª ed., 2018, p. 650.

También existen otros delitos para autoridades o funcionarios que revelan informaciones; así el art. 198; el art. 442, cuando se pretenda obtener un beneficio económico; el art. 466.2, sobre revelación de actuaciones procesales declaradas secretas; el art. 536 párrafo segundo, si se revela la información obtenida mediante interceptación de las comunicaciones, con violación de las garantías constitucionales o legales; y los arts. 598 ss., respecto a información legalmente calificada como reservada o secreta.

⁴⁹ Arts. 197 ss.

⁵⁰ Así, STS 1194/2004, Penal, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:7914), FJ 4.5.

hay que presuponer que el delito del funcionario -el del art. 417- ya está ejecutado y consumado, pero la información trasciende a un particular que se aprovecha, para sí o para otro, de lo descubierto, conducta que el Código quiere castigar de manera específica, precisamente para evitar que el funcionario incurra en la conducta prohibida del art. 417. Ahora bien, en el caso de que la revelación provoque un grave daño para la causa pública o para tercero, el Código considera incluso más grave esa conducta del particular responsable del art. 418 (prisión de uno a seis años, más la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social de seis a diez años) que la del funcionario público del art. 417.1, párrafo segundo (prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a cinco años), lo que resulta desproporcionado⁵¹.

La STS 361/2022, de 7 de abril, FJ 3, se ocupa de la conducta de un particular que, a cambio de precio y con pleno conocimiento de la procedencia ilícita de los datos, se puso en marcha para captar a receptores que compraran la información revelada; confirma la sentencia de instancia, que califica a tal particular como cooperador necesario del art. 418, aunque el Tribunal Supremo cree que sería más correcta la calificación de autor de este último precepto. Por mi parte creo que hay que diferenciar según el momento del acuerdo entre el particular y quien le encarga esa captación de receptores: si el acuerdo fue anterior a la conducta del funcionario y condicionó su ejecución, entonces el particular debería ser condenado como cooperador necesario del art. 417, con la posible reducción de pena del art. 65.3; pero si el acuerdo es posterior a la revelación, entonces ese particular incurre en la responsabilidad del art. 418 a título de autor directo.

4.5. Origen de la información o secreto

El art. 417.1 expresa que el conocimiento del secreto o información se obtiene «por razón del oficio o cargo» del autor. Con ello se está aludiendo al origen del secreto, origen que en principio es lícito, ya que la autoridad o funcionario lo obtiene en el desempeño de sus funciones. Este dato le sirve al Tribunal Supremo para distinguir esta infracción del art. 417.1 respecto de la prevista en el art. 198, en la que el acceso a la información o secreto es ilícito, infringiéndose así un doble deber: el de no apoderarse ilegalmente y el de no revelar⁵²; aunque, por otro lado, se afirma la homogeneidad de ambos preceptos, cuando se cuestiona el cumplimiento del principio acusatorio⁵³. Ahora bien -matiza la jurisprudencia-, el origen de la información o secreto no tiene que provenir necesariamente del mando superior, sino que puede haberse obtenido circunstancialmente⁵⁴ en el ámbito del trabajo de la autoridad o funcionario público. Y también precisa que el deber genérico del funcionario no convierte en secreto todo aquello de lo que tenga conocimiento en virtud de su oficio o cargo⁵⁵.

⁵¹ Se sorprende de esta desproporción la STS 138/2019, Penal, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:679), FJ 6. También considera excesiva la pena SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª ed., 2006, p. 806.

⁵² Así, SSTs 725/2004, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4055), FJ 5; 525/2014, Penal, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:2014:3545), FJ 4; 509/2016, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2627), FJ único; 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6; 211/2019, Penal, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1245), FJ 3; 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5. Sin embargo, la STS 1114/2009, Penal, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:8080), FJ 6, considera que la diferencia estriba en que el art. 197 es un delito de intención que se consuma con el mero apoderamiento o interceptación, sin necesidad de que se produzca el efectivo descubrimiento de secretos o la divulgación de los mismos.

⁵³ Así, STS 346/2021, de 28 de abril, FJ 5

⁵⁴ Así, SSTs 1239/2001, de 22 de junio, FJ 2; 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6.

⁵⁵ Así, STS 1321/2006, Penal, de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8729), FJ 5.

Para que la revelación de un secreto sea delito, el autor de la misma debe tener conocimiento del secreto *únicamente* por razón de su oficio o cargo. Por lo tanto, si se revela algo que se ha conocido a través del telediario de la noche no se incurre en ninguna infracción⁵⁶; como tampoco se incurre, si se divulga lo que se ha sabido tanto por la actividad profesional como por las noticias de algún medio de comunicación.

4.6. La revelación a terceros

La conducta típica de «revelar» también implica la necesidad de que algo inicialmente desconocido, oculto o confidencial trascienda, es decir, sea difundido, comunicado o publicado a terceros. La definición jurisprudencial es la siguiente: «La revelación de secretos o de información que no deba ser divulgada, consiste en transmitir a terceros -ya se trate de funcionarios públicos o particulares- que no conocen y además no están facultados para conocer, el contenido del secreto o de la información. [...]. Sólo sería merecedora de reproche legal la revelación de una materia cuando efectivamente, la revelación haya supuesto una afección material al bien jurídico protegido⁵⁷».

Incluso en el mundo de la fotografía la conducta de revelar se aplicaba a convertir en una fotografía en papel la imagen previamente impresa en un vidrio, en una placa o en una película, de modo que a partir de entonces se convertía en plenamente visible a los ojos de cualquier observador.

En consecuencia, si el sujeto activo se guarda la información y secreto para sí, no incurre en el delito⁵⁸; es más: es eso precisamente lo que impone el deber de sigilo. Para cometer el delito es necesario que esos datos trasciendan desde el sujeto activo hacia terceros, lo que puede ocurrir de manera encadenada a través de sucesivos destinatarios⁵⁹. alguna resolución del Tribunal Supremo precisa que «cuando se revela un secreto, y más aún si el destinatario de lo revelado es un profesional de la información, el secreto o la información reservada ha dejado ya de serlo»; a partir del primer acto de revelación «ha de entenderse que el secreto ya no es propiamente un secreto, la reserva respecto de la información ya ha desaparecido, y, por ende, que el delito no puede reiterarse»⁶⁰.

⁵⁶ En sentido similar, SSTs 535/2015, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4269), FJ 5; 104/2022, de 9 de febrero, FJ 2.

⁵⁷ Así, STS 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5.

⁵⁸ Así, respecto al art. 418, que la jurisprudencia considera el reverso del tipo penal del funcionario, la STS 1194/2004, Penal, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:7914), FJ 4. Esta consideración de reverso del art. 418 respecto al del 417 puede provenir de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2101.

⁵⁹ Así, STS 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 16, en relación con el art. 418. Y en relación con el art. 417.1 la STS 483/2022, de 18 de mayo, FFJJ 2 y 3, pero llegando a un fallo absolutorio.

⁶⁰ Así, STS 866/2008, de 1 de diciembre, FJ 6.

4.7. La ponderación típica sobre informaciones

Para calificar como delito del art. 417.1 (y no como infracción disciplinaria), la jurisprudencia mayoritaria considera necesario efectuar en el tipo una ponderación de los valores en juego⁶¹.

A partir del art. 105 b) de la Constitución, cabe decir que los poderes públicos se rigen por la regla de la transparencia⁶², de modo que el secreto es la excepción. En el nivel infraconstitucional esa idea se plasma mediante la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En ella se imponen obligaciones de información a la Administraciones y otros entes públicos y paralelamente se reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a esa información, aunque con excepciones en materia penal y procesal⁶³, pero excepciones no automáticas, sino justificadas y proporcionadas. También se reconocen restricciones a obtener información cuando se trata de datos personales.

La jurisprudencia⁶⁴ ha recordado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha considerado compatible con el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios públicos -y también con los derechos sindicales- el establecimiento de proporcionales y equilibradas obligaciones de reserva que respondan al interés legítimo de un Estado democrático de garantizar que su servicio público sirva a los fines establecidos en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶⁵.

Alguna decisión del Tribunal Supremo considera que dentro de esta ponderación son relevantes el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y la erosión de la imagen de un Ayuntamiento, al extender la imagen de nepotismo⁶⁶.

La resolución que se ocupa del libro *El hombre que veía amanecer*, de Pilar Urbano, relativo al entonces magistrado Baltasar Garzón⁶⁷, hace una interpretación muy restrictiva de las informaciones procesales que no se pueden revelar. Así con base en los arts. 120.1 y 20.1 d) de la Constitución, se proclama que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento, y que se garantiza el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión. Y añade:

«El secreto del sumario debe interpretarse en un sentido restrictivo, por lo que no puede erigirse en un obstáculo insalvable para que uno o varios elementos de la realidad social, sean arrebatados

⁶¹ Así, SSTs 771/2015, de 2 de diciembre, FJ 9; 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 6; 367/2020, Penal, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2053), FJ 2; 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.7; STS 483/2022, de 18 de mayo, FJ 3.

⁶² Así, la STS 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.11.

⁶³ Dicha Ley 19/2013 establece en su art. 14: «1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: [...] e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. [...] 2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.»

⁶⁴ Así, STS 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.14.

⁶⁵ Así, SSTEDH de 26 de septiembre de 1995; de 7 de diciembre de 2010, caso *Vogt c. Alemania*; *Poyraz c. Turquía*.

⁶⁶ Así, STS 887/2008, Penal, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 1.III.

⁶⁷ ATS 11 de mayo de 2001, FJ 4, que desestima la querrela presentada contra Garzón, al concluir que en el citado libro no se revelan datos sumariales, sino valoraciones personales del querrellado.

a la libertad de información, en el doble sentido del derecho a informarse y derecho a informar con el único argumento de que, sobre aquellos elementos, están en curso unas determinadas diligencias sumariales.

Al delito de revelación de secreto, relacionado con la difusión del contenido de actuaciones procesales, se le debe dar un contenido restrictivo. No es lo mismo difundir incidencias procesales dando cuenta simplemente de su celebración, que divulgar el contenido específico y literal de la diligencia practicada sacando a la luz pública aquello que por su particular naturaleza debe permanecer secreto. Como se viene diciendo por esta Sala, queda relativizado el carácter secreto de las actuaciones de investigación judicial. Al mismo tiempo se precisa que el secreto no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de informaciones, sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados.»

De esta manera se aproxima el delito de revelación de secretos al de infidelidad en la custodia de documentos, ya que aquel consistiría en hacer público el documento en sí y no en una noticia más o menos aséptica respecto al contenido de dicho documento.

De manera similar el ATS de 15 de diciembre de 2014, relativo a la querella contra Pedro Morenés, entonces ministro de Defensa en el Gobierno del Partido Popular declara:

«Secreto de las actuaciones penales y libertad de información y derecho de la sociedad a estar informada son compatibles. La doctrina contenida en la STEDH de 22 de mayo de 1990 (Asunto Weber) es concluyente y no deja margen alguno para que se abra paso la expansionista concepción del secreto del sumario que trasluce la querella».

4.8. El daño a la causa pública como resultado y otras fases del *iter criminis*

El segundo párrafo del art. 417.1 CP castiga con una pena más elevada, que incluye prisión de uno a tres años e inhabilitación especial también de mayor duración, si la revelación ocasionara un grave daño para la causa pública o para un tercero⁶⁸. Eso significa que podemos deducir que en el delito que nos interesa, el del primer párrafo, ocurre precisamente lo contrario, es decir, que la revelación no produce ese grave daño sino un resultado lesivo de menor entidad para la causa pública⁶⁹, o lo que es lo mismo, para alguna Administración Pública, o para un tercero. Ello obliga, en lógica consecuencia, a identificar un nivel mínimo de lesividad en el tipo básico⁷⁰.

También podemos obtener alguna conclusión al comparar el art. 417.1 con el 417.2. Este último castiga con penas más elevadas la revelación de secretos de un particular, afectando además al

⁶⁸ La STS 439/2014, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2815), FJ 6 (caso bar Faisán), considera que hay grave daño a la causa pública cuando la policía, para evitar la detención, revela que se va a detener a alguien en el ámbito de la lucha antiterrorista contra el aparato de extorsión de ETA, debido a la posible desaparición de pruebas o a la dificultad de adoptar medidas precautorias.

⁶⁹ La STS 1249/2003, de 30 de septiembre, FJ 3, diferencia el tipo básico del art. 417.1 del tipo agravado del art. 417.2 y del ilícito administrativo en función de la gravedad del daño para la causa pública y de la mayor o menor relevancia de la información divulgada, atendiendo al principio de mínima intervención del Derecho Penal o *ultima ratio*, para resolver la distinción. En el mismo sentido, la STS 68/2013, de 27 de enero, FJ 3, considera daño relevante para la causa pública el revelar a un sujeto que está siendo vigilado por la policía por tráfico de drogas, si bien se admite la condena por el tipo básico del art. 417.1, que es el aplicado en la instancia, pero descarta la simple infracción administrativa prevista en el art. 7.1, j del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, relativo al Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

⁷⁰ Así, SSTs 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094), FJ único.9; 483/2022, de 18 de mayo, FJ 3.

bien jurídico de la intimidad de la víctima⁷¹. Lo cual quiere decir que, para tener un sentido autónomo y distinto, el delito del art. 417.1 tiene que hacer referencia a la revelación de secretos o informaciones de la causa pública, esto es, de alguna de las Administraciones Públicas. Y si solo estas pueden ser las titulares de tales secretos o informaciones, entonces el delito que ahora nos interesa, el del art. 417.1, está protegiendo el bien jurídico de la confidencialidad de ciertas actuaciones de las Administraciones Públicas respecto a materias sensibles de las que estas se ocupan: esta es la razón por la que se consideran delito las conductas previstas en él. Como ya he indicado, la jurisprudencia califica este bien jurídico en sentido más genérico como «el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas»⁷².

La consumación se produce cuando la información es transmitida a terceros⁷³. Se trata, pues, de un delito de resultado, que debe cumplir la condición de que ocasione un daño a la causa pública⁷⁴. Ahora bien, la mera revelación puede suponer *per se* ese daño⁷⁵.

Es punible tanto la tentativa⁷⁶ como la tentativa inidónea que se produce, por ejemplo, en el aviso de una diligencia de entrada y registro, que pese a ello, se llega a producir en la vivienda de quien recibe el aviso⁷⁷; pero cuando el destinatario ya conoce la información revelada ni siquiera cabe habla de tentativa inidónea⁷⁸.

4.9. Tipo subjetivo

Por lo que se refiere al aspecto subjetivo del delito, debe ponerse de relieve que el mismo exige la modalidad dolosa, ya que no está prevista en el Código Penal la variante imprudente⁷⁹. Eso significa que el responsable debe abarcar con su conocimiento y voluntad tanto la conducta de revelar secretos o informaciones obtenidos por razón de su oficio o cargo como la circunstancia de que no deben ser revelados⁸⁰.

⁷¹ Así, STS 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 7. La STS 346/2021, de 28 de abril, FJ 5, declara que el art. 417.2 es pluriofensivo, ya que además de proteger a la Administración Pública, tutela la intimidad de un particular.

⁷² Así SSTS 13 de julio de 1999, FJ 3; 1249/2003, de 30 de septiembre, FJ 3 y 439/2014, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2815), FJ 5.3 (caso bar Faisán).

⁷³ Así, STS 1249/2003, de 30 de septiembre, FJ 3. En sentido similar, la STS 439/2014, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2815), FJ 5.3 (caso bar Faisán), estima que la consumación se produce en el momento de la revelación del dato.

⁷⁴ Así STS 1114/2009, Penal, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:8080), FJ 6.

⁷⁵ Así, SSTS 157/2014, Penal, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1008), FJ 29; 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1386), FJ 7.

⁷⁶ Así, STS 535/2015, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4269), FJ 5.

⁷⁷ Así, STS 1114/2009, Penal, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:8080), FJ 7.

⁷⁸ Así, STS 535/2015, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4269), FJ 6. Pero la STS 692/2019, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:2038), FJ 9, precisa que sí es típica la revelación a los destinatarios de los datos policiales que versaban sobre ellos y que desconocían.

⁷⁹ Así, STS 367/2020, Penal, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2053), FJ 2, por lo que no admite el concurso con la prevaricación imprudente.

⁸⁰ El voto particular del magistrado Alberto Jorge Barreiro a la STS 439/2014, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2815), en el apartado 5, distingue entre el dolo y el deseo.

4.10. ¿Qué implicaciones tiene la expresión «que no deban ser divulgados»?

La jurisprudencia declara que esta expresión no implica que se deba desvelar algo que se considera «confidencial»⁸¹, en el sentido de encontrarse amparado por una especial naturaleza secreta, reconociéndose así que el término información es más amplio que el del secreto, derivado este de la aplicación de la Ley de secretos oficiales o de otros procedimientos destinados a la declaración de secretos.

De alguna manera esa cláusula —«que no deban ser divulgados»— ya nos pone sobre aviso respecto a la posibilidad de que será muy o bastante frecuente que la autoridad o funcionario público tenga el deber de hacer público el secreto o la información, por lo que en tal caso no cometerá delito. Pongo un ejemplo extremo: si un fiscal, cualquier fiscal, en un procedimiento declarado secreto, tiene conocimiento por un detenido que su grupo terrorista planea hacer estallar próximamente un explosivo en un campo de fútbol con 50.000 espectadores, en el que se celebra la final de un campeonato, está obligado a comunicar semejante noticia a la policía o al Ministerio del Interior. En este caso cede el deber de sigilo o de reserva frente al deber de salvar o al menos de intentar salvar la vida de miles de ciudadanos.

Entonces, para responder a la pregunta de si subsiste o no el deber de sigilo o reserva resulta necesario comprobar si concurre alguna causa de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad en la modalidad de colisión de deberes o el cumplimiento del deber.

La jurisprudencia precisa que para que sea típica, la revelación ha de ser indebida, lo que implica que el funcionario ha revelado un secreto o información sin mandato que lo permita, es decir, sin la concurrencia de una causa de justificación⁸².

En la sentencia sobre el caso del bar Faisán, se indica que si los policías, en aras de no perjudicar el proceso de paz negociado, hubieran acudido al estamento judicial o policial, en cuyo seno se habría decidido posponer o suspender la operación de detención, «este delito de revelación de secretos no tendría vida»⁸³, es decir, no se habría cometido porque la conducta estaría justificada o ni siquiera sería típica.

4.11. Pena

«A la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz, con la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales y que sólo se explican por razón de un empleo o cargo que preexiste y que es, en última instancia, el que ha de quedar afectado por la pena»⁸⁴. Se trataba en este caso de un bombero que como miembro de un tribunal de oposiciones había filtrado preguntas a los aspirantes al puesto; la

⁸¹ Así, STS 391/2014, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1869), FJ 3.

⁸² Así, expresamente, la STS 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5.

⁸³ STS 439/2014, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2014:2815), FJ 5.3. En el mismo sentido se pronuncia el voto particular del magistrado Alberto Jorge Barreiro a esta misma sentencia, en el apartado 5, sobre cumplimiento del deber, donde se alude asimismo a la posibilidad de un error de prohibición indirecto, es decir, a la posibilidad de la creencia errónea de que se actuaba en el cumplimiento del deber de revelar la información sobre la detención; en el apartado 6 de su voto apunta además la posibilidad de un error sobre la ponderación de los deberes en conflicto.

⁸⁴ STS 887/2008, Penal, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 1.II, B).

inhabilitación se aplicó a la función de bombero, no a la ocasional de miembro de un tribunal de oposiciones.

4.12. Concurso

Hay una clara diferencia entre los bienes jurídicos protegidos en el art. 417 (el buen funcionamiento, la credibilidad y confianza en la Administración) y en el art. 436, relativo a los fraudes y exacciones ilegales (intereses propios, patrimoniales y de otro tipo)⁸⁵.

Pero en relación con la prevaricación, ambos delitos operan en ámbitos distintos y se refieren a funciones públicas muy diferentes, aunque su fundamento es muy parejo⁸⁶, por lo que la prevaricación consume (art. 8.3) al delito de revelación de secretos.

Cuando son varias las conductas que revelan secretos o informaciones no divulgables se puede apreciar la figura del delito continuado⁸⁷.

La revelación de secretos es compatible con el delito de cohecho⁸⁸.

La revelación de secretos o informaciones del art. 417.1 consume (art. 8, 3ª) la omisión del deber de perseguir delitos (art. 408)⁸⁹.

5. Crítica a la sentencia que condenó al Fiscal General del Estado

5.1. La prueba de los hechos

En el relato de hechos probados aparece la siguiente frase: «La información recopilada, concretamente, el correo electrónico del 2 de febrero, fue comunicado desde la Fiscalía General del Estado, con intervención directa, o a través de un tercero, pero con pleno conocimiento y aceptación por parte del Sr. García Ortiz, al periodista de la Cadena SER, D. Miguel Ángel Campos...».

La frase contiene una duda acerca de si el Sr. García Ortiz reveló personalmente el correo electrónico o lo hizo a través de un tercero. Tampoco se dice que el Sr. García Ortiz ordenara a otro la revelación del correo, lo que podría convertirle todo lo más en un inductor o cooperador necesario. Esa vacilación inicial afecta por tanto a la determinación de si el Sr. García Ortiz era autor directo del delito del que se le acusaba o no. Pues bien, tal duda no debe aparecer en una sentencia condenatoria, ya que es incompatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es más, si figura una frase de ese tenor, el fallo de la sentencia ha de ser necesariamente la absolución del acusado. Rige aquí sin excepciones el principio relativo a los

⁸⁵ Así, STS 391/2014, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:1869), FFJJ 2 y 3.

⁸⁶ Así, STS 367/2020, Penal, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2053), FJ 2.

⁸⁷ Así SSTS 1027/2002, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2002:4005), FJ 2; 1249/2003, de 30 de septiembre, FJ 3. Sin embargo, la STS 214/2020, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:2019), FJ 5, indica que la pluralidad de revelaciones puede dar lugar a la aplicación unitaria del art. 417.1 párrafo segundo, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

⁸⁸ Así, STS 1027/2002, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2002:4005), FJ 2.

⁸⁹ Así, STS 773/2013, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5060), FJ 8.

hechos del *in dubio pro reo*, es decir, en caso de duda, hay que tomar la decisión más favorable al acusado, y que en este caso supondría que fue otra persona quién filtró la noticia⁹⁰. En tal hipótesis, el simple conocimiento y aceptación del Sr. García Ortiz no coincide con una conducta consistente en «revelar». Una cosa es hacer algo directamente, y otra muy distinta es conocer y aceptar lo que otro hace.

El ATS de 12 de noviembre de 2012, FJ 5, se ocupa de una denuncia contra Fátima Báñez, entonces Ministra de Empleo y Seguridad Social del Gobierno del Partido Popular, por la publicación de que el PSOE iba a realizar un ERE, denuncia que es inadmitida; y tal inadmisión se sustenta no solo porque la publicación no ha causado ningún daño al servicio público o a tercero, sino también porque en la denuncia se hace referencia expresa a una asesora de la denunciada, que es la autora del documento dirigido al diario que publicó la noticia, y que por tanto no resulta posible la imputación del hecho a la Ministra denunciada.

Decir que la comunicación salió «desde la Fiscalía General del Estado» es como afirmar que fue Fuenteovejuna la que mato al Comendador, pero con la sustancial diferencia de que en el drama de Lope de Vega el rey Fernando el Católico decide que el homicidio quede impune al no poder concretarse al autor de tal hecho⁹¹, mientras que en esta sentencia la condena recae sobre García Ortiz, entonces Fiscal General del Estado.

El relato de hechos probados expresa que Miguel Ángel Rodríguez, jefe de gabinete de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, Isabel Díaz Ayuso, difundió en redes sociales (así, en plural) la noticia, aunque tergiversada⁹², pero luego se circunscribe la posibilidad de filtrado solo a cinco personas⁹³, entre las cuales no está Rodríguez, pero sí está García Ortiz, lo que por lo menos resulta sorprendente para esa extrema reducción de posibles reveladores.

Ese mismo relato nos escamotea algo relevante que aparece en el voto particular conjunto, y es que la Nota de Fiscalía no aportó el pdf con la propuesta de conformidad redactada por el abogado de González Amador⁹⁴, sino una simple noticia acerca de la iniciativa de este para llegar a un acuerdo con la fiscalía. No hubo, pues, revelación de la propuesta en sí, sino solo una escueta y aséptica noticia sobre la misma.

⁹⁰ Esta es jurisprudencia reiterada: «Si en tales circunstancias surge una duda creíble sobre la veracidad de la afirmación de un hecho del que depende la antijuridicidad material del comportamiento, y con ello la condena u absolución del acusado, si el Tribunal expresa directa o indirectamente su duda, es decir, no puede descartar con seguridad que los hechos hayan tenido lugar de una manera diferente y más favorable al acusado, y no obstante ello adoptara la versión más perjudicial al mismo, vulneraría el principio *in dubio pro reo*, elemento judicial de ponderación auxiliar, pero de singular valor como regla de enjuiciamiento por su proximidad a la regla constitucional de la presunción de inocencia» (STS 291/2024, Penal, de 21 de marzo [ECLI:ES:TS:2024:1961], FJ único.5, con cita de otras resoluciones en el mismo sentido).

⁹¹ Le dice el juez al rey: «Y pues tan mal se acomoda / El poderlo averiguar, / O los has de perdonar, / O matar la villa toda». A lo que el rey responde: «Pues no puede averiguarse / El suceso por escrito / Aunque fue grave el delito / Por fuerza ha de perdonarse».

⁹² STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), Hechos probados: «Esta información, unida a los mensajes difundidos en redes sociales por D. Miguel Ángel Rodríguez, jefe de Gabinete de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, según los cuales la Fiscalía habría retirado el pacto ofrecido (circunstancia no recogida en la noticia de El Mundo y sin otro fundamento que una especulación gratuita del citado) [...]».

⁹³ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 2.5.

⁹⁴ Vid. el voto particular apartado I.3. respecto al PDF que acompañaba al correo y apartado IV.2 respecto a la naturaleza aséptica y puramente informativa de la nota.

Alguno de los indicios que señala la sentencia es una mera suposición, que no está probada. Así la de que es inimaginable que el acusado, al borrar los datos de sus móviles y utilizara uno nuevo distinto, no pudiera transferir toda la información precedente almacenada en la nube⁹⁵. ¿Guardaba el Sr. García Ortiz todos sus datos en la nube? Pues la verdad es que la sentencia no lo considera probado. Pero mediante esa simple intuición se está presuponiendo algo que no aparece como probado y que sin embargo sirve como indicio de cargo.

El contraindicio de las declaraciones de periodistas en el sentido de que tenían en su poder el correo sobre la conformidad de González Amador antes de que se produjera la revelación desde la Fiscalía, se descarta en la sentencia con el argumento de que tales reporteros están en un «difícil equilibrio» por estar amparados en el derecho al secreto profesional respecto a sus fuentes de información⁹⁶. Por supuesto que un tribunal es libre para creer más a un testigo que a otro⁹⁷. Pero no se puede restar credibilidad a un testimonio con el argumento de que quien declara en calidad de testigo está amparado en un derecho fundamental, el del secreto profesional, reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución⁹⁸. Del ejercicio de un derecho fundamental, no se pueden derivar consecuencias perjudiciales para quien lo ejerce ni tampoco para desprestigiar la verosimilitud de un testimonio en un juicio penal⁹⁹.

La sentencia también rechaza o al menos disminuye el valor probatorio de la declaración de García Ortiz¹⁰⁰ con el argumento de que solo contestó a las preguntas de su defensa, pero no a las de las acusaciones, especialmente a las del Letrado de González Amador, al reprocharle aquel a esta falta de lealtad. Nuevamente está en juego aquí el derecho fundamental a no declarar, contemplado en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución. Y otra vez se deriva un perjuicio por el ejercicio de tal derecho, lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional respecto al detenido o acusado: «es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal»¹⁰¹.

⁹⁵ Así en el FJ 2.7.3 de la STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365).

⁹⁶ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 2.9.

⁹⁷ MARCANO GÓMEZ, «Claves interpretativas de la STS 1000/2025, de 9 de diciembre», *La Ley Penal*, (178), 2026, pp. 11-12, plantea la duda de si en el caso de que los periodistas hubieran desvelado sus fuentes, sin el permiso de estas, podrían haber incurrido en el delito del art. 199; o si podrían ser hechos responsables del delito del art. 460, precisamente por negarse a revelar sus fuentes.

⁹⁸ En el mismo sentido, SOLANES MULLOR, «¿Licencia para mentir? Cómo el Tribunal Supremo convierte el secreto profesional del periodista en sospecha», *InDret*, (1), 2026, p. 555: «desconfiar o restar credibilidad sobre la base del secreto profesional del periodismo no es admisible»; y con más argumentos en la misma dirección.

⁹⁹ Así, en referencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se reconoce la garantía de la indemnidad por la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC (Sala Primera) 28/2025, de 10 de febrero (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2025), FJ 4, C) declara: «La jurisprudencia constitucional viene manteniendo desde la STC 14/1993, de 18 de enero, reiterada en muchas resoluciones posteriores (SSTC 196/2000, de 24 de julio, 16/2006, de 19 de enero, o 183/2015, de 10 de septiembre), que la garantía de indemnidad forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en el sentido de que “del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales dentro del ámbito de las relaciones públicas o privadas para las personas que los protagonizan” (FJ 2)». Y en referencia al derecho a no declarar, vid. las SSTC (Sala Segunda) 147/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), FJ 2; 181/2020, de 14 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021), FJ 2, a las que me referiré después.

¹⁰⁰ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 2.3.1: esta explicación «no hace sino reforzar las razones para una más que prudente valoración del significado exoneratorio de sus respuestas».

¹⁰¹ Así SSTC (Sala Segunda) 147/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009), 181/2020, de 14 de diciembre (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021), FJ 2

Otro aspecto cuestionable en lo que se refiere a la prueba de los hechos, que han resaltado varios comentaristas¹⁰², es que en la fase de instrucción la acusación se centró no en la nota informativa de 14 de marzo de 2024 sino en el (supuesto) hecho de desvelar el correo del abogado de González Amador, de 2 de febrero de 2024; mientras que en la sentencia, el objeto de la acusación es, en unidad de acción, tanto ese correo como la nota de prensa¹⁰³, nota cuya autoría siempre admitió García Ortiz. Pues bien, este cambio en el objeto de la acusación bien puede haber provocado una indefensión de éste a la hora de montar su estrategia y de proponer sus pruebas de descargo.

La sentencia dice, con toda razón, que «la prueba no solo debe ser acreditativa de un hecho, también ha de excluir alternativas razonables que pueden cuestionar la acreditación del hecho de la acusación»¹⁰⁴. Pues bien, de las consideraciones anteriores y de otras similares¹⁰⁵ no cabe deducir, a mi entender, la contundencia de la hipótesis condenatoria. Y recordemos que no es la defensa quien tiene que probar la inocencia, sino que es la acusación la encargada de acreditar la culpabilidad.

5.2. La más que cuestionable tipicidad y antijuridicidad de los hechos

Me he referido antes a la doctrina jurisprudencial que en el ámbito de la tipicidad exige una ponderación de los valores en juego. Y en relación con dicha ponderación, he mencionado también el criterio de que al delito de revelación de secreto, relacionado con la difusión del contenido de actuaciones procesales, se le debe dar un contenido restrictivo y que queda relativizado el carácter secreto de las actuaciones de investigación judicial. Ponderado este interés en relación con el deber de defender la actividad del Ministerio Público ante acusaciones infundadas, la solución debe ser la de dar preferencia a este último, con lo que el hecho atribuido a García Ortiz no sería subsumible en el delito del art. 417.1¹⁰⁶.

Como se ha indicado antes, el bien jurídico protegido en el delito del art. 417.1 CP es el de la correcta actividad de las Administraciones Públicas, en cuyo seno se impone al personal a su servicio la obligación de confidencialidad respecto a materias sensibles de las que se ocupa. Sin embargo, la sentencia que comento pone mucho énfasis en el perjuicio producido por la

¹⁰² Cfr. especialmente CÁMARA ARROYO, «El Fiscal General del Estado condenado por revelación de informaciones reservadas (art. 417.1 CP). Comentario y análisis crítico de algunos aspectos clave de la STS 1000/2025, de 9 de diciembre», *La Ley Penal*, (177), 2025, pp. 10-26.

¹⁰³ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 3.1.

¹⁰⁴ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 2.1. En sentido similar la STS 17/2026, 15 de enero, FJ único, 7: «Debiéndose recordar que no cualquier duda formulada debilita la solidez probabilística de la inferencia alcanzada. La duda que puede afectarla es la razonable: esto es, la duda justificada razonablemente y no arbitraria. La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria».

¹⁰⁵ Cfr., especialmente, CÁMARA ARROYO, *La Ley Penal*, noviembre de 2025, pp. 4-10.

¹⁰⁶ Así también, aunque con matizaciones diversificadas en atención al hecho de desvelar el correo de 2 de febrero de 2024 y al de comunicar la nota pública, de 14 de marzo de 2024, ESTRADA CUADRAS, «Una mirada equidistante a la condena del Fiscal General del Estado. Algunas consideraciones desde la teoría jurídica del delito», *InDret*, 1.2026, pp. 558-571.

revelación sobre la víctima, González Amador¹⁰⁷, tal vez como un factor adicional para justificar la condena. Pero si esto es así, ¿por qué no se ha aplicado bien el párrafo segundo del art. 417.1, que hace referencia al grave daño «para tercero»; o bien el art. 417.2 que castiga desvelar secretos de un particular, ambos con penas de prisión? La Sala enjuiciadora quiere huir de la calificación de una mera infracción administrativa. Para ello, afirma con vehemencia la gravedad de la conducta, con el argumento de que se han vulnerado derechos fundamentales de la víctima. Aunque las acusaciones pública y privada se habían centrado tanto en el delito del art. 417.1, incluidos su primer y segundo párrafo, como en el del art. 417.2, la Sala parece huir de una calificación que podría conllevar pena de prisión, por lo que decide optar exclusivamente por el art. 417.1, párrafo primero. Pero entonces, esa doctrina conduce a dejar prácticamente sin contenido el segundo párrafo del art. 417.1 y el art. 417.2¹⁰⁸.

Según la sentencia que es objeto de este comentario «el que un dato reservado sea conocido no supone que el mismo sea desprovisto de la tutela penal derivada de su carácter de reservado»¹⁰⁹; y añade: «aun cuando una determinada información fuera, total o parcialmente, conocida, la obligación de reserva de la autoridad o funcionario que la hubiera conocido por razón de su cargo permanecería»¹¹⁰. Esto no se adecua al sentido típico del objeto material de este delito, que consiste en un secreto o información que no deba ser revelado, y que antes he intentado concretar de la mano de la anterior y pacífica jurisprudencia. Si después de que es conocida públicamente una información o secreto, todavía se puede cometer el delito del art. 417.1, entonces habría que aceptar la estrambótica hipótesis de que la propia publicación o inserción en la colección legislativa de esta sentencia 1000/2025, ordenada por la Sala en el fallo, sería una conducta típica, ya que encajaría en el art. 417.1 del Código Penal. Algo que necesariamente debe ser descartado. Pero en cuanto *reductio ad absurdum*, nos obliga a rechazar como correcta la premisa de la que se parte.

No hay en la sentencia ningún juicio de autoría: ¿fue intervención directa de García Ortiz o a través de un tercero, como se indica en los hechos? ¿fue inductor, autor mediato? Se carece de prueba que aclare esa disyuntiva, que es imprescindible para una condena. Ya he hablado de la duda que se incluye en la sentencia y que en mi opinión debería desembocar en la absolución con base en el principio *in dubio pro reo*.

¹⁰⁷ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 3.1: se afectaron derechos fundamentales de González Amador; sin confidencialidad, se puede ocasionar «un irreparable perjuicio para el justiciable»; la revelación hace «tambalea los presupuestos del *ius puniendi*»; se perjudican los derechos de presunción de inocencia y del proceso debido; y FJ 3.4: «En el caso de este enjuiciamiento, la mayor gravedad resulta palmaria cuando lo afectado es una lesión a derechos fundamentales, en el caso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, pues la divulgación de un reconocimiento de autoría, efectuado en un expediente de conformidad, hace difícil la defensa en un proceso contradictorio, cuando la acusación ya dispone de un reconocimiento de autoría que ha divulgado en contravención de los deberes legalmente impuestos».

¹⁰⁸ La STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 3.1 declara: «Esa consideración de afectación de derechos fundamentales nos impide subsumir la conducta en el párrafo segundo, el grave daño para la causa pública o para tercero, pues conformamos la tipicidad con la revelación de datos reservados que comprometen los derechos procesales de un ciudadano. El grave daño para la causa pública o para un tercero, en este caso, ya aparece recogido en la subsunción del apartado primero del art. 418 CP.» Esta última referencia está equivocada, y se trata en verdad -mediante la interpretación que he puesto de relieve en el texto- del art. 417.1, pues el art. 418 carece de apartados y además no es aplicable de ninguna manera al caso que nos ocupa.

¹⁰⁹ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 2.11, *in fine*.

¹¹⁰ STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), FJ 3.3; también en FJ 3.6.

Tampoco hay ningún juicio del tipo subjetivo: ¿se actuó con dolo o hubo error de tipo¹¹¹? Lo cual es especialmente relevante, teniendo en cuenta que no existe un delito como el del art. 417.1, pero en su modalidad imprudente. Eso significa que un error de tipo, sea vencible o invencible, tendría que dar lugar necesariamente a la absolución.

Asimismo, la sentencia no examina la antijuridicidad o conformidad a Derecho de la conducta que es objeto de la condena: ¿actuó García Ortiz en una legítima defensa, o bien en una colisión de deberes entre su deber de secreto y su deber de informar, a resolver por estado de necesidad¹¹², o incluso en el cumplimiento del deber? La apreciación de cualquiera de estas causas de justificación, en su forma de completas, supondría la exención de responsabilidad penal, tal y como establece el art. 20 del Código Penal¹¹³. Tomás de la Quadra-Salcedo, ex Presidente del Consejo de Estado, ha optado por la solución de la legítima defensa o la del cumplimiento del deber al entender que García Ortiz se estaba protegiendo de una calumnia¹¹⁴; esta calumnia había sido pronunciada por el entorno de González Amador, en el sentido de que la pareja de este, Isabel Díaz Ayuso, estaba siendo objeto de una persecución por parte de todo el aparato del Estado.

Ante la dificultad que suele haber en el reconocimiento de una legítima defensa en la que se cumpla el requisito de la actualidad de la agresión cuando esta consiste en un delito contra el honor, yo preferiría hablar en este caso de una colisión de deberes, de tal manera que el deber de proteger la honorabilidad de la Fiscalía y de las actuaciones en concreto contra González Amador prevalece frente al deber de no desvelar la información sobre el reconocimiento de este de sus posibles delitos¹¹⁵.

Y en el caso de que se apreciara que García Ortiz se hubiera equivocado sobre la ponderación entre esos deberes, es decir, sobre la preferencia de un deber sobre el otro, habría que acudir a las reglas bien del error de tipo bien del error de prohibición, ambos regulados en el art. 14 CP. Nada de esto se comprueba en la sentencia de la que me estoy ocupando en este comentario.

La STEDH de 4 de diciembre de 2025, caso *Ortega contra España*, parte del supuesto de hecho en el que a una mujer española se le reconoce una discriminación salarial en su trabajo en una empresa, y posteriormente es despedida con el argumento de que, para fundamentar la

¹¹¹ El ATS 2833/2023, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:2833A), FJ 3.2.6, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, afirma que la STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365) cuestionada sí se manifiesta sobre el dolo en el FJ 3.8 *in fine*. Pero en ese apartado de la sentencia solo se declara que García Ortiz tuvo que representarse «el carácter confidencial de los datos»; ahora bien, el tipo del art. 417.1 exige otros elementos objetivos adicionales y no se afirma que los mismos estuvieran abarcados por el dolo del (supuesto) autor.

¹¹² Así también MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 2098.

¹¹³ Admite en general causas de justificación en este delito, MORILLAS CUEVA, en «Delitos contra la Administración Pública (IV): Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos» EL MISMO (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2024, p. 1339.

¹¹⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La verdad, toda la verdad y nada más que la verdad», en diario *El País*, de 15-12-2025.

¹¹⁵ Frente a la exención del deber de declarar reconocida a los funcionarios públicos en el art. 417, 2º LECrim., QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, p. 1093, la considera inconstitucional por ser contraria al derecho de defensa efectiva (art. 24.2 CE), a la exclusividad en la función de juzgar (art. 117.3 CE) y a la obligación de acatar las resoluciones judiciales (art. 118 CE); y además considera que no es congruente que se pueda declarar ante el Parlamento o sus comisiones a puerta cerrada y no en secreto ante el juez.

discriminación, ella ha desvelado los salarios de sus compañeros varones con un trabajo equivalente, lo que representa una infracción grave. En opinión de la demandante, tal despido era una represalia por haber acudido a los tribunales para que se le reconociera su discriminación por razón de sexo. El Tribunal de Estrasburgo considera (§ 89) que «los tribunales nacionales debían lograr un equilibrio entre los diversos intereses en juego y evaluar si el despido -una medida disciplinaria severa- estaba justificado en las circunstancias específicas del caso, teniendo en cuenta, en particular, el contexto pertinente y el imperativo de garantizar una protección efectiva contra la discriminación». Y añade (§ 95) que «a juicio del Tribunal, los tribunales nacionales confirmaron el despido de la demandante aplicando un enfoque defectuoso, incompatible con las obligaciones positivas en materia de protección contra la discriminación. El despido tuvo el efecto de anular la protección contra la discriminación otorgada en los procedimientos antidiscriminatorios separados; los tribunales nacionales no analizaron esta consecuencia».

Trasladando esta doctrina al presente caso, se podría argumentar que la sentencia del Tribunal Supremo ahora comentada no pondera los intereses en juego y no examina la posibilidad de que pueda ser de superior valor el interés en responder a las graves acusaciones contra el Fiscal General del Estado que el interés de proteger el secreto de la información relativa al reconocimiento por González Amador de sus delitos fiscales.

Por otra parte, la STEDH (Gran Sala) de 14 de febrero de 2023, caso *Halet contra Luxemburgo*, citada por el voto particular de la resolución que estoy comentando, reconoce que «En ciertos casos, el interés que el público pueda tener en una información particular puede ser tan fuerte como para anular incluso un deber de confidencialidad impuesto legalmente» (§ 132); «el Tribunal ya ha tenido ocasión de sostener que el uso de procedimientos penales para sancionar la divulgación de información confidencial era incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión, considerando las repercusiones en la persona que realiza la divulgación -en particular en términos de su carrera profesional- y el efecto inhibitor en otras personas» (§ 152); y concluye admitiendo la vulneración del art. 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión: «El Tribunal, tras sopesar todos los intereses en juego y tener en cuenta la naturaleza, la gravedad y el efecto inhibitor de la condena penal del demandante, concluye que la injerencia en su derecho a la libertad de expresión, en particular su libertad de difundir información, no era “necesaria en una sociedad democrática”» (§ 206).

6. Conclusión

Sinceramente: espero que esta resolución no llegue a convertirse en jurisprudencia.

InDret

3.2026

Al Tribunal Supremo no le prescriben los delitos en casación: durante un recurso con función nomofiláctica no cabe la prescripción

Comentario a la STS 993/2025, de 3 de diciembre

Francisco Pastor Alcoy
Doctor en Derecho. Magistrado
francisco.j.pastor@uv.es

-

1. Introducción

El presente análisis tiene por objeto la STS 993/2025¹, que denegó la prescripción del delito leve, producida durante la sustanciación del recurso de casación por paralización durante más de un año, en la que se llega a afirmar «en un recurso extraordinario, con función nomofiláctica y de revisión de la legalidad de la sentencia de apelación, no cabe por su retraso procedimental la prescripción penal».

Dicha sentencia se aparta de la regulación legal de la prescripción que expresamente establece la misma por paralización del proceso. *De facto*, dicho pronunciamiento viene a suponer una auto-imprescriptibilidad de los delitos durante la fase del recurso de casación por infracción de ley contemplado en el art. 849.1 LECrim.

Se soslaya una importante línea jurisprudencial respecto a la apreciación de la prescripción del delito en cualquier momento procesal antes del dictado de sentencia firme, incluso en fase de recursos, de oficio, y aunque no se hubiera efectuado en el cauce procesal adecuado, y del principio que manifiesta que no es lícito distinguir donde la ley no distingue, máxime en perjuicio del reo.

También se aparta, a nuestro juicio, de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prescripción y la STS no profundiza en los fundamentos de la prescripción.

Como se verá, la STS analizada se retrotrae a una antigua línea del TS -que parecía superada aun cuando con alguna excepción más reciente- y aparece en el seno del recurso de casación por infracción de Ley del art. 849.1 LECrim que se encuentra en relación con el art. 848 (Ley 41/2015)

¹ STS 993/2025, Penal, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5526).

afirmando que por la naturaleza de dicho recurso no cabe la prescripción que se habría producido durante la tramitación del mismo.

También la sentencia se funda en una reciente STS que niega la aplicación de las dilaciones indebidas producidas en fase de casación y que estima «plenamente aplicable» al supuesto de la prescripción.

2. Antecedentes fácticos y procesales

2.1. Previos al recurso de casación

El Juzgado de lo Penal nº 6 de Girona en Juicio Rápido condenó al acusado por Sentencia de 13.7.2023 como autor de un delito leve del artículo 173.4 CP de injurias o vejaciones leves en el ámbito de la violencia de género a las penas de 20 días de localización permanente en domicilio distinto y alejado del de la víctima, así como 6 meses de prohibición de aproximación y comunicación.

Frente a la sentencia la representación del acusado interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Girona, Sección 4ª, por Sentencia de 22.1.2023 estimó el recurso de apelación absolviendo al acusado, pero por causas distintas a las propuestas, considerando que se había producido una falta absoluta de identificación en los hechos probados de las personas que intervinieron y a los que se aludía por «la pareja» y «el» y «ella» pero sin expresar el nombre y apellidos de los sujetos.

La Acusación Particular de la denunciante recurrió en casación la sentencia absolutoria de la AP por un único motivo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, alegando que los hechos declarados probados, inalterables en apelación, acreditan la comisión del delito por el que el acusado había sido inicialmente condenado.

2.2. Durante el recurso de casación, en que se sobrepasa el año

El iter del recurso de casación, según el FD 1, fue el siguiente:

El 24.5.2024 el Ministerio Fiscal presentó su adhesión al recurso casacional.

El 10.7.2025 la defensa presentó escrito solicitando el libre sobreseimiento y archivo por prescripción del delito leve a tenor del art.130 y 131 que establecen en un año el plazo de prescripción de los delitos leves

Por diligencia de ordenación de 11-7-2025 se unió al rollo de su razón el anterior escrito y, visto su contenido, se dio traslado al Ministerio Fiscal y al procurador de la parte recurrente por término de tres días para alegaciones.

La acusación particular por escrito que tuvo entrada el 15-7-2025 se opuso a la solicitud de prescripción interesando la desestimación de la misma, y la continuación de la tramitación del recurso de casación para resolver sobre el fondo del asunto, manteniendo vigente la responsabilidad penal.

El Ministerio Fiscal por escrito de 22.7.2025 interesó el rechazo de la pretensión y la resolución sobre el fondo del recurso interpuesto.

Por providencia de 2-10-2025 se admitió a trámite y se declaró concluso, se señaló el 26-11-2025 para deliberación y fallo.

El TS en su FD 2 deniega la prescripción por paralización sobrevenida durante el recurso de casación por diversos motivos que son el objeto del presente análisis.

Para el lector curioso, desvelaremos que el TS casa la sentencia y tras exponer las distintas líneas sobre la necesidad de claridad en el apartado de hechos probados (FD 3), estima admisible en este caso que determinados hechos probados aparezcan complementados en la fundamentación jurídica y que no existe confusión pues los hechos se enmarcan dentro de la violencia de género con solo dos sujetos perfectamente identificados en el procedimiento y también en la sentencia, pues en el encabezamiento figuran la filiación del acusado y la denunciante (FD 4). Por ello, el TS casa y anula la Sentencia de la AP y dicta segunda sentencia en la que rehabilita la condena del JP que condenó por un delito leve de injurias (art.173.4 CP).

3. Análisis crítico de la fundamentación de la STS 993/2025

En lo relativo a la alegada prescripción del delito leve durante la tramitación del recurso de casación es el Fundamento de Derecho Segundo el que se dedica a abordar la cuestión. En el epígrafe 2.1 la STS realiza unas precisiones previas recordando con abundante cita jurisprudencial del mismo TS algunas relevantes cuestiones generales sobre la prescripción del delito. A nuestro juicio, los dos primeros apartados de dicho epígrafe son justamente los que fundamentarían una solución distinta a la que, sin embargo, se adopta en dicha sentencia. No es algo inusual en algunas resoluciones del TS que se exponga un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial de la que luego se desliga con una línea de argumentación distinta, sin advertir la confrontación subyacente.

Se utilizan diversos argumentos para fundamentar la denegación de la prescripción nacida y alegada durante la tramitación del recurso de casación:

3.1. La paralización por guardar turno no es paralización

La Sentencia analizada indica que

«En cuanto a la interrupción de la prescripción la STS 201/2016, con cita de la s. 66/2009, de 4-2, trata las diligencias inocuas o intrascendentes no aptas para interrumpir el plazo de prescripción, señalando que debe excluirse el periodo en que la causa espera turno para el señalamiento del día concreto para la vista pública, cuando por razones de fuerza mayor no es posible celebrar el juicio antes En este sentido la jurisprudencia (SSTS 5-10-92; 18-12-92; 1135/2002, de 17-6; y SSTC 29-11-90; 28-1-91; 23-11-9) precisa que la paralización del juicio debido a la necesidad de guardar turno para el señalamiento no se computa a efectos de prescripción, porque no hay situación propiamente dicha de paralización, sino una dilación exigida por la necesidad de ordenar el trabajo de un determinado órgano judicial. La prescripción no opera pues, cuando la paralización del procedimiento se debe a que las actuaciones se hallan pendientes de señalamiento, considerándolo

en relación al volumen de trabajo del órgano judicial. En definitiva, la paralización, o un retraso en la tramitación, no es tal paralización a efectos de prescripción cuando no es imputable al órgano judicial por exceso de causas pendientes».

Sin embargo, a ello debemos objetar que si acudimos a los precedentes jurídicos que cita la propia sentencia observamos que dicen eso, pero dicen mucho más y en sentido diverso. Así la STS 201/2016, Penal, de 10 de marzo (ECLI:ES:2016:989), FD 2, párrafo 9, recoge textualmente la relevante STS 1146/2006 1146/2006, Penal, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7463), que indica en su FD 3:

«En efecto la jurisprudencia que se recoge en el Fundamento de Jurídico segundo de la sentencia recurrida en orden a que la paralización del juicio debido a necesidad de guardar turno por el señalamiento no se computa a efectos de prescripción porque no hay situación propiamente dicha de paralización, sino una dilación exigida por la necesidad de ordenar el trabajo de un determinado órgano judicial, la prescripción no opera, pues, cuando la paralización del procedimiento se debe a que las actuaciones se hallan pendientes de señalamiento, considerándolo en relación al volumen de trabajo del Juzgado (SSTS. 19.1.81, 7.2.91, 5.10.92, 6.6.92, 18.12.92, 1135/2002 de 17.6 y SSTC. 29.11.90, 28.1.91, 25.11.91), que establecen la doctrina relativa a que la paralización del procedimiento, o su retraso en la tramitación, no es tal paralización a efectos de prescripción cuando no es imputable al Juzgado por exceso de asuntos pendientes, *no resulta de aplicación al caso presente, por cuanto debe interpretarse en el sentido de que la resolución acordando esa espera para el señalamiento tiene efectos interruptores del plazo prescriptivo pero lo que no resulta admisible es que el nuevo plazo prescriptivo transcurra en su totalidad desde aquella resolución sin que durante dicho lapso de tiempo -no olvidemos 5 años- por la Audiencia se haga referencia alguna a la subsistencia de las necesidades de la Sala de ordenar los distintos señalamientos pendientes, a lo que podría añadirse incluso en cuanto a entender prescrito el delito el plazo transcurrido entre la providencia -del Juzgado de Instrucción de Noya- de fecha 16.4.2002, remitiendo la causa de nuevo a la Audiencia y la celebración del juicio el día 26.9.2005, por cuanto la providencia inicial de la Sala de 2.2.2005, y las sucesivas de 16.3 y 12.5.2005, señalando fecha para la celebración del juicio oral, que tuvo lugar el 26.9.2005, podrían considerarse diligencias inocuas a efectos de la interrupción del plazo preceptivo*». (Cursiva agregada).

Es decir, la STS transcrita anteriormente realiza importantes matizaciones que no deben ser segadas, y por ello sí que declaró la prescripción ya que si bien el señalamiento tiene efectos interruptores del plazo remarca que «no resulta admisible que el nuevo plazo prescriptivo transcurra en su totalidad».

Dicho criterio, resulta congruente con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC (Sala Segunda) 79/2008, de 14 de julio, (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008), en que desde la remisión de la causa por el Juzgado de Instrucción al Juzgado de lo Penal hasta que éste adoptó la resolución por la que se acusaba recibo y se dejaba pendiente de señalamiento no se produjo actividad procesal alguna, habiendo transcurrido un periodo superior a un año, plazo de prescripción establecido para el delito de injurias por el que fue condenado (art. 131.1 del Código penal). Así indica el TC:

«Los órganos judiciales no atienden a esa realidad expresamente cuestionada. Se limitan a afirmar que no opera la prescripción cuando la paralización no es imputable al Juzgado, sino a la necesidad de guardar turno para el señalamiento por exceso de asuntos pendientes, sin sostener esa afirmación en dato alguno referido al caso, sin ponderar las circunstancias del mismo y sin entrar a considerar el periodo concreto cuestionado por

el recurrente, en el que la causa simplemente estuvo en el Juzgado, sin ni siquiera acusarse recibo de la misma. Por tanto se limitan a invocar una doctrina jurisprudencial, formulada con carácter general en relación con la necesidad de guardar turno para señalamiento, pero que no contempla -ni puede contemplar en su formulación general- las especiales circunstancias de cada caso, circunstancias que han de ser ponderadas por los órganos de la jurisdicción penal para estimar si ha existido o no una auténtica paralización del procedimiento que haga correr de nuevo el plazo de prescripción en los supuestos de paralizaciones ocasionadas por el exceso de trabajo del órgano judicial (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 5; 12/1991, de 28 de enero, FJ 2). Tal proceder no tiene en cuenta los fines de la institución, *por cuanto permite una latencia sine die de la amenaza penal, convirtiendo en ilusorio el plazo de prescripción legalmente establecido y produciendo una flagrante inseguridad jurídica en el ciudadano afectado, puesto que cualquier paralización previa al acto del juicio -por dilatada e inexplicable que fuese- podría justificarse abstractamente por el exceso de trabajo del órgano judicial y la necesidad de esperar turno para señalamiento. Lo cual, lejos de incentivar el deber de diligencia de los órganos judiciales, abre la puerta a justificar la mera inactividad inexplicada en la tramitación de los procedimientos como una dilación estructural, no imputable al órgano judicial y determinada por las necesidades de organización del trabajo.* En definitiva, el razonamiento a través del cual las resoluciones recurridas rechazan la existencia de la prescripción en el presente caso no satisface las exigencias del canon de motivación reforzada exigible en esta materia, al no resultar compatible con los fines de la institución, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)». (Cursiva agregada).

La estimación del recurso y el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de un déficit de motivación, conduce a anular las sentencias por el TC que ordena retrotraer las actuaciones, a fin de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien, de forma respetuosa con el derecho fundamental, respecto de la misma, según la formula habitual usada.

3.2. Recurso extraordinario del art. 849.1 LECrim

Otro de los motivos invocados por la STS analizada es el alegato del M. Fiscal de que nos encontramos «ante un recurso extraordinario, con función nomofiláctica y de revisión de la legalidad de la sentencia de apelación, no cabe por su retraso procedimental la prescripción penal».

A nuestro juicio, dicho alegato del M. Fiscal colisionaría contra la ley, que expresamente en su art.132.2 CP regula la prescripción del delito por paralización «comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento». La prescripción del delito por paralización del procedimiento se ha aplicado a lo largo de la historia tanto en fase de instrucción, como de enjuiciamiento como durante los recursos de apelación o a casación. No existe ningún precepto de naturaleza penal ni procesal que al regular la prescripción excluya su aplicación durante el recurso de casación. Por ello, dicho alegato contradice el imperativo art.132.2 del CP.

Se indica en la STS analizada que la Ley 41/2015 para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales remodeló la casación para generalizar el recurso de casación por infracción de ley.

Pues bien, tal reforma legal, no excluyó ni expresa ni tácitamente de tal recurso la prescripción del delito, es más si atendemos a su función de «agilización de la Justicia» mal casa con permitir que se superen los plazos prescriptivos y negar la aplicación de esta institución.

3.3. Recurso limitado al control de legalidad de los hechos probados

a. Límites al control

Dentro de esta fundamentación del TS, más calado parece tener la afirmación de que con este recurso existirá doctrina del TS «en todas las materias sustantivas, procesales y constitucionales». Al efecto se remarca que contra las sentencias dictadas en apelación por las AP «el recurso se limita al control de legalidad de los hechos probados y su calificación jurídica, pero no enjuicia el procedimiento».

Dicha apreciación es acertada, si bien resulta necesario realizar diversas precisiones pues en primer lugar nos encontramos ante una prescripción sobrevenida tras la sentencia de instancia y de apelación que obviamente no pudo haber sido referida en los hechos probados; en segundo lugar, es una larga tradición jurisprudencial que la prescripción del delito es una cuestión de orden público, alegable en cualquier momento procesal, y aun cuando no se efectuara en el cauce procesal oportuno, y por último no hay que perder de vista que la prescripción por paralización del procedimiento está expresamente regulada en el art. 132 sin excepciones en el momento de su producción.

Si lo que pretende decir el TS es que por el tipo de recurso no cabe pronunciarse sobre la prescripción, tal afirmación no nos parece convincente en absoluto. Es de resaltar que con la novedosa doctrina jurisprudencial del TS nos encontramos ante una situación insólita: El Código Penal prevé una institución legal como la prescripción del delito (130.5 y 131 y 132) que puede acaecer «por paralización» en cualquier momento del proceso antes de sentencia firme, pero que al producirse en el trámite de recurso de casación por infracción de ley, carecería de cauce legal para ser estimado.

Ni más ni menos que una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal (art.130.1. 6ª) que se volvería inoperante e ilusoria por la supuesta inexistencia de cauce procesal para ser alegada.

Dicho de otra forma: ¿qué ocasión procesal, qué recurso procesal puede instar el acusado-condenado cuando le queda paralizado el delito en fase de recurso de casación? Que el Derecho procesal, legislación ordinaria, pueda volatilizar una causa de extinción de la responsabilidad criminal se nos antoja un dislate. El Derecho procesal no puede desvanecer el Derecho material. Una causa de extinción de la responsabilidad es un derecho material, merecedor de una tutela efectiva.

LIGHTOWLER-STAHMBERG² señala respecto las dilaciones indebidas sobrevenidas que «no puede negarse que la revocación de una sentencia por acontecimientos posteriores a su deliberación y

² LIGHTOWLER-STAHMBERG, «Las dilaciones indebidas ex post iudicio y su errático tratamiento por el Tribunal Supremo», *InDret*, (2), 2026, p. 604.

dictado constituye, en cierto modo, una anomalía procesal». En el supuesto de la prescripción, el Código penal expresamente regula la prescripción «por paralización» del procedimiento, por lo que estando prevista legalmente tal situación no estimamos que pueda ser calificada como «anomalía».

El supuesto vacío legislativo procesal puede y debe colmarse tal como de forma reiterada había venido entendiendo el TS resolviéndolo en el mismo recurso de casación. Nótese que la STS analizada no deja de resultar en el fondo un tanto contradictoria, pues admitió la presentación de los alegatos de prescripción sobrevenida, les dio curso y traslado a las partes y para intentar salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva ofreció una extensa respuesta con pluralidad de argumentos en los fundamentos de derecho segundo y tercero.

Ante la aparición de una novedosa incidencia material como lo es la prescripción intraprocesal del delito ocurrida en el mismo recurso de casación, que ese «incidente» sea resuelto mediante la propia sentencia que debe de resolver la casación resulta la solución más adecuada y natural. Así lo ha venido entendiendo el propio TS.

A mayor abundancia, es de recordar que la prescripción del delito no es una «cuestión procesal» sino de Derecho material y sustantivo, que de haberse producido en fases anteriores, que debería haber sido resuelta en el mismo cauce procesal del recurso de casación por infracción de precepto legal sustantivo.

El cauce del recurso por infracción de ley (de precepto sustantivo) sí que es el adecuado para dilucidar la aplicación o no del art.132 del CP que regula la prescripción por paralización.

La situación se asemeja -y nos valdremos de una metáfora- a la del enfermo que es citado para realizarle un trasplante de corazón y se muere en la sala de espera del hospital y a pesar de ello, el cirujano constatando que el lugar en el que está es el quirófano, realiza el trasplante programado sin darle importancia a que el paciente se haya muerto en su antesala, convencido de lo exitoso de su labor y de su escrupulosa técnica llevada a cabo con toda la profilaxis reglamentariamente requerida. El latido de la vida, de la responsabilidad criminal o su extinción es un presupuesto obvio para cualquier operación. La aplicación del sentido común no requiere de ningún precepto específico. No nos parece que el Tribunal Supremo pueda autoexcluirse en sus recursos del deber legal de tramitarlos en el plazo legal o de declarar la imprescriptibilidad producida durante sus recursos. El recurso de casación por infracción legal no es una capsula de ciencia ficción ajena al espacio tiempo, ni un Shangri-La de la novela *Horizontes perdidos* donde no envejecen sus justiciables ni sus moradores.

b. STS 3/2023. Incumplimiento de plazos procesales

El TS, en la sentencia examinada, trae a colación la STS 3/2023, Penal, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2023:128), que cita la STS 979/2022, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4652) relativa a las dilaciones indebidas sobrevenidas en la que se afirma: el «incumplimiento de plazos procesales de tramitación durante la fase de interposición no puede generar un perjuicio o gravamen reparable en esta instancia, pues no tiene conexión alguna con la aplicación de la ley penal por parte del tribunal que conoce del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal».

En primer lugar, la prescripción tiene naturaleza sustantiva, no procesal, y sus plazos así deben de contemplarse careciendo de capacidad para interrumpir el cómputo de la prescripción diligencias meramente procesales, pero es que la prescripción se encuentra en conexión directa por ministerio de la ley con la extinción de la responsabilidad criminal, que no es una «circunstancia» meramente accesoria (como lo son las dilaciones), sino que es el presupuesto y línea de vida que discurre desde el hecho típico hasta la firmeza de la sentencia. Sí que existe conexión de la aplicación de la ley penal entre el tribunal que conoce del recurso de apelación con el presupuesto de la responsabilidad criminal que debe de existir en ese momento, pero también con posterioridad y hasta la firmeza de la sentencia, pues en todo momento puede producirse la prescripción por paralización y por supuesto que va a afectar y a conectarse directamente la existencia de prescripción con todas las sentencias que puedan haberse dictado con anterioridad.

A nuestro parecer, dichos razonamientos podrían aplicarse también al recurso de apelación cuando solo se ha alegado error en la apreciación de la prueba y prescribe durante el recurso de apelación y la Audiencia concedora del recurso manifestara que no puede aplicar la prescripción sobrevenida pues el recurso interpuesto era para conocer únicamente del error de prueba. Ni la Audiencia Provincial, ni el Tribunal Supremo, pueden sustraerse del cumplimiento de las causas que extinguen la responsabilidad criminal.

La lectura de la STS 979/2022, referida a las dilaciones indebidas se centra en una idea bien desarrollada respecto al tipo de recurso: «a diferencia de las otras modalidades de casación, no cabe conocer de otros gravámenes que aquellos de estricto alcance normativo que vengan causados por los juicios de subsunción contenidos en la sentencia recurrida». No es un argumento baladí, pero en el caso de la prescripción dicha tesis supone convertir en un ente fantasmagórico el instituto de la prescripción por paralización, pues no existiría ninguna posibilidad procesal de alegarlo ni aplicarlo, cuando el Código Penal lo contempla con carácter general.

Hemos de reconocer la valentía de la STS 979/2022 de apuntar expresamente la posible lesión jurídica que según el recurrente se produce con esta tesis. Y si bien la STS 993/2025 sobre la prescripción, no recoge este párrafo parece de interés su transcripción: «Con ello no afirmamos que el recurrente no pueda reaccionar contra la, a su parecer, lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Lo que sostenemos es que el cauce escogido, no puede ser este recurso de casación, disponiendo de otros mecanismos reparatorios, como, en su caso, el recurso de amparo o la solicitud de indulto, ex artículo 4 CP».

No es de extrañar que este último párrafo no aparezca reflejado en la STS 993/2025 pues tratándose de la prescripción del delito, causa de extinción de la responsabilidad criminal, vendría a desmontar el artificio argumentativo para la inaplicación judicial de la prescripción, al menos a nuestro parecer.

3.4. Diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2024

Como penúltimo argumento del FD 2º indica la STS 993/2025 analizada que «además, a la vista de la Diligencia de Ordenación de 27 de mayo de 2024, que el recurrente omite, no se puede sostener que haya existido una paralización en la tramitación del recurso cuando se acuerda el traslado a la Sala de Admisión a los efectos de resolver sobre su admisión o inadmisión».

Dicho alegato nos resulta un tanto incomprensible por intrascendente puesto que si revisamos los antecedentes facticos -que se encuentran transcritos en el FD 1º-entre la referida Diligencia de ordenación de 27.5.2024 y la siguiente diligencia de ordenación de 11.7.2025 también había transcurrido el plazo de un año (s.e.u.o.).

Respecto a las Diligencias de ordenación dictadas por los LAJ como diligencia de tipo interno, sin impacto en el exterior, por el que algunos Juzgados recepcionan las causas remitidas por los Juzgados de Instrucción, resultan muy ilustrativas la SAP Tarragona 341/2011, Sección 2ª, de 9 de junio (ECLI:ES:APT:2011:930), y la SAP Barcelona 422/2014 que nos dice que «no tienen ese carácter sustancial las diligencias de traslado de la causa a Decanato y la entrada en el Juzgado de lo Penal»³.

3.5. Sobrecarga de trabajo

Concluye el TS sus argumentos en la STS 993/2025 con un alegato clásico -invocable con razón por centenares de órganos judiciales en el pasado, y en la actualidad-: la sobrecarga de trabajo que ha provocado la paralización: «no debe olvidarse la situación de la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuya labor se ha resentido a partir de la pandemia sufrida derivada del COVID y el aumento competencial a partir de la Ley 41/2015, conformadora de una nueva casación que ha ampliado de manera generalizada el número de resoluciones judiciales contra las que procede el recurso, como ha puesto de manifiesto la propia Sala en resoluciones recientes (STS 850/2023, de 21 de noviembre)».

Se trata de una justificación certera y real en el ámbito del funcionamiento de los Juzgados, ampliamente expuesta durante la vigencia del CP de 1944 cuando el plazo de prescripción de las faltas (delitos leves) era de 2 meses, pero que carece de relevancia jurídica para enervar la imperativa aplicación de la prescripción. La jurisprudencia del TS sobre la prescripción afirmaba de forma rotunda que no es admisible distinguir entre las causas de la paralización del procedimiento «porque al no distinguirse por la Ley, entre las diferentes causas que puedan motivar la paralización del procedimiento, cualquier distinción en este sentido, además de ser contra reo, sería ilegal» (STS 7263/1991, Penal, de 24 de diciembre [ECLI:ES:TS:1991:7263]). Resulta elocuente la STS 10001/1990, Penal, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:1990:10001), en la que se afirma que «si bien algún sector doctrinal entendió que para apreciar los efectos prescriptivos no bastaba el mero transcurso del tiempo, sino que era menester someterlo a algunos condicionamientos, como el que la paralización se debiese al abandono funcional o por causas extrañas al reo y al curso normal de las diligencias, la jurisprudencia estima que para que la prescripción opere basta que se haya producido el mero transcurso del tiempo, sin que sea exigible condicionamiento alguno, pues sirve de fundamento a este criterio el que no es lícito distinguir donde la ley no distingue, máxime en materia penal, y en que lo acertado es no emplear interpretaciones restrictivas de esta institución».

Justamente, para un sector de la doctrina⁴, la prescripción se fundamenta de forma plural, también en la necesidad de descongestión judicial. Estimamos de forma gráfica que la

³ Citada en PASTOR ALCOY, Tratado de la prescripción penal. Aplicación en todas las reformas del Código Penal, 2019, p. 332

⁴ PASTOR ALCOY, Tratado de la prescripción penal. Aplicación en todas las reformas del Código Penal, 2019, p. 103.

prescripción viene también a cumplir de forma lógica y ordenada la función de un aliviadero de un pantano, que desagua a partir de un nivel evitando el colapso explosivo de toda la estructura del edificio. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER⁵ afirmaba que «de no existir la prescripción se acumularía sobre los órganos juzgadores una tarea imposible de llevar a término y en que la obligación de conocer de asuntos nacidos en épocas remotas imposibilitaría el resolver los actuales».

4. Un argumento de la STS 106/2026 sobre el art. 324 LECrim

Vaya por delante que en contra de una extensa parte de la doctrina científica, manifestamos nuestra adhesión y defensa de la STS 106/2026, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721), que reinterpreta el alcance del art. 324 de la LECrim ante la declaración tardía o extemporánea del investigado. La principal crítica que se reitera es que nos hallamos ante una sentencia que realiza una interpretación contra ley, según GRANADOS PLA⁶ y «un exceso judicial» según MOSQUERA BLANCO⁷, quienes no dejan de admitir el acertado diagnóstico descrito por la sentencia o su interesante ejercicio interpretativo.

Por nuestra parte, la sentencia merece una positiva valoración, pues apartándose de la literalidad del precepto realiza una valiosa interpretación funcionalista en relación con todo el ordenamiento jurídico con el que colisiona, y con las finalidades, distintas, del instituto de las dilaciones indebidas y de la prescripción intraprocesal del delito para darle una coherencia sistemática a un artículo que desembocaba en una situación de crisis procesal de consecuencias desproporcionadas, injustas y «perversas» que dinamitaban de forma absurda el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, colapsando el proceso en un sobreseimiento «provisional» que además debemos añadir tampoco era coherente ni con el articulado ni con las funciones del sobreseimiento «provisional», pues resultaba inmutable y abocaba a una prescripción anunciada que en esta tesitura parecía mantener más consecuencias procesales que materiales.

La interpretación literal de este precepto de naturaleza procesal del art. 324 LECrim en los casos de autor desconocido y llamado tardíamente al proceso, suponía *de facto* transformar el plazo procesal del art.324 en una «micro-prescripción». En palabras de dicha Sentencia (FD 7º): «Cuando en la instrucción no hay investigado las consecuencias de la vulneración de los plazos del art. 324 o la omisión del acuerdo de prórroga no pueden ser las mismas: sería contradictorio con la finalidad del precepto. Es más, supondría *de facto* el establecimiento de unos plazos de prescripción más breves: el delito no prescribiría cuando transcurriesen los plazos del art. 131 CP, sino cuando se alcanzase el plazo impuesto por el art. 324, salvo el caso de prórroga, convirtiendo un plazo procesal en sustantivo».

Y dicho argumento también resulta aplicable a la inversa. El recurso de casación por su simple naturaleza nomofiláctica no puede dejar sin efecto un plazo sustantivo de prescripción que está expresamente diseñado para ser aplicado con carácter preprocesal y también por paralización del procedimiento (art. 132.2 CP) lo que incluye todos los recursos y que tiene la consecuencia de extinguir la responsabilidad criminal. El derecho procesal del art. 324 LECrim no puede modificar

⁵ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, La prescripción de las acciones y el perdón de los delitos, 1950, p. 51.

⁶ GRANADOS PLA, «Réquiem por el artículo 324 LECrim. Comentario a la STS (Pleno) 106/2026, de 9 de febrero», *InDret*, (2), 2026, p. 619.

⁷ MOSQUERA BLANCO, «La declaración extemporánea del investigado: comentario a la STS, Pleno, Sala Segunda, 106/2026, de 9 de febrero», *La Ley Penal*, (180), 2026, p. 6.

el entendimiento de la prescripción para reducir *de facto* sus plazos (STS 106/2026, Penal, de 9 de febrero [ECLI:ES:TS:2026:721]) ni tampoco el recurso de casación por su estrecho cauce puede anular o dejar sin efecto los plazos y consecuencias extintivas de la prescripción del delito cuando esta se produce en su seno.

Cuando el Código Penal, mediante una Ley Orgánica establece unos concretos plazos de prescripción efectúa un mandato que tiene un doble sentido: ni se puede exigir un plazo superior del establecido legalmente para extinguir la responsabilidad ni por otra parte puede aplicarse un plazo inferior para lograr dicha extinción. La prescripción no es simplemente una causa de extinción por el «transcurso del tiempo», sino que reivindicamos el entendimiento de esta institución centrada en el «transcurso de un determinado lapso de tiempo prefijado»⁸. «El plazo prefijado legalmente es lo que aporta seguridad jurídica y elimina los elementos subjetivos o valorativos judiciales, alzándose como el elemento diferencial de la prescripción».

El art.324 de la LECrim no está diseñado para extinguir la responsabilidad criminal, sino para agilizar y evitar dilaciones indebidas que no pueden producirse cuando el autor no ha sido llamado al proceso. Las dilaciones⁹ que se pretenden evitar mediante el art. 324 LECrim no pueden modificar ni alterar los plazos de prescripción del Código Penal, que es la institución programada por el legislador en exclusiva para extinguir la responsabilidad criminal por el simple transcurso del tiempo. Esa colisión debe permitir que el TS -como máximo intérprete de la legislación- ofrezca unas pautas que delimiten la aplicación de los preceptos para que cumplan la función para el que han sido diseñados.

El Pleno del TS ofrece un argumento en dicha sentencia que nos resulta convincente, desde la perspectiva de la prescripción y de las propias dilaciones. En ocasiones, la interpretación literal pegada al pie de la letra de una norma procesal puede ceder a una interpretación más amplia que la relacione con el conjunto del ordenamiento y de las normas que confluyen y ello de la forma que resulte más congruente y en armonía con la naturaleza y las funciones de cada institución para eliminar las contradicciones insalvables que se constatan. El engranaje que bloquea el motor debe amoldarse y rectificarse al resto de engranajes y el Tribunal Supremo está facultado para ello como máximo intérprete de todo el mecanismo.

A mayor abundancia, añadimos por nuestra parte que el art. 324 de la LECrim provocaba también un dislate en la aplicación de otro instituto como el del sobreseimiento provisional. Su aplicación en el caso del imputado extemporáneo nos resultaba artificioso pues siempre impedía la

⁸ PASTOR ALCOY, Tratado de la prescripción penal. Aplicación en todas las reformas del Código Penal, 2019, p. 421.

⁹ La STS 106/2026, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2026:721) es diáfana al evidenciar la contradicción de cerrar el proceso para evitar las dilaciones del proceso: «Sería una diabólica burla: para que no se produzca un proceso con dilaciones cierro sin más el proceso. Ya no hay afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que consigo con la expedita fórmula de cancelar el proceso. No padece el derecho a un proceso en plazo razonable; pero eso se consigue aniquilando el derecho al proceso. Si cierro el proceso en falso y prematuramente, no habrá proceso con dilaciones indebidas, sencillamente porque no hay proceso. Cuando en la instrucción no hay investigado las consecuencias de la vulneración de los plazos del art. 324 o la omisión del acuerdo de prórroga no pueden ser las mismas: sería contradictorio con la finalidad del precepto. Es más, supondría de facto el establecimiento de unos plazos de prescripción más breves: el delito no prescribiría cuando transcurriesen los plazos del *art. 131 CP*, sino cuando se alcanzase el plazo impuesto por el art. 324, salvo el caso de prórroga, convirtiendo un plazo procesal en sustantivo. Empujaría a los jueces a hacer dejación de sus funciones: decretar un sobreseimiento provisional para una investigación gubernativa en un marco extraprocesal».

reapertura o revocación del sobreseimiento «provisional». Era un falso sobreseimiento «provisional». La imposibilidad de reaperturar el proceso lo convertía en un pudridero hasta el predestinado e indefectible archivo definitivo por prescripción. Es todo irrazonable. En esta tesitura el art. 324 LECrim dinamitaba el proceso. Todos los Tribunales Supremos del mundo se ven obligados a realizar interpretaciones que aporten coherencia donde la letra procesal de la ley revienta el sistema. La prohibición de la interpretación *contra legem* de un precepto procesal es un mito que debe contenerse ante las paradojas que se advierten. En el campo procesal puede modularse puntualmente por el Tribunal Supremo ante una aplicación estricta y acrítica de la finalidad y función de la cada ley. La interpretación de las normas procesales, como normas instrumentales al servicio del derecho material, permiten una flexibilidad que todos los Tribunales Supremos del mundo se ven obligados a utilizar, incluso dando un «brusco giro» a su jurisprudencia anterior. Afortunadamente, es el Tribunal Supremo y no una Inteligencia Artificial quien evalúa y reevalúa las imperfecciones o perversiones del funcionamiento del ordenamiento jurídico.

5. La jurisprudencia clásica sobre la prescripción

5.1. La prescripción puede producirse durante los recursos

«La prescripción del delito existe también cuando se haya dictado sentencia en alguna fase anterior mientras tal sentencia no alcance firmeza» (STS 8870/1992, Penal, de 4 de diciembre [ECLI:ES:TS:1992:8870]) «El hecho de haber recaído condena no firme no impide el curso de la prescripción, si queda expedito, y efectivamente se produce, el otro extremo señalado por la ley para que aquella corra de nuevo, cual es la paralización del procedimiento» (STS s/n, Penal, de 23 de diciembre de 1950).

5.2. Alegación *ex novo* en casación

La prescripción puede alegarse en cualquier momento en que se constate, no solo como alegación *ex novo* en la interposición del recurso de casación, sino en la misma vista del recurso de casación. MANZANARES SAMANIEGO¹⁰ llegaba a señalar que «el rechazo incondicional de la prescripción durante la tramitación de un recurso de casación pugnaría frontalmente con la filosofía misma de toda prescripción y transformaría el entendimiento de su normativa legal».

«En una cuasi identificación entre prescripción del delito y caducidad, ha de ser apreciada aquélla incluso de oficio, en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal, siendo así viable su alegación, aun como cuestión nueva, en el escrito de interposición del recurso de casación, tal aquí acontece, o incluso en la misma vista del recurso. 3.º Quiere decirse pues que aunque la solicitud sobre la prescripción no viniera inserta en el cauce procesal adecuado, siempre habría de declararse su existencia (ver las Sentencias de 28 de junio de 1988, 31 de octubre de 1990 y 7 de octubre de 1992)». (STS 12083/1993, Penal, de 4 de junio [ECLI:ES:TS:1993:12083]).

«Se reconocen los siguientes y trascendentales matices: La de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal, siendo temporánea su alegación —pese al

¹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, «Apuntes sobre la prescripción del delito y la casación penal: Alegación *ex novo*, apreciación de oficio y posible incidencia durante la tramitación del recurso», *Actualidad Penal*, semana 25 al 31 de enero, (1988), pp. 169-172.

carácter de cuestión nueva— en el escrito de interposición de la casación e incluso en la misma vista del recurso». (STS 4901/1992, Penal, de 18 de junio [ECLI:ES:TS:1992:4901]). «La jurisprudencia viene derivando las siguientes consecuencias respecto a la prescripción legalmente establecida por el art. 112.6 del Código Penal: a) La posibilidad de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento, siendo temporánea su alegación en el escrito de interposición del recurso de casación, e incluso en la misma vista del recurso». (STS 4449/1990, Penal, de 10 de junio, [ECLI:ES:TS:1990:4449])

«Siendo la prescripción de orden público puede ser alegada en cualquier fase del procedimiento e incluso apreciarse *ex officio* —vid sentencia de 16 de noviembre de 1989 (R.J.A. 8658)— de tal modo que no puede ofrecer duda que esta cuestión puede ser examinada en el trámite casacional». (STS 7806/1990, Penal, de 31 de octubre [ECLI:ES:TS:1990:7806])

«Procede estimar el alegato de prescripción hecho en el acto de la vista del recurso y dictar segunda sentencia en que se declare extinguida la responsabilidad penal por aplicación del art. 112.6 del Código Penal». (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1988, R.J.A. 5378)

En la doctrina científica, es reiterado admitir la prescripción por paralización del procedimiento tras sentencia no firme, véase por todos GÓMEZ MARTÍN¹¹ «resultará plenamente posible estimar dicha prescripción (...) antes de dictar dicha sentencia definitiva o entre el dictado de esta y el pronunciamiento de la sentencia firme que concluyen el proceso».

5.3. Cauce procesal inadecuado

El TS de forma reiterada, ante la naturaleza sustantiva de la prescripción, causa de orden público, ha venido indicando que la misma debía de declararse judicialmente aun cuando no se insertara en el cauce procesal adecuado: «Aunque la solicitud sobre la prescripción no viniera inserta en el cauce procesal adecuado, siempre habría de declararse su existencia si se cumplen los dos requisitos al principio referidos con objeto de evitar la condena de una persona que por especial previsión y expresa voluntad de la Ley tiene finiquitada la posible responsabilidad contraída» (ver las SSTs s/n, Penal, de 28 de junio de 1988; s/n, Penal, de 31 de octubre de 1990; s/n, Penal, de 7 de octubre de 1992).

6. Los plazos

En materia de plazos, un análisis de la evolución histórica de los plazos de prescripción del delito pone de manifiesto como el optimismo del legislador ha ido modificándose en una sucesiva ampliación de plazos.

En delitos leves el plazo de 2 meses del CP de 1870 se acabó transformando en 6 meses en el CP 1995, y luego ampliado a 1 año por la LO 1/2015. El plazo de 3 años para delitos menos graves del CP de 1995 desapareció para convertirse en el plazo de 5 años por LO 5/2010. Los plazos de 2, 6 y 14 años del CP de 1928 desaparecieron, y el plazo máximo de 15 años del CP de 1932 volvió a ser de 20 años en el CP de 1944.

¹¹ GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito*, 2016, p.123.

En la tradición histórica de los códigos penales españoles no existían delitos ni penas imprescriptibles hasta el CP de 1995, que además fue ampliándose sucesivamente, en el número de delitos imprescriptibles, y en la suspensión del cómputo y en el aumento de la duración de los plazos de prescripción. Tal como con todo acierto invoca ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN¹² asistimos a una «escalada antiprescripción».

Como indicaba TAPIA FERNÁNDEZ¹³, podía justificarse que cuando los plazos de prescripción de los delitos leves los eran de 2 meses, existiera una corriente jurisprudencial «de una más que dudosa legalidad» «que permitieran evitar la prescripción segura de la mayor parte de las faltas declaradas en procesos por delitos», lo cual ya no ocurre cuando el CP de 1995 estableció el plazo de prescripción de 6 meses, que en la actualidad ya resultó aumentado a un año.

7. Conclusión

La STS 993/2025 se nos presenta como una derivada de la línea jurisprudencial que se niega a reconocer el efecto de las dilaciones indebidas sobrevenidas durante el recurso de casación, lo que obligaría por una parte a reelaborar los pronunciamientos penológicos de numerosas sentencias por el simple hecho de recurrir «premiando» la mera interposición de recursos.

Ni compartimos dicha línea ni mucho menos podemos compartir esta STS 993/2025 que se aparta de numerosos precedentes del mismo TS y que se fundamenta en sentencias que afirman lo contrario a lo que se pretende ahora.

No debe olvidarse que los procesos por delitos leves están excluidos expresamente del recurso de casación, de forma tal que los delitos leves solo pueden alcanzar el recurso casacional ya sea cuando son conexos a otros delitos de mayor gravedad o cuando dichos hechos fueron enjuiciados como delitos menos graves o graves pero finalmente fueron calificados como delitos leves cuyo plazo de prescripción es de un año.

Tratándose por tanto de un número muy reducido los delitos leves que alcanzan el recurso de casación no resulta extraño que ante la saturación existente puedan haber estado paralizados por más de un año, pasando inadvertida esta paralización hasta que el justiciable la ha puesto de manifiesto.

Estimamos que el TS podría haber cumplido perfectamente la función nomofiláctica del recurso de casación interpuesto resolviendo primero el fondo del asunto y declarando a continuación la extinción de la responsabilidad criminal por prescripción del delito leve por paralización según ordena el art. 132.1 CP.

Cabría plantearse si sería oportuno una reforma legislativa que expresamente excluyera la prescripción del delito que aconteciera durante el recurso de casación. A nuestro juicio dicha reforma atentaría contra el fundamento de dicho instituto. El plazo, el lapso concreto, unifica la prescripción pre procesal y por paralización en todo el proceso. Desde la naturaleza material que

¹² ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, «Imprescriptibilidad o dignidad: en defensa de la prescripción penal (también de los delitos sexuales cometidos sobre menores)», *ADPCP*, (77), 2025, p. 352.

¹³ TAPIA FERNÁNDEZ, *La prescripción en el Derecho Penal*, 2003, p. 132.

de forma generalizada se asigna a la prescripción carece de sentido un tratamiento distinto de los recursos.

El Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 reforzó la naturaleza material de la prescripción al tener en cuenta para la determinación del plazo la auténtica calificación del delito cometido y no la que erróneamente había sido imputada, de forma que el plazo para los delitos leves era el propio de los mismos aun cuando inicialmente se hubieran calificado como delitos de mayor gravedad.

Todo ello incide en que es el derecho sustantivo el que debe de regir la prescripción, no parece acertado que las vicisitudes del tipo de proceso o recursos modifiquen su plazo por que el legislador no ha configurado los plazos según el tipo de proceso (juicio rápido, pab, sumario, TJU...) sino atendiendo a la naturaleza y gravedad de las infracciones en la prescripción del delito y la duración de las penas.

Ante ello, procede recordar, citar, leer y celebrar las sentencias más escrupulosas con el principio de legalidad penal y que resultan plenamente coherentes con la naturaleza jurídica y función de la prescripción como la STS 1146/2006, Penal, de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:7463).

Coautoría, participación y concursos en las agresiones sexuales grupales

Comentario a la STS 240/2026, de 24 de marzo

Ana Belén Valverde-Cano*
Universidad Complutense de Madrid
anabeval@ucm.es

-

1. Introducción

Desde que no tenemos los Acuerdos no Jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (¿quién no los echa de menos?), las «sentencias de Pleno» cumplen una función similar de armonización ante líneas jurisprudenciales discordantes¹. Por eso es especialmente bienvenida la Sentencia del Tribunal Supremo 240/2026, de 24 de marzo, cuyo ponente es Antonio del Moral García, ya que era difícil encontrar situaciones con un tratamiento jurídico más dispar e imprevisible que las agresiones sexuales grupales o *manadas*.

Solo para que el lector se haga una idea de la disparidad de criterios, voy a señalar algunas diferencias en materia de autoría y participación. Hasta ahora convivían las siguientes líneas: una que considera coautores a todos los intervinientes, por ostentar todos ellos el dominio funcional del hecho o porque realizan conjuntamente los elementos del tipo²; y otra que distinguía entre quienes realizan directamente el acto sexual —autores—, y quienes contribuyen de otra manera, por ejemplo sujetando a la víctima —cooperadores necesarios—³. Si hay rotación de roles, también rotan los títulos de imputación, ya que lo esencial para ser considerado autor es realizar el contacto sexual directamente⁴.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto «Más allá del delito: la importancia del quién, el cómo, el cuándo y el porqué en la imposición del castigo. Un estudio sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad», referencia: SI4/PJI/2024-00146, dirigido por Marina Mínguez Rosique y Leopoldo Puente Rodríguez y financiado por la Comunidad de Madrid dentro de los Proyectos de I+D para doctores emergentes de la Universidad Autónoma de Madrid 2024.

¹ Aunque se corre el riesgo de que la doctrina así formulada quede en términos mucho más difusos que los literales Acuerdos no Jurisdiccionales, apreciación que comparte DE URBANO CASTRILLO, «Acuerdos Plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2023», *ADPCP*, (LXXVII), 2024, p. 739.

² Vid., por ejemplo, la STS 462/2019, Penal, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3123) y la STS 344/2019, Penal, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2200).

³ Entre otras, la STS 10/2023, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2023:188), la STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534), o la STS 20/2022, Penal, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2022:10).

⁴ Claramente en ese sentido, la STS 246/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1484).

A su vez, en este último escenario, hay discrepancias que afectan a la agravante de actuación conjunta del art. 180.1.1ª CP, que a veces se aplica a los co-partícipes y a veces no. Si es un hecho con dos individuos, se agrava solo la pena del autor y no la del cooperador necesario. Esto se hace así para evitar el bis in idem, puesto que, si se agrava la actuación del cooperador necesario en el hecho del autor, un único elemento (el actuar en un hecho de *otro*) sirve tanto para fundamentar el castigo como para agravarlo⁵. En cambio, cuando intervienen al menos tres personas, los remilgos de la doble incriminación desaparecen, ya que se trata de la participación en un hecho que ya es colectivo, esto es, que ya resulta agravado por algo distinto de la propia aportación⁶.

Pero las diferencias no acaban aquí. En materia de concursos hay una histórica discrepancia entre la aplicación (muy minoritaria) del criterio de la unidad de acción⁷, pero, sobre todo, entre el delito continuado y el concurso real, lo que ha conducido a diferencias penológicas nada desdeñables en casos parecidos⁸. La razón tiene que ver con la interpretación del artículo 74.3 CP, que establece una regulación del delito continuado que, aunque excluye las ofensas a bienes eminentemente personales, admite su aplicación en infracciones contra la libertad e indemnidad sexual, ¡salvo que así lo aconseje la «naturaleza del hecho y del precepto infringido»! Saber a qué se refiere este último inciso sigue siendo un enigma, aunque la STS 240/2026 aporta algunos criterios que pueden disminuir esta fuente de imprevisibilidad.

En fin, antes de comenzar el análisis es preciso insistir en que, bajo esta etiqueta de «agresiones sexuales grupales», conviven situaciones fenomenológicamente muy distintas entre sí, que se diferencian tanto en la intensidad del ataque (agresión más o menos prolongada, con más o menos penetraciones o tocamientos), como en la forma de intervención de los participantes (más o menos activa; a veces con intervención directa en el acto sexual, otras veces no)⁹. Esto, que seguramente explique en parte la discordancia de los criterios empleados¹⁰, es importante tenerlo presente para contextualizar adecuadamente la magnífica Sentencia que tenemos entre manos. El supuesto de hecho es fundamental para comprender el sentido de las sentencias de Pleno, ya que se emiten en ejercicio de la función *jurisdiccional* y no legislativa. El TS no ha desarrollado una regulación exhaustiva sobre cómo deben abordarse todas las *manadas* —no puede hacerlo—, pero sí ofrece una orientación más que necesaria para uno de los casos quizás más prototípicos

⁵ STS 486/2002, Penal, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1773); STS 338/2013, Penal, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2080). Cfr., sin embargo, la STS 246/2017, Penal, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1484), que da a entender que la razón por la que se inaplica el subtipo agravado no tiene que ver con el bis in idem, sino con el hecho de que la agravación solo se aplica a quien *ejecuta* de forma directa la acción típica.

⁶ STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534); o STS 687/2017, Penal, de 19 de octubre.

⁷ STS 1295/2006, Penal, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8772).

⁸ Para un análisis de estas resoluciones, me remito al análisis en VALVERDE CANO, «Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes», *InDret*, (2), 2024, p. 313, nota al pie n. 5. Vid., también, BOCANEGRA MÁRQUEZ, «Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo. Reflexiones al hilo del caso de “la Manada”», en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la «Ley de Solo Sí es Sí». Claves de la Polémica*, 2023, pp. 203-230, especialmente pp. 210-211.

⁹ Vid., para una caracterización criminológica de estos eventos, CAZORLA GONZÁLEZ, «Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial», *e-Eguzkilore. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa/ Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, (6), 2021, pp. 1-62. También describe la variedad de situaciones que pueden darse en el contexto de una agresión sexual grupal FARALDO CABANA, «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, (22), 2019, pp. 384 ss.

¹⁰ No es irrazonable pensar que a veces se utilizan herramientas dogmáticas de forma *ad hoc* para encontrar una solución aceptable y proporcionada al caso concreto.

de agresión sexual grupal: aquellos en los intervinientes crean el contexto violento e intimidatorio y además se involucran directamente en el acto sexual.

Este comentario se estructura de la siguiente manera: en primer lugar (2), se exponen los hechos probados (2.1) y se presentan los argumentos esgrimidos para sustentar la condena en primera instancia y para ratificarla en apelación (2.2). A continuación (3), se expone la resolución razonada de la mayoría TS (3.1), así como los argumentos de los Magistrados firmantes del Voto Particular (3.2). Acto seguido, se realizan unas consideraciones críticas sobre lo que tiene que ver con la autoría y participación en agresiones sexuales en grupo (4), así como sobre los aspectos concursales (5). En particular, se defiende que, en estos supuestos, la solución de la unidad de acción no solo es más idónea técnicamente, sino más ventajosa (5.1). En cualquier caso, puesto que finalmente se ha impuesto sin ambages la solución de la pluralidad de hechos, sostengo que la opción de la continuidad delictiva como regla general —frente a la solución del concurso real del Voto Particular—, es la más adecuada entre estas dos opciones (5.2). Concluyo con unas reflexiones finales (6).

2. La agresión sexual grupal en la AP-Almería y el TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla

2.1. Hechos probados

Marco Antonio, Juan Manuel y Apolonio entablaron conversación en una playa de Pulpí (Almería) con Zulima. Tomaron algo juntos y decidieron comprar unas cervezas y tomárselas en otro sitio más apartado. Cuando llegaron a ese lugar, abordaron a Zulima entre los tres y la tiraron al suelo, inmovilizándola. En algún momento, además, Apolonio amenaza con cortar el cuello. De esa guisa, los tres acusados acceden carnalmente a Zulima de forma sucesiva: mientras uno la penetra vaginalmente, los otros dos la sujetan; a continuación, intercambian roles.

Como consecuencia de los hechos y por la violencia ejercida, Zulima presentó diversos hematomas por el cuerpo (en el brazo y en los muslos), así como erosiones superficiales que precisaron de una primera asistencia facultativa, sin necesidad de un tratamiento posterior.

2.2. SAP-Almería 29/2024, de 30 de enero y la STSJ-Andalucía, de 24 de septiembre de 2024

La Audiencia Provincial condenó a cada uno por los siguientes delitos, con una pena máxima de 20 años por alcanzar el límite absoluto del art. 76.1 CP:

- Como autores de un delito de agresión sexual con penetración (arts. 178 y 179 CP), agravado por la actuación conjunta (art. 180.1.1ª CP), a la pena de nueve años de prisión, con las consiguientes penas accesorias.
- Como cooperadores necesarios de dos delitos de agresión sexual con penetración (arts. 178 y 179 CP), en este caso sin la agravación del art. 180.1.1ª CP, a la pena de doce años de prisión (seis años por cada delito), también con las penas accesorias correspondientes.
- Como autores de un delito leve de lesiones del art. 147.2 CP, a la pena de dos meses de multa.

La AP Almería no explicita por qué castiga a los infractores con distintos títulos de imputación (una vez como autores y dos veces como cooperadores necesarios), pero no cabe duda de que está sustentándose en la asentada doctrina de «tantos delitos como intervinientes»¹¹. Es algo más pormenorizada, en cambio, cuando decide aplicar el concurso real en lugar del delito continuado. La SAP expone las distintas líneas jurisprudenciales (unidad de acción, concurso real y delito continuado) y opta por la vía del concurso real, que considera «la más reciente Jurisprudencia de la Sala Segunda». Además, inaplica el subtipo agravado de actuación conjunta a los cooperadores necesarios porque «a la cooperación necesaria le es inmanente el grupo». Finalmente, el TSJ-Andalucía ratifica la resolución de la AP y desestima los recursos de apelación interpuestos.

3. La STS 240/2026, de 24 de marzo

Los tres acusados recurren al TS. Se basan, entre otros motivos de impugnación, en la indebida aplicación del subtipo agravado (art. 180.1.1ª CP) y del concurso real. Esto permite que el Tribunal Supremo aborde de frente —por fin— la controversia concursal y los títulos de imputación (autor o partícipe) que corresponden a los intervinientes en una agresión sexual grupal. Resumidamente, decide lo siguiente:

- Primero, que todos son coautores del hecho, incluso aunque no «desplieguen el comportamiento sexual».
- Segundo, que a todos les es aplicable el subtipo agravado de actuación conjunta, aunque solo uno de ellos realice directamente la conducta sexual.
- Y tercero, que la continuidad delictiva debe ser la solución concursal preferente en estos casos. Solo excepcionalmente podrá aplicarse el concurso real, por ejemplo, por tratarse de hechos especialmente brutales.

A continuación, vamos a examinar los argumentos de la Sentencia para sustentar estas conclusiones, así como los del Voto Particular para ponerlas en entredicho.

3.1. El razonamiento de la Sentencia

a. Sobre la aplicación del subtipo agravado de actuación conjunta (art. 180.1.1ª CP)

Como se ha explicado *supra*, lo usual era aplicar el subtipo agravado únicamente a los autores del delito de agresión sexual. En cambio, se aducían razones relacionadas con el *bis in idem* o

¹¹ Sobre esta forma de individualizar acciones en delitos sexuales (y también sobre sus excepciones), vid., VALVERDE CANO, *InDret*, 2024, pp. 322 ss. Esta idea encuentra un importante respaldo doctrinal basado en argumentos de distinto orden. Por ejemplo, se ha considerado que la creación de diversas situaciones interpersonales de dominación impide hablar de un dolo unitario, lo que veda también la unidad delictiva; o que el art. 178 CP, tras la reforma de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, convierte el delito de agresión sexual en uno *propria manu* al situarse el acto de no consentir (en los términos del apartado 1) en el núcleo del injusto. Sobre lo primero, con distintos matices, vid., Díez RIPOLLÉS, «De las agresiones sexuales», en EL MISMO/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, 2004, pp. 273-389, p. 381; CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, p. 70; BOCANEGRA MÁRQUEZ, «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», *RGDP*, (33), 2020, p. 20. Lo segundo ha sido mantenido recientemente por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «La pluralidad de delitos en la violación grupal (Una interpretación de la unidad del delito de agresión sexual acorde al bien jurídico protegido de los delitos contra la libertad sexual)», *La Ley Penal*, (169), 2024, pp. 3 ss. En sus propias palabras: «cuando la víctima interacciona con varias personas, para cada una de éstas es necesario un acto consensual propio y particularizado que determine y delimite tanto el objeto de la relación sexual, como el contexto espacio temporal donde dicha relación vaya a ser ejecutada» (p. 3).

con la redacción típica de la agravación¹² para inaplicarla a los partícipes. Esto es exactamente lo que hace en este caso la SAP con el refrendo del Tribunal *ad quem*: se condena a cada uno por un delito agravado por el art. 180.1.1ª CP en calidad de autor, y por dos delitos sin agravar como cooperadores necesarios.

El TS advierte que en el germen de esta interpretación se encuentra el abuso de superioridad como *ratio* agravatoria. El injusto añadido residiría en el desvalor de acción adicional derivado de la superioridad numérica, como ocurría con la derogada agravante de cuadrilla (extinta desde la entrada en vigor del CP de 1995) cuando concurrían en la comisión del delito «más de tres malhechores armados». El Tribunal sostiene, no obstante, que el fundamento agravatorio es plural y radica también en un mayor desvalor de resultado: el hecho ejecutado colectivamente no solo asegura más el hecho o la impunidad de los autores, también es más humillante.

«El acierto de esa cualificación legal (art. 180.1.1ª CP) está fuera de toda duda. Cuenta con un fundamento plural. No es solo el abuso de superioridad numérica con la consiguiente disminución de las posibilidades efectivas de defensa (plus de desvalor que pudiera ser cubierto por la agravante genérica y que, además, no siempre se dará: la víctima está acompañada; o en situación de inconsciencia); es que, además, *se reduplica el carácter degradante de la acción, se intensifica el atentado a la dignidad e intimidación*, se genera una situación propicia para la reiteración del ataque, y *aumenta el carácter humillante* por la presencia de algún espectador/es distinto/s del autor».

Desde luego, esta precisión sobre la *ratio* de agravación tiene efectos sobre su comunicabilidad. Se trata de una circunstancia que no tiene naturaleza personal, sino que afecta a la ejecución material del hecho (al igual que el ensañamiento en el asesinato), por lo que puede aplicarse al resto de co-intervinientes, con independencia de si participan o no directamente, siempre que hayan tenido conocimiento de tal circunstancia (art. 65.2 CP). Esto significa que, en un supuesto en el que alguien entrega las llaves de una casa en la que está la víctima para que dos personas la agredan sexualmente, responderá como cooperador con la agravación de la actuación conjunta. Por otro lado, el TS también aborda la objeción de *bis in idem* que estaba detrás de la inaplicación del art. 180.1.1ª CP a los co-partícipes. Digamos que niega la mayor: el que interviene activamente en una agresión sexual (bien contribuyendo a la creación de un contexto coercitivo, bien realizando la conducta sexual) realiza un hecho *propio*. Por lo tanto, no hay una misma circunstancia (actuar en el hecho de *otro*) que sirva tanto para fundamentar como para agravar la responsabilidad. En las propias palabras del Tribunal:

«Estima este Tribunal que esa forzada exégesis ha de ser abandonada: suponía una ruptura de principios generales de la participación, una utilización distorsionada del *non bis in idem*, una visión trasnochada de los delitos sexuales como categoría de infracciones de propia mano, y, en último término, un privilegio penológico sin fundamento que no da respuesta adecuada a la gravedad de la conducta».

¹² La STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534) ilustra esta idea con el siguiente ejemplo: «Piénsese en quien coopera necesariamente a la violación revelando el lugar donde se halla la víctima y entregando la llave de la casa en la que está la víctima para que el autor a solas la fuerce. Sería cooperador necesario, pero no se le podría aplicar la agravante de actuación conjunta. En cambio, si en la violación grupal se está presente, se es cooperador necesario por haber creado la intimidación ambiental, pero además actuando conjuntamente en ese momento de la ejecución se aumenta el desvalor de acción y resultado por lo que parece que podría aplicársele el subtipo».

Son argumentos de distinto orden dirigidos a justificar tanto la coautoría de los intervinientes¹³, como la aplicación de la agravante a todos ellos. Esto tiene como consecuencia que «[c]uando se produce una agresión sexual por la actuación conjunta y concertada de varios, todos son coautores del subtipo agravado aunque solo uno de ellos haya desplegado un comportamiento sexual». De esta manera, se da por zanjada la larga polémica doctrinal y jurisprudencial sobre los títulos de imputación en agresiones sexuales grupales¹⁴.

b. Sobre la cuestión concursal

El TS también aborda la espinosa cuestión concursal, y decide que son casos de concurrencia delictiva («tantos delitos como intervinientes») que deben resolverse, por norma general, optando por la regla de la continuidad delictiva del art. 74 CP. Para llegar aquí, el Tribunal descarta dos interpretaciones que también habían sido defendidas doctrinal y jurisprudencialmente: la unidad de hecho y el concurso real.

Indica la propia Sentencia que «[e]n la jurisprudencia de los últimos años encontramos precedentes de muy distinto signo, algunos, con votos particulares: desde los que optan por la unidad natural de acción, hasta los que consideran que hay tantos delitos en concurso real como accesos; a veces, no siempre, no se aplica el subtipo cuando se interviene en el acceso de otro; otras, se distingue según sean solo dos o más autores; en ocasiones se califica como delito continuado, bien de forma muy argumentada, bien por los condicionantes que impone la impugnación que se ventila».

En primer lugar, rechaza que estos sean supuestos de unidad de hecho (lo que abriría la posibilidad de aplicar la unidad típica o natural de acción¹⁵ o el concurso ideal¹⁶), aunque admite que sería factible alguna salvedad muy excepcionalmente¹⁷. Los argumentos que utiliza para justificar la ruptura del hecho son dos: la pluralidad de resultados y consideraciones de proporcionalidad.

¹³ Por supuesto, el TS no prejuzga todos los tipos de casos (podrían pensarse ejemplos en los que la persona sea cooperadora necesaria o cómplice de una agresión sexual grupal). Lo que está impugnando es que una persona que participa en fase ejecutiva del hecho deba ser considerada cooperadora necesaria solo por no realizar lo que se considera el «injusto nuclear».

¹⁴ En los últimos años, la doctrina mayoritaria coincidía en que la calificación adecuada en estos supuestos era la de autor/coautor. Por todos: BOLDOVA PASAMAR, «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”», *Diario La Ley*, (9500), 2019, p. 6; FARALDO CABANA, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, 2019, p. 392; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, «El delito de agresión sexual: análisis de la conducta típica de los arts. 178.1 y 4 y 181.1 y 3 del Código Penal», *Revista Ius Criminale*, (3), 2025, pp. 17 ss. Cfr., sin embargo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Ley Penal*, 2024, p. 3.

¹⁵ Esta ha sido una posibilidad que ha respaldado la jurisprudencia anecdóticamente (STS 1295/2006, Penal, de 13 de diciembre), y defendida por un sector minoritario de la doctrina: BOCANEGRA MÁRQUEZ, «La figura italiana de violencia sessuale di gruppo: ¿un modelo a seguir en España?» *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, (8), 2023, p. 213; DE MOSTEYRÍN SAMPALO, «Las tres formas de punir las violaciones grupales», *Diario La Ley*, (10288), 2023, pp. 1-22; GONZÁLEZ TASCÓN, *Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual. Repercusiones de la reforma del Código penal por las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023*, 2025, p. 108; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación por “actuación conjunta” (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 77-78; VALVERDE CANO, *InDret*, 2024, *passim*.

¹⁶ CANTARD VANNI, *La arquitectura del concurso de delitos*, 2026, pp. 254 ss.

¹⁷ La propia Sentencia proporciona un ejemplo tras insistir en que estas excepciones son de muy difícil aparición: «por buscar un ejemplo, introducción de un objeto a la cavidad vaginal por la propia víctima ante la presencia de dos personas que han conseguido mediante intimidación que se pliegue a su imposición».

El primero de ellos se entiende mejor si partimos del tratamiento de las lesiones cometidas conjuntamente por varios individuos. En este caso, la repetición de puñetazos, tortazos o patadas, o la rotación de roles, no obliga a romper la unidad de acción. Habría una realización iterativa o progresiva del tipo que podemos cuantificar en atención únicamente al daño *global* constatable (una herida que requiere tratamiento facultativo, un hueso roto, un labio partido). Y ese resultado total, esa obra colectiva, se puede atribuir por completo a todos los responsables — y no alícuota o solidariamente—.

Sin embargo, una agresión sexual (y, más específicamente, un acceso carnal) tiene como ingrediente un contacto no consentido de carácter *sexual* que va por tanto más allá de lo meramente físico. En otras palabras: este tipo de contacto tiene una vertiente interpersonal que genera un injusto *distinto* que no puede fácilmente conformar una unidad¹⁸. Al menos, esto es lo que se puede deducir de los siguientes extractos de la Sentencia:

«Los delitos sexuales presentan singularidades que dificultan el traslado mimético de pautas fijadas para otras modalidades criminales [...] El contacto corporal con una significación sexual, que, por lo general y salvo supuestos muy excepcionales, ha de estar presente como elemento esencial de la acción típica, introduce un ingrediente que no es baladí y que genera diferencias [...] La pluralidad de intervinientes (no en la violencia o intimidación, sino en los actos con significación sexual) *comporta un salto cualitativo, una diferencia ontológica* que va más allá de la pura superioridad y que no se aprecia, sin embargo, en un robo o en unas lesiones».

En segundo lugar, de la argumentación también transpira la idea de que la unidad de acción o de hecho sería una solución desproporcionada (por defecto), que no se haría cargo del salto de injusto que supone que un hecho de esas características sea ejecutado por varios individuos distintos:

«Intuitivamente se capta enseguida. Dos accesos carnales sucesivos por la misma persona sugieren menor gravedad que dos accesos carnales consecutivos a cargo de dos sujetos, siempre en el marco de una misma situación intimidatoria o de anulación de las facultades cognitivas. Incluso si estamos ante un único acceso carnal seguido de tocamientos practicados por otro de los partícipes se percibe algo diferente al único acceso carnal que absorbe otros previos tocamientos de un único sujeto, aunque la intimidación haya sido protagonizada por ambos».

En fin, tras la cesura del hecho, dando lugar a múltiples delitos sexuales, queda por decidir si se puede aplicar la continuidad delictiva —que el art. 74.3 admite excepcionalmente— o si «la naturaleza del hecho y del precepto infringido» obliga a la acumulación en concurso real, debate que había propiciado una discusión muy viva en la doctrina¹⁹. Para consagrar la continuidad como

¹⁸ Esto, por otro lado, es coherente con la doctrina jurisprudencial más reciente que se ha referido al bien jurídico en el delito de agresión sexual. Al hilo del engaño en las agresiones sexuales, la STS 603/2024, Penal, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3418), determina que serían típicas ciertas suplantaciones de identidad (no todas), lo que a mi juicio apunta a que el delito también tiene una dimensión intersubjetiva relacionada con la intimidad.

¹⁹ BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la «Ley de Solo Sí es Sí». Claves de la Polémica*, 2023, *passim*; CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 56-58; CARUSO FONTÁN, «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, pp. 217-246; CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, pp. 36-60; FARALDO CABANA, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, 2019, pp. 392 ss. También, últimamente,

regla general recurre a dos argumentos: uno normativo (el art. 74 CP no lo impide) y otro, nuevamente, de proporcionalidad.

En cuanto al primero, el TS recuerda que se cumple tanto con el requisito objetivo (es una ofensa contra la libertad sexual), como subjetivo (identidad del sujeto pasivo), que son los únicos escollos normativos insalvables a la aplicación de la continuidad.

Dedica mucha más atención al segundo argumento, más problemático (es el que ataca precisamente el Voto Particular), ya que *prima facie* parece peliagudo sostener que una agresión sexual grupal no encaja en una de las excepciones a las que se refiere el art. 74 CP. Aunque no explícitamente, alude a la doctrina del «hecho acompañante característico»²⁰, que se refiere a lo que el legislador ha considerado para la fijación del marco penal del precepto, teniendo en cuenta los hechos que aparecen juntos con más frecuencia (lo cual es un dato empírico)²¹:

«la fórmula del art. 180.1.1ª es muy abierta. Encajan en ella supuestos muy diversos. La experiencia —desalentadora y triste, pero tozuda— enseña que la hipótesis menos grave (un acceso carnal perpetrado con la ayuda de otro) no es la más frecuente: lo habitual es que alguno o algunos más de los intervinientes roten. Es por ello lógico suponer que el art. 180.1.1ª no excluye radicalmente esos supuestos y que, justamente desde su lectura —naturaleza del precepto infringido: art. 74.3 CP—, se hace viable abrir esos casos a la posibilidad de continuidad delictiva. La naturaleza del precepto penal infringido —y en este caso se trata de un precepto que incorpora en su tipicidad la pluralidad de autores— es uno de los criterios para dilucidar la compatibilidad de la continuidad delictiva con la delincuencia sexual».

Básicamente, lo que se mantiene es que el legislador tuvo en cuenta esta pluralidad de ataques sexuales a la hora de esbozar el art. 180.1.1ª CP, y no solo la pluralidad de autores. La *naturaleza del hecho* debe leerse en esos términos. De lo contrario, advierte con razón, sería automática la aplicación del concurso real, y sería obligado imponer una pena de 20 años para las agresiones sexuales grupales, al alcanzarse con dos coautores el máximo de cumplimiento efectivo (art. 76 CP). Este resultado, por otro lado admisible, debe reservarse a los casos excepcionales. De este modo, solo cuando se trate de un supuesto verdaderamente anómalo, por la «amplitud del marco temporal, el número de accesos, la brutalidad intensificada, alguna circunstancia singular en el sujeto pasivo, u otros factores», razones relacionadas con el hecho concreto desaconsejarán acudir al (normalmente beneficioso) instituto de la continuidad delictiva.

Esta interpretación, además, tiene la ventaja de permitir una respuesta más matizada y ajustada al hecho concreto, ya que la continuidad delictiva permite recorrer no solo la mitad superior del marco de la infracción más grave, sino también el grado superior (en este caso, limitándose a la mitad inferior). De hecho, la propia Sentencia recomienda decididamente que se navegue por

LÓPEZ BUENO, «Coautoría y concurso: luces y sombras de la STS 240/2026 en las agresiones sexuales grupales», en prensa.

²⁰ Una magnífica reconstrucción de esta doctrina puede encontrarse en ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, 2004, pp. 181 ss., quien se muestra crítica con esta doctrina.

²¹ Esto es lo que nos permite sostener, por ejemplo, que un delito de robo con violencia o absorbe lesiones que no alcanzan cierto grado de gravedad, a pesar de que, si se realizaran en otro contexto, darían lugar a delitos independientes. Hasta que se introdujo la cláusula concursal del art. 194 bis CP, también era frecuente sostener que las agresiones sexuales absorbían lesiones psíquicas y físicas de poca entidad. Sobre esta idea, relacionada con la construcción de la unidad típica de acción, me vuelvo a remitir a VALVERDE CANO, *InDret*, 2024, pp. 361 ss., y la bibliografía ahí citada.

este marco —y que no se opte siempre por poner la pena mínima, como es lo habitual—, para ajustarlo a consideraciones de proporcionalidad ordinal: «para evitar la infrapunción, que, igual que la sobrepunción, atenta contra el principio de proporcionalidad, ha de manejarse con moderación, pero con criterio y rigor, la posibilidad (art. 74.1) de elevarla pena hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (lo que permite llegar a una pena de prisión de dieciocho años y nueve meses)».

3.2. El razonamiento del Voto Particular

El Voto Particular, firmado por cuatro Magistrados, discrepa en un único punto: no es la continuidad delictiva, sino el concurso real, la solución que debería erigirse como regla general. El delito continuado es una institución cuyo ámbito natural de aplicación son precisamente los delitos que no afectan a bienes de naturaleza personal, por lo que, cuando estamos ante las excepciones admitidas por el art. 74.3 CP (delitos contra el honor y la libertad sexual), estas han de leerse en el sentido más restrictivo posible. O, lo que es lo mismo, que debe interpretarse generosamente la cláusula que opone la «naturaleza del hecho» para excluir la continuidad:

«La sentencia de la mayoría diseña unas pautas de interpretación, con las que estamos de acuerdo, que permiten resolver la concurrencia de actos plurales. [...] La discrepancia surge sobre dos aspectos. El primero, cuando refiere, fundamento decimosexto, que los hechos integran un delito continuado porque «no concurre un factor relevante que impida la aplicación del art. 74.3 CP». [...] Con la interpretación de la mayoría la excepción se ha convertido en regla general, lo que contradice, a nuestro juicio, el tenor del art. 74 CP. En segundo término, en el caso concreto, la naturaleza del hecho, tres sujetos que agreden con violencia e intimidación a una mujer, con sendas penetraciones, y eyaculaciones en la cara y boca de la mujer, es un acto que por su brutalidad, y siguiendo la argumentación que expresa la Sentencia, de la mayoría, impediría la unificación del delito continuado».

No parece que las agresiones sexuales en grupo sean eventos que, por su naturaleza, merezcan un tratamiento beneficioso, sobre todo teniendo en cuenta que el concurso real es la opción preferida en delitos donde se emplean medios violentos e intimidatorios. ¿Por qué hacer una excepción con las *manadas*? En el fondo, lo que se sostiene es que se está realizando una interpretación anómala de las pautas de aplicación de la continuidad delictiva. Si entre los factores de exclusión se encuentran aspectos como la brutalidad de los hechos y otras circunstancias singulares, ¿cómo pueden descartarse entonces eventos tan graves que normalmente se ejecutan en condiciones de brutalidad?

A los Magistrados discrepantes no se les escapa el peso que el argumento de la desproporción penológica tiene en la Sentencia. No obstante, no creen que este sea atendible («La consideración de dosimetría penal es *ajena* a la aplicación, o no, del delito continuado»)²². Esto, mantienen, concierne al legislador, pero no a los jueces, que se enfrentan únicamente al problema de la subsunción de los hechos en el art. 74 CP: o se dan o no se dan los presupuestos de aplicación de la continuidad delictiva, pero no cabe una vía intermedia.

²² Concuerda LÓPEZ BUENO, «Coautoría y concurso: luces y sombras de la STS 240/2026 en las agresiones sexuales grupales», en prensa.

4. Algunas consideraciones críticas

4.1. Sobre la aplicación del subtipo agravado del art. 180.1.1ª CP y la calificación de los intervinientes como coautores

El TS aprovecha el cuestionamiento de la aplicabilidad de la agravante «por la actuación conjunta de dos o más personas» para pronunciarse sobre dos cuestiones: primero, sobre su fundamento dual (mayor desvalor de acción y de resultado); segundo, sobre su aplicabilidad a los co-intervinientes, que deben ser considerados coautores. En realidad, solo lo primero era necesario para despejar las dudas sobre la afectación al *bis in idem*.

Al actuar conjuntamente se reducen o expropian las posibilidades de defensa (lógica de la alevosía o abuso de superioridad), pero también el acto es más humillante y se «intensifica el atentado a la dignidad e intimidad». Para una parte de la doctrina, no obstante, el hecho de que el art. 180.1.2ª CP se haga cargo de este desvalor de resultado (se agravan los «actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio»), nos obliga a encontrar un fundamento único en el primer apartado relacionado exclusivamente con el desvalor de acción²³.

A mi juicio, el razonamiento de la sentencia es perfectamente atendible. Las circunstancias agravantes pueden compartir fundamento de manera parcial; sin ir más lejos, los apartados 3ª, 5ª y 7ª del propio art. 180.1 CP agravan la pena por el aprovechamiento de circunstancias (relacionadas con el individuo o la situación) que bien reducen o impiden las posibilidades de defensa, o bien favorecen la impunidad del agresor. El solapamiento de fundamentos lo único que obliga es al examen cuidadoso de las circunstancias para evitar el *bis in idem*: que el mismo hecho, que incrementa el desvalor de acción o de resultado, se tenga en cuenta una sola vez.

Por otro lado, el desvalor de resultado no se limita al aspecto vejatorio o humillante, también hay un atentado adicional contra la intimidad. Esto se percibe con claridad en el siguiente ejemplo: imaginemos que una pandilla rodea a un individuo y comienza a pegarle una paliza en un parque. Tras algunos puñetazos y patadas que le rompen los huesos de un dedo, deciden obligarle a practicar una felación. Uno de ellos graba todo el episodio de principio a fin y luego lo publica en un foro en internet. Lo que es delictivo de acuerdo con el art. 197 CP es grabar y difundir los hechos que tienen naturaleza sexual, pero no lo que ha ocurrido antes. Esto muestra que la valoración social de los hechos objeto de grabación es distinta, reflejo de su significado a nivel individual como pertenecientes a un núcleo especialmente íntimo —y sobre el que hay posibilidades reforzadas de exclusión—. El que solo los castigemos cuando se graban y no solo cuando se miran (o perciben), por razones de proporcionalidad, no niega esta premisa principal.

²³ GONZÁLEZ TASCÓN, Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual. Repercusiones de la reforma del Código penal por las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023, 2025, pp. 99 ss. Similar, ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, «Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja o ex pareja», en MUÑOZ SÁNCHEZ et al. (dirs.), Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, 2023, pp. 1178 ss. Cfr., por el contrario, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en QUINTERO OLIVARES (dir.), Comentarios al Código penal español, Tomo I, 7.ª ed., 2016, p. 1292; MOYA FUENTES, Las agresiones sexuales a mayores de 16 años: una revisión crítica tras las reformas de 2022 y 2023. Especial contemplación de los problemas de retroactividad y del consentimiento de la víctima, 2024, p. 162. Vid., también la Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado (p. 32).

Así entendido el fundamento de la agravación, es evidente que el *bis in idem* no se ve afectado en el caso de que se aplique a un único co-partícipe. No hay un individuo que «hace propio» el hecho de otro, o que simplemente se adiciona a él, sino que co-determina su significado. Es importante resaltar que lo decisivo no es el título de imputación: si efectivamente había un problema material de doble incriminación —porque la misma circunstancia sirve tanto para fundar como agravar la pena—, este problema no se disuelve mágicamente con un simple cambio de etiquetas (recalificando como autores a los cooperadores necesarios), porque el mismo inconveniente subsistiría en el coautor. Ahora bien, si lo que ocurre es que la presencia de otro transforma el hecho en algo distinto y más nocivo, nada impide que eso agrave la responsabilidad de cualquiera que intervenga en él (como partícipe o como coautor)²⁴.

Esta interpretación ofrece rendimientos adicionales a la hora de decidir qué hechos en los que intervienen varios merecen la aplicación del subtipo agravado. Pensemos en los siguientes supuestos: 1) A, guardia de seguridad en un centro de acogida, da las llaves a B para que este entre en el centro y agrede sexualmente a X. 2) A, guardia de seguridad en un centro de acogida, da las llaves a B y a C para que agredan sexualmente a X de manera conjunta. 3) D y F, en una fiesta y de común acuerdo, abordan a una chica (Y) y la llevan a una habitación, donde entran de forma sucesiva para agredirla sexualmente, esperando cada uno su turno en la puerta. 4) D y F quieren dar a Y una lección y deciden que la agredirán sexualmente por separado: uno lo hará en julio y otro en septiembre. Solo estaría justificada la aplicación del subtipo agravado en los casos 2) y 3), aunque en todos ellos haya una actuación conjunta. En el ejemplo 2), se trata de una circunstancia comunicable al partícipe por estar referida a la ejecución material del hecho y los medios empleados (art. 65.2 CP). En el caso 3), no solo hay una inocuización de las posibilidades de defensa de la víctima al estar apostados la puerta de la habitación, ambos están presentes en el hecho. Aunque haya una barrera física que les impide acceder sensorialmente a ciertas dimensiones del acto sexual, son perceptibles otros aspectos²⁵.

Dicho esto, aunque no fuera necesario para descartar la afectación del *bis in idem*, es bienvenida la aclaración del TS de que todos los intervinientes son coautores —y no autores de la conducta sexual propia y cooperadores de la de los demás—. Destaca que esta exégesis refleja una «visión trasnochada de los delitos sexuales como categoría de infracciones de propia mano», y creo que no le falta razón²⁶. Esta interpretación como delito *propria manu* era razonable cuando la violación consistía en el yacimiento con una mujer (art. 429 CP/1973)²⁷. Pero en el momento en el que la agresión sexual se define como un atentado contra la libertad sexual de otra persona, cabe apreciar autoría por este delito incluso aunque el contacto sexual lo realice un tercero (por ejemplo, actuando bajo error de tipo invencible) o lo haga la propia víctima (porque el agresor la

²⁴ En realidad, incluso los autores que mantienen que el fundamento de la agravación unitario por una mayor peligrosidad (esto es, en un mayor desvalor de acción), no ven problema de *bis in idem* a su aplicación a los coautores o partícipes: GONZÁLEZ TASCÓN, *Las agresiones sexuales cualificadas a personas en edad legal de consentimiento sexual. Repercusiones de la reforma del Código penal por las leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023*, 2025, p. 107.

²⁵ De la misma manera que la agravación de perpetrar el delito de lesiones del art. 153 CP «en presencia de menores» no requiere que estos hayan visto directamente la agresión: STS 188/2018, Penal, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1378).

²⁶ Cfr., sin embargo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *La Ley Penal*, 2024, pp. 3 ss.

²⁷ Aun así, algunos autores diferenciaban entre lo que el delito tenía de imposición de fuerza e intimidación y lo que tiene de corporal (específicamente sexual), para decir que los coautores materiales eran los que participaban en el primer aspecto y los coautores principales en el segundo: CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, pp. 204 ss.; GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, 1982, pp. 411 ss.; BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979, p. 351.

ha obligado a masturbarse bajo amenaza²⁸. Igual que nadie rompería el título de imputación en un robo con violencia, castigando al que realiza el apoderamiento como autor y al que ejerce la violencia como cooperador necesario, no hay razones de peso para romperlo en una agresión sexual en el que se reparten las funciones.

4.2. Sobre la concurrencia delictiva y la aplicación de la continuidad

La solución a la cuestión concursal es el aspecto más controvertido de la Sentencia. Y esto seguramente es inevitable, ya que la teoría de concursos es un tema especialmente cargado de valoraciones. Casi nunca se trata de juicios de mera subsunción: por poner un ejemplo muy simple, para decidir si se aplica o no un concurso ideal, debe determinarse si uno de los delitos abarca o no todo el injusto, y esto *siempre* es una valoración²⁹. En fin, se puede estar más o menos de acuerdo, pero lo cierto es que la Sentencia no se oculta tras párrafos oscuros y contradictorios, sino que expone los argumentos de forma ordenada y comprensible, y gracias a esto uno puede detectar más fácilmente las fortalezas y las tensiones internas. A analizarlas dedicaré las siguientes páginas.

a. Una defensa de la unidad de acción como herramienta para «contar acciones» en agresiones sexuales grupales

Como vimos, la Sentencia descarta que haya un único hecho atribuible a todos los intervinientes. A diferencia de lo que ocurriría con unas lesiones, o un homicidio, o incluso un delito contra la intimidad o contra la integridad moral, la unidad de sujeto pasivo no determina la unidad típica. Debe haber entonces algo distinto en los delitos sexuales que nos obliga a «romper» la unidad de hecho cuando hay varios, algo que no ocurre en ningún otro delito. La razón que se nos suministra para justificarlo es normativa: la intervención de cada individuo genera un injusto distinto y esto supone un hecho nuevo³⁰. No es una mera realización iterativa del tipo que incrementa el daño cuantitativamente. Hay un salto cualitativo.

El problema es que esa argumentación me parece incompatible con el abandono de la doctrina de los delitos de propia mano que había proclamado la propia Sentencia unos párrafos antes. ¿Cuál es exactamente el injusto que genera cada individuo y por qué no puede conformar una unidad? ¿Por qué el elemento esencial de la cesura es el sujeto activo y no, por ejemplo, las distintas vías por las que se accede carnalmente, que también suponen una intensificación de la injerencia en la libertad sexual?³¹

²⁸ Cfr., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, *Revista Ius Criminale*, (3), 2025, pp. 18 ss.

²⁹ ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, 2004, *passim*. Además, algunos autores destacan que el nivel de detalle de este examen depende de las consecuencias que se haya asociado a la pluralidad o unidad delictiva, cuanto más drástica sea la diferencia entre ambas, más esencial deviene este examen: GRECO/LEITE, «Concurso de delitos: un primer intento de reorientación (desde una perspectiva brasileña)», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2024, pp. 101 ss. Similar, CANTARD VANNI, *La arquitectura del concurso de delitos*, 2026, pp. 173 y *passim*.

³⁰ Crítico con esta forma de operar, basada en el número de resultados (o únicamente con consideraciones de proporcionalidad): CANTARD, «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso “real”. Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», *InDret*, (3), 2023, pp. 519-553.

³¹ Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, no sería del todo irrazonable sostener que esta injerencia intensificada supone también un salto cualitativo y no solo una intensificación cuantitativa. Esto es lo que

A esto puede responderse que, cuando el legislador introdujo el delito de atentado contra la libertad sexual, no estaba previendo las agresiones realizadas por varios individuos a la vez y sí los distintos accesos (de nuevo la doctrina del «hecho acompañante característico»). Castigar únicamente por los art. 178 o 179 CP sería desproporcionado por castigar demasiado poco. Como la determinación de qué es un «hecho» no es algo que aparezca espontáneamente en la naturaleza, sino algo que al menos en parte *decidimos*³², puede tomarse en consideración el dato de los distintos individuos que participan sucesivamente como elemento de cesura. El problema es que la conducta realizada de manera grupal sí está prevista *ex lege*. El legislador ha tomado en consideración este elemento normativo en particular y además le ha asignado un valor específico atendiendo a si es o no un acceso penetrativo, o a si concurren ciertos medios comisivos.

En el fundamento jurídico décimo tercero se realiza una defensa brillante de por qué el «hecho» al que se refiere el art. 180.1.1ª CP engloba no solo los supuestos más simples (un acceso carnal perpetrado con ayuda de otro), sino otros más graves y habituales como la rotación de roles. El TS utiliza la doctrina del «hecho acompañante característico» para justificar por qué este no es un caso excepcional que impide apreciar la continuidad delictiva, por otro lado admisible en delitos contra la libertad sexual. Lo sorprendente es que esta misma argumentación valdría también para sostener que ha existido un único hecho típico de los arts. 178 o 179 en relación con el art. 180.1.1ª CP. Si el legislador, al prever la agravante de *actuación* conjunta, estaba pensando tanto en supuestos de pluralidad de autores, como de pluralidad de ataques sexuales por distintos actores, entonces tuvo que prever también una *pena adecuada* para esas hipótesis. ¿Cuál es entonces la justificación de la ruptura de la unidad típica de acción? ¿Por qué «saltarse» aquí la valoración del legislador acudiendo al expediente de la pluralidad de hechos?

Es preciso advertir además que esta interpretación puede ser contradictoria o problemática en relación con la interesantísima doctrina de la «cosa medio juzgada», que emana de la misma Sala y es esbozada por ejemplo en la STS 791/2025, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2025:4248). Aunque esta resolución merecería un comentario aparte, me voy a limitar a exponer lo esencial. En este supuesto se enjuicia un blanqueo de capitales en España por unos hechos relacionados con el tráfico de drogas de los cuales resultó absuelto (al menos parcialmente) en Suecia. En la Sentencia, cuyo ponente es también el Magistrado Antonio del Moral García, el Tribunal aprovecha que se plantea una cuestión sobre cosa juzgada para pronunciarse sobre el alcance de la «cosa». En concreto, se pregunta cuándo hay un objeto idéntico que impide un nuevo enjuiciamiento —el *eadem res* del bis in idem— y cuándo solo se da una identidad parcial que, aunque no impide la apertura del proceso, sí que puede producir algún tipo de efecto.

La premisa es que los hechos que conforman una unidad de acción constituyen también una unidad de enjuiciamiento, una única «cosa» que, si se enjuicia, se convertirá en «cosa juzgada». Para juzgar esos hechos, puede decirse que el Estado solo tiene un tiro (con muy contadas

mantiene Cantard Vanni, que defiende la aplicación del concurso ideal en estos casos (porque presupone, claro, la unidad de hecho del art. 77.1 CP): CANTARD VANNI, *La arquitectura del concurso de delitos*, 2026, pp. 260 ss.

³² PEÑARANDA RAMOS, «¿Unidad o pluralidad de “hechos” en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola “acción”?», en PEÑARANDA RAMOS/POZUELO PÉREZ (dirs.), *Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español*, 2024, pp. 189 ss.; MANALICH RAFFO, «El concurso de delitos: Bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica UPR*, (74-4), 2005, p. 1039; MALDONADO FUENTES, «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», *Revista Chilena de Derecho*, (47-3), 2020, p. 751. Cfr., sin embargo, CANTARD, *InDret*, (3), 2023, pp. 535 ss.

excepciones). La Sentencia pone el ejemplo de una persona que dispara de forma sucesiva a otra hasta que la mata. Aunque haya varias tentativas distinguibles, que podrían sancionarse aparte ya que son hechos diferenciados que afectan a bienes personales, lo usual es que se agrupen bajo el tipo de homicidio y se castiguen como un único delito. Si luego se descubre que fueron cinco intentos de disparo, y no solo dos (como se enjuició), estos nuevos «hechos» no afectan al instituto de la cosa juzgada: sigue siendo el mismo objeto —*eadem res*—, por lo que un nuevo enjuiciamiento sería contrario a la prohibición del bis in idem.

Este efecto no alcanza a los hechos que son distintos, pero que se agrupan normativamente por distintas razones. Esto ocurre, dice el TS, en «los delitos de tracto continuado, o de actos plurales, o delitos continuados y asimilables —todos aquellos en que acciones diferentes, también desde el punto de vista jurídico, y distinguibles, son agrupadas por el legislador penal para conformar con ellas un único delito». En estos casos el instituto de la cosa juzgada reclama modulaciones³³. Por ejemplo, cuando una sentencia recoge unos hechos que podrían haberse unificado *ex art.* 74 CP con otros hechos ya juzgados con anterioridad, esto debe tenerse en cuenta en la nueva resolución. Para ello la Sentencia utiliza la expresión «cosa medio juzgada»³⁴.

Así mirado el problema —en su vertiente procesal—, emerge a la superficie lo problemático (y ficticio) que resulta tratar las agresiones sexuales grupales como un problema de pluralidad de hechos. Imaginemos que, tras haberse enjuiciado una *manada* aplicando el subtipo agravado de actuación conjunta, se descubriera que fueron cuatro, y no tres, los que intervinieron: ¿se debería abrir una nueva causa para los tres enjuiciados añadiendo el delito del cuarto sujeto, que sería normativamente acumulado a los delitos ya cometidos y juzgados? ¿De verdad que no podría oponerse la objeción de la cosa juzgada, sino que sería, a lo sumo, una cosa «medio juzgada»? A mi juicio, la respuesta debe ser negativa, ya que me parece claro que esta situación es más parecida a las tentativas sucesivas de homicidio (supuestos de realización iterativa o progresiva del tipo), que a aquellas en las que el individuo hurta cosas ajenas en días distintos y es sujeto a diferentes procesos susceptibles de unificación con el instituto de la continuidad. Pero una respuesta como la que ofrece la Sentencia objeto de comentario, que establece una pluralidad de acciones diferenciadas, debería permitir un nuevo enjuiciamiento.

Por último, es de justicia mencionar que la opción de la Sentencia por la pluralidad de hechos sí que presenta una clara ventaja frente a la solución de la unidad. No solo permite ajustar la respuesta a la gravedad de los hechos (por ejemplo, si son muchos los individuos), al poder subir el grado de la pena, sino que también neutraliza un potencial efecto adverso. Pensemos en casos —no tan infrecuentes— en los que concurren ciertas circunstancias que obligan a reducir la pena un grado (por tratarse de una tentativa, o por haber una circunstancia atenuante muy cualificada, como las dilaciones indebidas). Esto nos obligaría a imponer como máximo dos, siete o doce años de prisión —que son los marcos inferiores establecidos según el caso—, frente a los cinco, once o trece años y medio que permite el art. 74 CP con la nueva horquilla (la mitad superior de la infracción más grave)³⁵.

³³ Cfr., sin embargo, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 423 ss.

³⁴ Vid., también, la STS 549/2022, Penal, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2224).

³⁵ Aunque ciertamente cabría defender una vía «intermedia» que neutralizaría este inconveniente, que es la de entender que en las *manadas* habría un concurso ideal homogéneo: CANTARD VANNI, *La arquitectura del concurso de delitos*, 2026, pp. 254 ss.

Seguramente este tipo de consideraciones de proporcionalidad no son ajenas al Tribunal, algo que no me parece *prima facie* negativo. La cuestión es que el precio que se paga para garantizar la justicia en estos casos concretos puede ser muy alto, especialmente si se generaliza el recurso al concurso real (haciendo una interpretación muy laxa de la «naturaleza del hecho» del art. 74.3 CP, puerta que se deja abierta en la Sentencia) o si se modifica la regulación del delito continuado, excluyendo la excepción de los delitos contra la libertad sexual, algo que por cierto reclama desde hace años una parte de la doctrina³⁶. Si esto ocurre, la consecuencia automática de entender que hay pluralidad de hechos será que, a partir de dos intervinientes, una agresión sexual grupal se castiga con la pena de veinte años de prisión (consecuencia que me parece que esta resolución trata de evitar).

b. Delito continuado vs concurso real

Con lo anterior simplemente pretendo evidenciar una tensión argumentativa interna: si se insiste en que no son delitos de propia mano, luego es difícil explicar por qué cada individuo genera un injusto específico y por qué este no se puede acumular —como ocurre con las lesiones—. La decisión del TS no es errónea, el concepto de «hecho» no lo encontramos en la naturaleza, pero creo que había otras razones (dogmáticas y de proporcionalidad) que respaldaban la interpretación de que en una agresión sexual grupal hay un único hecho, agravado por el actuar conjunto³⁷.

Dejando de lado esta idea, ante la disyuntiva delito continuado/concurso real, las «mejores razones» se encuentran del lado de la mayoría que opta por la continuidad delictiva. La magnitud de la pena (y su posible desproporción) es el telón de fondo de todas las consideraciones, y a mi juicio, uno de los puntos fuertes del razonamiento, aunque sea precisamente lo que critica el Voto Particular.

La Sentencia sorteja todos los obstáculos que se habían opuesto a apreciar la continuidad delictiva en estos casos. En realidad, el único dique insalvable es la unidad de sujeto pasivo, ya que los demás que se habían señalado por la doctrina o no estaban contemplados en la ley (que no exige unidad de sujeto activo ni unidad de títulos de imputación), o no eran decisivos³⁸. El problema reside en lo contraintuitivo de entender que la excepción a la continuidad en atención a la «naturaleza del hecho» (art. 74.3 CP) no alcanza a un evento normalmente tan grave como es una agresión sexual grupal.

Resulta menos contraintuitivo si ponemos en contexto la situación: no es que estemos aplicando la continuidad delictiva a sucesivas agresiones sexuales grupales que se realizan en días distintos

³⁶ RAMON RIBAS, «Aciertos y desaciertos de la reforma de los delitos sexuales», en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la «Ley de Solo Sí es Sí». Claves de la Polémica*, 2023, p. 405.

³⁷ No he venido aquí a hablar de mi libro. Por eso me remito a VALVERDE CANO, *InDret*, (2), 2024, pp. 333 ss.

³⁸ Aquí es obligado mencionar los excelentes trabajos de Caruso Fontán y Bocanegra Márquez que han realizado una labor de síntesis y respuesta a los principales argumentos contra la continuidad delictiva en agresiones sexuales grupales, que se pueden resumir en que los siguientes: la presencia de violencia o intimidación (por afectar a bienes eminentemente personales); la falta de identidad de títulos de imputación o la naturaleza especialmente grave de ese tipo de eventos: BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la «Ley de Solo Sí es Sí». Claves de la Polémica*, 2023, *passim*; CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, pp. 36-60; CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, *passim*.

con una misma víctima. Este sería un «caso claro» donde la naturaleza de los hechos impide la continuidad. Lo que se está discutiendo es su apreciación en un mismo evento (que, recordemos, desde el punto de vista de un observador imparcial, puede ser calificado como *un único hecho*). Aquí son muy pertinentes las consideraciones de la Sentencia sobre qué es lo habitual en un hecho de esas características. Teniendo en cuenta la pena (que alcanza los quince años), seguramente el «hecho» en el que está pensando el legislador no excluye las *manadas* en las que hay rotación de roles. Y este es el hecho que sirve como unidad de medida del art. 74.3 CP y no las agresiones sexuales grupales en abstracto (que, obviamente, siempre van a merecer socialmente el calificativo de graves). Solo cuando las circunstancias del evento concreto exceden estos límites, puede sostenerse que la «naturaleza del hecho» impide la apreciación de la continuidad. Estos son los términos en los que creo que debe entenderse la siguiente afirmación de la Sentencia:

«No puede descartarse *a priori* en esos supuestos la punición a través del art. 74.3 CP. La naturaleza del precepto infringido: art. 180.1.1ª que contempla como presupuesto la presencia de varios autores, se antoja territorio propicio para ese entendimiento que permitiría acomodar la severidad del castigo (nunca inferior a trece años y seis meses si se producen accesos) a las circunstancias concurrentes y siempre y cuando éstas (naturaleza del hecho) no aconsejen acudir a las reglas del concurso real (art. 76 CP)».

Se dice en el Voto Particular que la «dosimetría penal es ajena a la aplicación, o no, del delito continuado». Pero se trata de una afirmación que cohonesto mal con el hecho de que son elementos puramente normativos (¡valorativos!) los que el legislador suministra para excluir la continuidad delictiva (naturaleza del hecho y del precepto infringido). Me parece ingenuo sostener que las cuestiones relacionadas con la proporcionalidad, o con la pena justa, son ajenas al aplicador del Derecho. ¿Cómo pueden agruparse normativamente eventos a efectos de la «unidad típica de acción» sin tener en cuenta la pena? Por ejemplo: ¿cómo determinamos qué actos constituyen *un único delito* de tráfico de drogas sin tener en cuenta que la pena es de tres a seis años de prisión? ¿Se interpretaría el tipo de la misma manera si se castigara con multa de uno a tres meses, o seríamos en cambio más proclives a ver los distintos actos de menudeo como delitos independientes y agrupables con la continuidad? ¿Y si se castigasen con prisión permanente revisable? Tengo la certeza de que no, de que habría diferencias sustanciales en la interpretación precisamente porque el juicio de subsunción no es ajeno a cuestiones de proporcionalidad —no puede serlo—, y bien está que así sea.

Para concluir, quizás la crítica que puede realizarse es que los criterios que menciona la Sentencia para excluir la continuidad son muy abiertos (amplitud del marco temporal, número de accesos, brutalidad intensificada, alguna circunstancia singular en el sujeto pasivo) y es fácil que la excepción acabe convirtiéndose en la regla general. No obstante, tampoco tengo muy claro que se pudiera concretar mucho más; al fin y al cabo, la «naturaleza del hecho» es un concepto de contornos poco definidos.

5. Reflexión final

Tengo para mí que será especialmente bienvenida en la Academia la proclamación del «abandono» de la doctrina de los delitos de propia mano que, al igual que ocurre con el pretérito ánimo libidinoso, seguía proyectando su sombra sobre ciertas interpretaciones, como la decisión acerca de quién es autor y quién cooperador necesario en una agresión sexual grupal. Pero este

no es, ni de lejos, el único punto en el que la sentencia es luminosa. Son muy útiles las consideraciones sobre el fundamento dual del subtipo agravado (art. 180.1.1ª CP), no solo porque resuelven de forma tajante la materia que era objeto del recurso y que generaba interpretaciones jurisprudenciales muy dispares (afectación o no del *bis in idem* en el castigo a los cooperadores necesarios). También arroja luz sobre otras cuestiones que pueden presentarse en el futuro, como la comunicabilidad de la circunstancia a otros co-intervinientes.

Por último, la Sentencia zanja la vieja polémica sobre si es aceptable o no aplicar la continuidad delictiva en agresiones sexuales grupales. Creo que hay tensiones internas con lo que se había afirmado anteriormente en relación con los delitos de propia mano, pero, en cualquier caso, las razones que otorga el Tribunal son atendibles. Abre la puerta a la aplicación del concurso real si, dentro de lo lesivas que son las *manadas*, una agresión sexual grupal emerge como *especialmente* violenta o grave; pero deja bastante claro que esto es la excepción y que la regla general debe ser la continuidad delictiva. Esto es una buena noticia, no solo porque salvaguarda la proporcionalidad ordinal (con lo que los defensores de la postura del concurso real no estarán de acuerdo), sino porque en cualquier caso disminuye la inseguridad jurídica en un ámbito en el que esta campaba a sus anchas (en esto creo que concordaremos todos).

Como dije, se puede estar más o menos de acuerdo con la Sentencia, pero al César lo que es del César: es una clase magistral de Derecho penal.

Otra vez los besos (y su significación sexual)

Comentario a la STS 193/2026, de 5 de marzo

Alejandro Freeland
Universidad de Buenos Aires
freeland.abogados@gmail.com

-

1. Antecedentes y hechos del caso

1.1. Los hechos que se consideraron probados son los siguientes

«Que sobre las 12.40 horas del día 10/1/23, el acusado, Victoriano, NIE xxx, sin antecedentes penales, se dirigió a Nuria cuando se encontraba esperando el autobús en la Avenida de España 52 de Alcobendas y, con intención de atentar contra su integridad sexual, le cogió la mano besándola, al tiempo que le solicitaba mediante gestos que la acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones.»

1.2. La condena y el recurso

Por este hecho, y en juicio rápido, Victoriano fue condenado el 20 de enero de 2023, por un juzgado en lo Penal de Madrid, como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual del art. 178.1 y 3 del CP, a la pena de 18 meses de multa con cuota diaria de 3 euros, sustitución de un día de privación de la libertad por cada dos cuotas de multa impagas, y las costas.

La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial el 23 de junio de 2023. La defensa de Victoriano recurrió en casación motivado en infracción de ley: i) porque entendió *indebidamente aplicados* los tipos de abuso sexual (178.1. y 3 del CP) e *indebidamente inaplicado* el art. 173.4 párrafo 2 del CP (acoso sexual callejero). Y ii) por aplicación indebida del art. 66.1.6º en relación con el art. 50.4. y 5 del CP (monto de la multa diaria, levemente superior al mínimo).

Respecto del primero de los motivos, argumentó que ausentes están en el caso los elementos del tipo de abuso y agresión sexual. No hay violencia, intimidación, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima¹. Los hechos habrían ocurrido a plena luz del día, al lado de la

¹ Extraño. Estos elementos no integran el tipo por el que, finalmente, se lo condenó. Que dice: «178.1. 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

Comisaría de la Policía Nacional Alcobendas-San Sebastián de los Reyes, en una parada de autobús de una calle de tres carriles por la que transita mucha gente y no hay ningún testigo (v.gr. alguno de los policías de la puerta de la comisaría) que viera un «acto tan grave» que acredite una conducta tan violenta e intimidatoria por parte de Victoriano. Así, no hubo riesgo para la integridad física ni sexual de la mujer, que sí pudo sentirse molesta, agraviada y víctima de una intromisión en su *zona de confort*². Postula la defensa que, en todo caso, lo que corresponde es aplicar el tipo del art. 173.4 párrafo 2 (injuria o vejación injusta de carácter leve o también llamado «acoso callejero»)³.

Respecto del segundo de los motivos, solicitó la disminución de la cuota diaria de multa de tres euros a dos, que es la mínima que la ley establece, «dadas las circunstancias personales del recurrente». Adelanto aquí que este motivo fue rechazado por el Tribunal, argumentando que las mismas razones que postula el recurrente fueron las consideradas al imponerle una cuota de multa casi en sus mínimos y «porque no consta que el acusado viva en situación de indigencia o pobreza extrema»⁴.

La Fiscalía solicitó la inadmisión del recurso.

1.3. Algunos otros datos en la sentencia que ayudan a apreciar los hechos

La primera dificultad aparece con una relación de hechos probados que es, a la vez, parca y algo excesiva («con intención de atentar contra su integridad sexual...»). De la relación que se hace de la sentencia de alzada, conocemos que Nuria estaba sola en la parada de autobús; que el acusado y la víctima no se conocían; que el acusado cogió y tiró de la mano de Nuria «hasta en dos ocasiones», procediendo a besarla y que repitió el acto con gestos que pusieron más nerviosa a la víctima. Con ellos (con los gestos), «describía una silueta femenina e insistía de forma gestual en que se fueran al Metro solos, a la vez que le mostraba un billete de 50 euros». Con ello, dijo la Alzada: «demasiado elocuente, no hace falta ser imaginativo para saber qué quería el acusado...».

La escena descrita en la sentencia resulta difícil de imaginar. Allí está Nuria sola en la parada del autobús, a las 12.40 de un día cualquiera (fue un martes), en una calle transitada y llena de gente y al lado de la Comisaría del lugar. Y, entonces, aparece en la escena Victoriano, de quien sólo sabemos que no le alcanza para ser considerado un indigente. Parece que llega, que no está en la parada. Y entonces se acerca a Nuria y sin pedir permiso, le toma la mano, la tira hacia sí, y la besa (su mano, entiendo que dos veces en momentos separados en el tiempo). Y que, por lo menos en uno de ellos (el segundo), repitió o adornó el acto con gestos que alarmaron a Nuria. Así, parece que, mientras besaba su mano, describía una silueta femenina (con las dos, que con una no se puede), imagino que trazando curvas (con lo que ya no podía sostener la mano de Nuria

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».

² Aquí si empiezan a aparecer argumentos interesantes de contexto y situación, «elementos periféricos» los llama la defensa, que hacen al «sentido» de ese acto como uno constitutivo, o no, de agresión sexual.

³ Que castiga a «quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad».

⁴ El 178.3 CP contempla una modalidad atenuada en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. En esos casos, la pena de prisión puede ser reducida a su mitad inferior o imponerse multa de 18 a 24 meses.

con las propias, ocupadas en ese menester). Pero es más complicado todavía, porque en una de sus manos, Victoriano agitaba excitado un billete de 50 euros (adivino que mientras hacía las curvas). Y, además, este fenómeno insistía en forma gestual (no de palabra) que se fueran al metro (debo sospechar que había uno al otro lado de la calle o bien próximo, con gran cartel hacia dónde miraría y cabeceaba el acusado). Y, ya casi me rindo del todo, cuando intento, de forma gestual, recrear a Victoriano insistiendo a la mujer para que se fueran solos. ¡Aunque acaso se pueda! Dejo de dibujar curvas con mis manos y de besar el escritorio (la supuesta mano de Nuria) y junto mis dos dedos índices en gesto rápido y repetido. Uno y dos; solos. Tú y yo.

2. La sentencia del Supremo

El caso se resolvió por tres votos a dos, en sentencia STS 193/2026⁵. Se desestimó el recurso y con ello, firme quedó la condena. Por la mayoría, el Juez ponente D. Vicente Magro Servet, al que adhirieron los Magistrados D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y D. Ángel Luis Hurtado Adrián. La disidencia fue presentada por el Magistrado D. Leopoldo Puente Segura a la que adhirió D. Antonio del Moral García.

2.1. La decisión de la mayoría

Sostiene el Tribunal Supremo que los hechos probados «no pueden en modo alguno» ser constitutivos del art. 173.4 del CP. Que no se trata de un «acoso callejero» (incluido entre los delitos contra la integridad moral), porque existe un acto de tocamiento del agresor a la víctima que ella no tiene obligación de soportar. Cuando estamos ante expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual, estamos en actos *ad extra* al cuerpo de la víctima, en cambio, cuando existen actos de tocamiento estamos en actos *ad intra* que suponen delito contra la libertad sexual.

Seguidamente concluye (entre otras afirmaciones que enumera y lista) que: «1. Cualquier acto de tocamiento del cuerpo de una mujer es un delito contra la libertad sexual... 2. La circunstancia de coger la mano de la mujer y besarla con claras connotaciones sexuales que constan en el *factum* es un comportamiento claro y evidente de contenido sexual... 3. No se trató de un acto de cogerle la mano sino que llevaba consigo un componente claro sexual... ya que incluso se la besó... 4. Una mujer no puede soportar la servidumbre de que un hombre le coja la mano y se la bese sin su consentimiento en actos claros y evidentes de connotación sexual como los que constan en el *factum*... 5. El consentimiento de la mujer del art. 178.1 se exige para la realización de cualquier acto de tocamiento que no debe soportar la mujer si no es consentido...» (sic) Y repite, «6. El consentimiento no solamente se exige para actos del art. 179 del CP. Cualquier tocamiento no consentido de contenido sexual de una parte del cuerpo de la mujer es delito de agresión sexual». Luego de esta enumeración un tanto (o muy) repetitiva, vuelve a preguntarse: ¿Por qué debe descartarse el acoso sexual callejero? Y entre una larga lista de características de este delito (acaso más propias de otro sitio) dice que el *street harassment* hace referencia a comportamientos en los que el autor consigue llamar la atención de la víctima (con silbidos, gestos o palabras obscenas) en un intento por definirla como objeto sexual y obligándola a interactuar con él. Los comportamientos o expresiones pueden no ser de carácter sexual, pero (sí) suficientes para crear en la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria. Se dirigen hacia

⁵ STS 193/2026, Penal, de 5 de marzo (ECLI:ES:TS:2026:1000).

una persona desconocida, en espacio público o semipúblico, de forma unilateral, con potencialidad para producir malestar o emociones negativas como rabia, miedo, asco, impotencia o estrés. El bien jurídico protegido es la integridad moral, no la libertad sexual y produce efectos intimidatorios y limitadores de la libertad cotidiana⁶.

Después recuerda que debe interpretarse el delito «bajo una *adecuada* perspectiva de género». El género en sí mismo y la violencia de género, explica el Tribunal, tiene una determinante cultural, y es toda forma de abuso físico con claro contenido sexual, psicológico y sexual hacia la mujer a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que la condiciona. Esta perspectiva parte, dice el Supremo, de la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de la tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y en la dominación de los primeros sobre los segundos. Se trata de un ejercicio de poder del autor del delito sobre la víctima. Son varias páginas en la descripción de la perspectiva de género y de este ya no tan reciente tipo penal (de 2022) para concluir lo que ya se había concluido: que el acusado no sólo tocó a la víctima, sino que le cogió la mano y la besó al tiempo que le solicitaba mediante gestos que le acompañara ofreciéndole dinero, conducta que llegó a llevar a cabo hasta en dos ocasiones. Y que hubo por ello un acto de agresión sexual porque *la acción describe un tocamiento de índole y matriz sexual que la víctima no tenía obligación de soportar*, y ataque a la víctima, cosificándola. Y que lo hizo, repite, «en dos ocasiones».

Recuerdan los Magistrados que ya esta Sala trató supuestos de tocamientos no consentidos, y concretamente de besos, como el del «beso robado» de la STS 625/2024 de 19 de junio⁷. Y entonces dijo que un beso robado, esto es sin consentimiento, es una agresión sexual. Implica un contacto no consentido y con significación sexual. El beso y el intento de otro beso configuran una intromisión, por un desconocido, en la libertad sexual de una persona que se encontraba en un medio hostil, concurriendo el ánimo tendencial o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa del otro. Cualquier persona, sigue, tiene derecho a decidir con quién quiere besarse o quién acepta o admite que le dé un beso. Y ello será en cualquier parte del cuerpo de la víctima en donde la misma debe aceptar que puedan besarla. Así 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. Y concluye (así): «No cabe un contacto corporal inconsentido, bajo ningún pretexto si no hay consentimiento» (sic)⁸.

Y entonces decide el Tribunal que «la clave está en el consentimiento» ya que «si no ha concurrido, ha habido agresión sexual». Y dedica unas cuantas páginas de la sentencia (siete), a desarrollar la teoría del consentimiento en los delitos sexuales. Para concluir, de nuevo, que no hubo consentimiento, que se trata de un delito de agresión sexual y no de acoso callejero.

⁶ Como vemos, todos elementos o circunstancias presentes en el caso. La diferencia que releva suficiente el Tribunal es la existencia de contacto físico, los besos, y el contenido «claramente sexual» que les atribuye.

⁷ STS 625/2024, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3348).

⁸ STS 625/2024. Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3348). Mismo juez ponente. No se repiten otros jueces. No hay disidencias. La sentencia es, en efecto, sustancialmente igual a esta. Pero los hechos difieren bastante. El caso trata de un policía que luego de horas de acosar sexualmente a una mujer que tenía detenida en una celda (con gestos y de palabra), de presumir con bufidos de sus genitales mientras los movía, y de mandarle notas con propuestas (rechazadas) para, entre otras cosas abrazarla, se acercó y la besó en la mejilla e intentó besarla en los labios, pero la mujer consiguió apartar su cara. El contexto, víctima privada de la libertad, y otras expresiones del acusado denotan el contenido sexual de toda la escena.

Desestima este motivo y el otro (monto de la pena) por las razones que ya adelanté, e impone las costas al recurrente.

2.2. La propuesta disidente

En un fuerte y elocuente voto crítico que brilla por su claridad y elegancia (no exentas de ironía), la minoría, luego de lamentar tanta tinta derramada sobre aspectos que no hacían a la discusión (la falta de consentimiento de la víctima y algunas de las consideraciones sobre la llamada perspectiva de género), acoge el primero de los motivos de casación, que, afirma, «debió ser estimado». Es que el art. 178.1. del CP sanciona a quien realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona, sin su consentimiento (agregado que considera redundante, «es que si fuera con su consentimiento no se podría estar atentando contra su libertad sexual...»). Y es evidente, dicen los Jueces, que doña Nuria no prestó su consentimiento. Y resulta evidente, también, que quedó radicalmente excluido el empleo de parte del autor de cualquier clase de violencia o intimidación, que no fueron acusadas, apreciadas ni invocadas por las partes ni por los jueces en ninguna de las instancias.

Parece claro entonces, dice la minoría, que para que exista un ataque a la libertad sexual, de lo que se trata *es de la imposición de actos de contenido o significación sexual*. Y lo que aquí hace la mayoría para desestimar el recurso es hablar de un acto de tocamiento que ya excluye el acoso callejero y afirmar que «cualquier acto de tocamiento del cuerpo de una mujer es un delito contra la libertad sexual» ... Y que «la circunstancia de coger la mano de una mujer y besarla con claras connotaciones sexuales que constan en el *factum*, es un claro y evidente comportamiento de contenido sexual que de ningún modo integra un acto de acoso callejero, que se caracteriza por actitudes alejadas del tocamiento físico. Más centradas en expresiones o comportamientos».

La minoría rechaza este argumento. Es que, razona, no resulta difícil identificar conductas que presentan inequívocos rasgos de contenido sexual. Pero también contactos físicos interpersonales despojados de ese carácter. Y también otros, que resultan ambiguos o inconcluyentes. Para ello es preciso valorar el contexto en el que esas conductas se despliegan, y la cultura de esa sociedad o grupo.

En este caso, dicen estos jueces, «nos hallamos claramente ante un comportamiento que carece con toda evidencia de naturaleza sexual». La intención del acusado que se da por probada (y no se dice por qué), no resulta un hecho objetivo, sino que se infiere de su comportamiento externo. Y en el caso se trata de un beso en la mano (de uno o de dos, pues no está claro si también el beso se repitió, o sólo la oferta de dinero). Recuerdan que el Tribunal viene descartando el ánimo lúbrico como elemento subjetivo integrante del tipo. Sólo basta para el dolo que el autor comprenda la conducta que protagoniza y la quiera, con independencia de las razones o motivos que lo mueven a actuar (si son sexuales o para causar daño, dolor, para humillar o castigar o para cobrar una deuda). Inversamente, cuando el autor tiene un motivo sexual pero los actos no tienen esa naturaleza, no estaremos frente a un delito contra la libertad sexual. Tal vez sí frente a otro, u otros. No es la intención del autor la que prescindiendo de la conducta que protagoniza detenta la comisión del hecho típico. Y ejemplifica: aguijonear a un muñeco de trapo que representa a la víctima, con la inquebrantable decisión de matarla, no es un homicidio tentado. No basta con desear.

En nuestra cultura, argumentan, resulta notorio que un beso en la mano es una forma de saludo hoy en desuso. Y sus sustitutos (dos besos en las mejillas o el estrechamiento de las manos), *no son actos de naturaleza sexual*. Ningún tercero observador diría que se encuentra ante actos de naturaleza sexual, se consientan o no. La acción desarrollada tiene la misma naturaleza, se la consiente o no. Aunque impuesto, ese beso carece de naturaleza sexual y no lesiona ni pone en peligro la libertad sexual de la víctima.

Pretender que cualquier contacto físico entre dos personas, del tipo que fuera, es un acto de contenido sexual es un hipertrófico entendimiento de lo sexual. Y en ocasiones «se desempolvan estos discursos, al socaire de una pretendida modernidad que nos llevan a un puritanismo mojigato que creíamos ya felizmente superado entre nosotros y que resulta preciso embridar». Ello no quiere decir, sostienen, que tomar la mano de alguien en contra de su voluntad, o acariciar su cabello o hablarle demasiado alto, o demasiado cerca, no constituya siempre una muestra de mala educación o de grosería, e incluso pueda entrar en ciertos casos dentro del perímetro penal. *Pero no será en el marco de los delitos contra la libertad sexual*. Cierto es que el acoso resulta desplazado por el tipo de agresión cuando el acto de naturaleza sexual implique un contacto no consentido por la víctima. *Pero no si carece de esa naturaleza, como es el caso*. En algunas de las sentencias de este Tribunal que cita el voto mayoritario, sí se advierte naturaleza sexual en el acto y una imposición al sujeto que la padece. Aquí, no.

El acusado tomó la mano de Nuria y la besó para «al tiempo» (¿después?) solicitarle mediante gestos que la acompañara ofreciéndole dinero. Aunque el relato, sostienen, es algo parco, puede aceptarse que el acusado estaba animado por la intención de actuar contra la libertad sexual de la víctima y que el ofrecerle dinero tenía por objeto que la misma accediera a cambio de la cantidad ofrecida a mantener relaciones sexuales. Así se explica en la sentencia y así lo acepta el propio recurrente cuando demanda para sí la aplicación del artículo 173.4. párrafo segundo del CP. Ello constituye una proposición de carácter sexual que, por las circunstancias en las que se produjo, resultó objetivamente humillante para la persona generando una situación hostil. Y por tanto debió condenarse al acusado como autor de un delito de acoso de los contemplados en el art. 173.4. párrafo segundo, con una pena similar a la que se le impuso.

3. Análisis y valoración

No puedo estar más de acuerdo con el voto de la minoría, tanto en forma como en contenido. Y será poco lo que pueda agregar. Un beso (o dos) en la mano no es objetivamente, y aún con toda la intención lasciva en cabeza del autor, (si acaso interesara) un acto con contenido sexual y por ende, no es una agresión sexual. Y la oferta de sexo a cambio de dinero concomitante o inmediatamente posterior (que yo no aprecio tan clara), tampoco.

Pero vamos por partes. Coincido con la minoría, en que el *quid* de la cuestión aquí es determinar o decidir si cualquier contacto sobre el cuerpo de otra persona, y en concreto para el caso, el beso en la mano *es un acto de naturaleza o contenido sexual*. Se imponga a otro, o no. Es que ése fue «el contacto» que los Magistrados de la mayoría relevan para condenar por agresión sexual y al que dotan, siempre y en todo caso, de ese carácter (si no es consentido, claro). Pareciera que antes de saludar a otro con un beso, deberemos pedir permiso. Y si es posible, ante testigos o notario. Y si no, pues mejor no saludar.

3.1. Hay besos y besos

El beso parece ser el prototipo de la conducta ambivalente, equívoca o ambigua. Y ello porque, a diferencia de otros actos o gestos que pueden también ser equívocos (palmada en las nalgas, acariciar un brazo o el pelo, etc.), resultan una forma normal de expresión de la sexualidad, pero, a la vez, una forma de saludo corriente en casi todas las culturas de occidente. Y, en efecto, existen besos bien sexuales (con evidente dirección, naturaleza y contenido sexual), otros que no lo parecen tanto y otros, como dice la minoría, que carecen en absoluto de ese carácter, sentido o naturaleza. Y la discusión sobre su contenido (hoy bien actual) viene de lejos. Muy lejos.

Cuenta la tradición, que mientras gobernaba Atenas el tirano Pisístrato, un joven ateniense besó a su hija (a la hija del tirano), sin el consentimiento de la niña, cuando salía del templo. Llevado el caso al conocimiento del tirano (y frente a su esposa, que reclamaba un castigo inmediato), Pisístrato absolvió al joven diciendo «si vamos a encarcelar a aquellos que nos aman, ¿que deberíamos hacer con aquellos que nos odian?» El tirano advirtió, nos dicen MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, que el propósito del joven no había sido otro que el de manifestar su admiración ante la belleza de su hija, no el de satisfacer un bajo apetito sexual. Y, sostienen, *que en sí mismo, el beso -violento o no- no es un acto libidinoso*. Concluyen, «que el conjunto de circunstancias revelará si se trata de un sentimiento admirativo, de una noble pasión, o de un impulso lascivo, una manifestación del erotismo»⁹.

Tengo conocimiento de un caso, reciente, parecido al que comento. Trató de un señor que encuentra a su vecina, rusa, en el ascensor. Hablan, el hombre le comenta que su hija tiene un nombre relacionado con la historia rusa, y de su amor por ese país. Y se despiden con un beso en la mejilla. Y, según la denunciante, «con un abrazo demasiado fuerte o intenso», y según el imputado, con una palmada en la cintura o el omóplato (no lo recuerda). Luego se cruzaron teléfonos (ella lo llamó a él para que quede registrado su teléfono) y el imputado le envió un mensaje preguntándole por su nombre. La juez de instrucción sobreseyó al imputado. Atribuyó la situación a un probable malentendido entre el hombre y la mujer, y aceptó que no fue la intención incomodarla con el saludo efectuado en la creencia que solo estaba siendo un vecino cordial. Que el hecho carece del dolo requerido por la figura, y que su conocimiento e intención fue el de un saludo, sin medir que estaba sobrepasando su esfera personal incomodándola o angustiándola. Cita doctrina de la que llama *postura objetiva* (en realidad es la mixta) que dice que cuando el acto es en sí objetivamente impúdico, constituirá abuso sexual más allá de los fines del autor, pero cuando objetivamente el acto sea indiferente o equivoco será el contenido sexual que subjetivamente el agente le otorgue lo que convierta al acto en abusivo¹⁰. El acto es equívoco, con representaciones distintas para uno y para el otro, probablemente basado en las diferencias culturales existentes¹¹.

⁹ MOLINARIO/AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, 1996, t. I, p. 436. Recoge esta historia también DANTE, *Divina Comedia*, 1922, v. 102: «Véngate de quien loco se ha atrevido a nuestra hija abrazar, ¡oh Pisístrato! Y el buen señor, clemente y contenido, contestar con semblante blando y grato ¡Qué haremos con aquel que nos destroza, si al que ama condenamos por ingrato!»

¹⁰ D'ALESSIO (dir.), *Código Penal. Comentado Anotado, Parte Especial*, 1.ª ed., 2004, p. 167.

¹¹ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional 43, causa 5150/2025, Sentencia del 17 de marzo de 2025. La decisión quedó firme. Agradezco a mi colega, Francisco Castex, abogado del caso, que me facilitara una copia.

3.2. Naturaleza y contenido del acto de agresión y/o abuso sexual

En España, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, que puede caracterizarse como el derecho de toda persona a autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, esto es a mantener relaciones sexuales -o, en general, a realizar o a tolerar actos de naturaleza sexual- sólo con su consentimiento. O, en sentido más amplio, el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad¹². La gravedad de las penas asignadas a estos delitos (comparados con los tipos básicos contra la libertad) permite sostener que, con ellas, se castiga no sólo las conductas de obligar a otro a realizar o a tolerar conductas no deseadas, sino que también se valora importante la afectación a la dignidad y a la intimidad corporal de la víctima, que se produce en los casos más graves. Por otro lado, con la última reforma, que pone el acento en la ausencia de consentimiento de la víctima, más que en los medios comisivos para doblegar su voluntad, se integraron a las agresiones sexuales los viejos abusos sexuales (atentados cometidos sin violencia o intimidación)¹³.

Victoriano fue condenado por un delito de agresión sexual, como agresor sexual. Y aunque la pena se haya reducido a una simple multa (se le aplicó el subtipo atenuado), llevará consigo esa etiqueta y ese registro.

La acción que describe este tipo básico castiga al que «realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento...». Por lo que procede preguntarse cuáles son (en su naturaleza y en su sentido) los actos dotados de esa aptitud. El Tribunal Supremo le da, a mi juicio, un alcance desmedido e inquietante: «...cualquier acto de tocamiento sobre el cuerpo de una mujer es un delito contra la libertad sexual...». Luego lo corrige un poco «cualquier tocamiento no consentido *de contenido sexual* de una parte del cuerpo de una mujer...». Y, concretamente, «el coger la mano de la mujer y besarla con claras connotaciones sexuales es un comportamiento claro y evidente de contenido sexual...», «un tocamiento de índole y matriz sexual...».

El delito, como acción humana, expresa un sentido, es expresión de sentido. Para el que la ejecuta y para los otros que con él interactúan o perciben lo que hace. Y los penalistas solemos integrar la idea de expresión de sentido comunicativo al definir la primera estructura analítica del delito, la acción. Y analizamos que expresa o qué quiso expresar el autor y cómo recibieron ese mensaje los demás y el propio Estado a partir del análisis de la conformidad o no del sujeto con la norma de conducta que se le dirige. La norma dirá «no atentes contra la libertad sexual de otras personas, mediante comportamientos con sentido, naturaleza o contenido sexual». Bien, ¿cuáles lo son, o cuales conforme el normal y común entendimiento de los destinatarios de la norma no lo son?

Para una correcta exégesis del tipo en cuestión, necesario resulta recordar que el legislador lo ha ubicado dentro de los tipos de agresión sexual. Hablamos de delitos sexuales, por lo que la conducta que a otro se le impone debe ser de naturaleza sexual, lúbrica o lasciva. Y una agresión es un ataque, un acometimiento para hacer daño a otro. Pero el DRAE también llama «agresor»

¹² Por todos, RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad sexual» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 10.ª ed., 2025, p. 137.

¹³ RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad sexual» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 10.ª ed., 2025, pp. 138, 139.

a una persona que viola el derecho de otra (por ejemplo, en el caso, el derecho a la libertad de elección sobre una determinada conducta sexual). Resulta entonces razonable que deba conjugarse una definición con la otra para aquilatar la conducta tipificada por el legislador¹⁴. Ningún tercer observador nos diría, dijo la minoría, que estamos frente a actos de naturaleza sexual, y esa es la perspectiva que estimo correcta para la valoración de «algo» típicamente relevante. Nos dice RAGUÉS, que tras el asentamiento de la doctrina de la imputación objetiva parece claro que, en la determinación del tipo objetivo, es la *valoración intersubjetiva* de los hechos el criterio básico para determinar el alcance de los concretos elementos típicos (y desplaza al particular sentido que el sujeto haya atribuido a su hecho). Lo decisivo no es el móvil del sujeto activo *sino el hecho de que tal actuación sea valorada socialmente como un acto con contenido sexual*, lo que por lo general quedará abarcado por el dolo del sujeto activo¹⁵. Por otro lado, se discute si debe mediar contacto corporal¹⁶, aunque el Supremo en este caso utiliza ese argumento (el del contacto) para distinguirlo del acoso callejero.

Pero en todo caso, aquí existió contacto, los besos en la mano. Y el Supremo dijo que eso es suficiente cuando no son consentidos. Entramos entonces en la cuestión de cuál debe ser la *naturaleza del contacto*. Por lo general, no dudaremos cuando se trata de actos en los que intervienen o están involucrados los órganos genitales o zonas especialmente erógenas, por ejemplo, la boca. Pero es difícil afirmar que cualquier tocamiento indeseado en cualquier parte del cuerpo de otra persona satisface las exigencias tanto de la norma de conducta cuanto del tipo penal básico de agresión sexual (el anterior abuso sexual). Pensemos en un leve rozamiento de un brazo, o en tocar la cara, el pelo, el cuello, o una pierna, y por cierto en los contactos con motivo de saludos. Es evidente que no cualquier tocamiento satisface las exigencias del tipo. Han de tratarse de prácticas de contenido sexual, objetivamente consideradas, con pleno conocimiento del sujeto activo del carácter lascivo de la acción efectuada¹⁷. Pero, además, porque es un delito del que hablamos y un delito grave, debe tener una entidad significativa grave¹⁸. Esto es, que la conducta tenga un inequívoco carácter sexual, y el contacto concorra en zonas erógenas de los cuerpos de los intervinientes¹⁹.

¹⁴ ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995 pp. 162, 163

¹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, «Los elementos subjetivos no escritos: ¿Hacia su definitiva desaparición?», en LH Mir Puig, 2017, pp. 820, 821.

¹⁶ Entre los que lo exigen MUÑOZ CONDE, *PE*, 20.^a ed., 2015 p. 190: «el término *atentado* contra la libertad sexual exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo», y el mismo ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995 p.161. Por su innecesariedad, por todos, RAGUÉS I VALLÈS, en LH Mir Puig, 2017, p. 140, «en todo caso para este delito no es necesario que exista contacto corporal entre autor y víctima». V.gr. inducir a otro a realizar actos lúbricos con terceros o con el mismo, o con un objeto o animal. Creo que la inclusión del viejo abuso como un acto de agresión (ataque) impone la necesidad de un contacto.

¹⁷ CANCIO MELIÁ, «Los delitos de agresiones sexuales, abuso sexual y acoso sexual en el nuevo Código Penal Español» *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (8), (A), 1998, p. 200: «(que) el comportamiento del sujeto sea objetivamente sexual». Y ORTS BERENGUER, cit. p. 170.

¹⁸ CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de acto de naturaleza sexual en Derecho penal», *InDret*, (1), 2021, p. 148: «...no todos los actos sexuales son *per se* relevantes para el Derecho penal, sino sólo los actos que representan una violación grave de la autonomía sexual de otra persona». MUÑOZ CONDE, *PE*, 20.^a ed., 2015, p. 191: «debe exigirse cierta trascendencia o gravedad del acto y su potencialidad implícita para afectar, de un modo relevante, la sexualidad ajena. Tocamientos, apretones en el metro o en espectáculos públicos, no deben pasar del mero conflicto verbal entre los protagonistas cuando no tienen un significado inequívocamente sexual».

¹⁹ ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995 p. 171 que agrega «Ciertamente es, que los humanos tenemos preferencias muy dispares y hasta excéntricas en materia sexual, pero nos resistimos a tener por agresión sexual, castigada con pena de prisión menor o mayor, una manipulación objetivamente inane

Supongamos que el sujeto en cuestión se excita sexualmente lamiendo los pies de su pareja. O tocando el lóbulo de su oreja. Y que hasta confiesa ese ánimo lúbrico o lascivo que lleva en la cabeza. Y la víctima rechaza ese contacto. Una postura subjetivista que reclama la existencia de ánimo lascivo en el autor (que el tipo no reclama expresamente) diría que estamos frente a un abuso. Un enfoque puramente objetivo, diría que el sentido sexual de un comportamiento debe definirse por su apariencia externa, desde la perspectiva de un observador que percibe todos los detalles del acontecer²⁰ y que no se advierte algo sexual en esos actos. Un enfoque mixto (objetivo-subjetivo) dirá que, sobre todo en casos dudosos, todos los elementos (también la exteriorización de la motivación subjetiva del autor) resultan relevantes para contextualizar el hecho y para realizar la valoración social de ese hecho, y por ende, del juicio de tipicidad objetiva²¹.

Luego de leer este caso, atravesado por la ideología de género, me siento naturalmente más inclinado por la solución objetivista, más allá de valorar como prudentes y ponderados los esfuerzos del Profesor RAGUÉS²². ¿Contexto? Claro, que sí. Pero es que si algo nos falta aquí son elementos suficientes para contextualizar lo sucedido. No sabemos nada de Nuria (¿tiene 18 o 72 años?), ni de Victoriano (¿es un *homeless*, un casi indigente, padre de familia a quien lo esperan en su casa, de donde viene y adónde va? ¿No puede hablar? ¿Es que nunca dijo nada, ni durante el hecho, ni es su descargo?). Sí sabemos que uno de los pocos hechos que conocemos, que Victorino haya gesticulado la forma de una mujer con sus manos, y señalado o cabeceado hacia el metro luego de besar la mano de la dama, convencieron a varios jueces, los de instancia y a tres del Supremo, de que abrigaba en su ánimo una finalidad lasciva. Los besos solos no, ello y lo demás. Yo tengo mis dudas²³, realmente, de que ésa fuera su intención²⁴. Estoy claramente con la postura de la minoría. Esos hechos no tienen la naturaleza, el sentido ni el carácter de abuso sexual. Ni lo primero (los besos en la mano), ni lo segundo, los gestos. En los casos en los que media un contacto, éste debe ser con contenido sexual, en zonas inequívocamente sexuales y en un contexto que también posibilite afirmar como sexual el contenido del acto. Si uno quema el pene de otro con un cigarrillo, aunque para el autor ello tenga contenido sexual ello será una lesión. Porque es lo que las gentes entendemos cuando eso vemos, o nos lo cuentan (sentido social del acto). Si un ginecólogo se excita con la paciente mientras le hace el examen pertinente, ello no tendrá relevancia mientras sea médico y respete la *lex artis* del examen en cuestión. Si

por muy exquisita y deleitosa que pueda resultar para quien la realiza». EL MISMO, *PE*, 2.ª ed., 1988, p. 608, citando las SSTs del 23.7.1976 y 30.3.1982 «los tocamientos han de afectar zonas erógenas y revestir un carácter lascivo». También RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, 12.ª ed., 1989, p. 196: «actos o serie de actividades diáfananamente impúdicos o deshonestos».

²⁰ CORRÊA CAMARGO/RENIKOWSKI, «El concepto de acto de naturaleza sexual en Derecho penal», *InDret*, (1), 2021, p. 149.

²¹ Defiende esta postura mixta RAGUÉS I VALLÈS, «Los elementos subjetivos no escritos: ¿Hacia su definitiva desaparición?», en LH Mir Puig, 2017, pp. 820, 821.

²² Está muy bien que cada cual tenga y profese la ideología que elija. Pero no creo que ese conjunto de ideas, creencias, valores que impulsan la acción y las opciones sociales y políticas personales deba ser impuesto desde el Estado. Mucho menos cuando se las presume absolutamente evidentes y compartidas, y no lo son. Pero es una realidad, guste o no. La dogmática penal, con su limitado alcance, puede ser una buena herramienta para frenar o limitar sus desbordes.

²³ Creo que puede cometerse el delito aún sin contacto físico entre la víctima y el agresor (obligarla a realizar actos sobre su propio cuerpo o sobre el de terceros). Alguna doctrina, en Argentina (BUONPADRE, FÍGARI), exige contacto físico entre agresor y víctima. entienden que los demás son supuestos más propios de la coacción.

²⁴ ¿Quería yacer en el metro con la mujer, en la puerta, en la escalera, acaso en el baño -si existía-, o dentro del vagón de cola?

dice a los amigos que se ha excitado, pues no tendrá relevancia alguna. Si les dice que exploró con sus dedos mucho más de lo necesario porque encontró gran placer sexual en ello, o le suspiraba en los oídos a la paciente o le decía cosas obscenas mientras la tocaba, pues entonces se habrá desviado de la *lex artis* y eso será un abuso sexual. Si un sujeto toma la mano de una mujer y la besa mientras cabecea insistente hacia un metro billete en mano, pues se ha injerido levemente en la esfera de libertad de otro y acaso ello pueda merecer un reproche penal (en España de acuerdo con el art. 173.4), pero no por agresión sexual.

Victoriano, has hecho mal. Pero esa no es la respuesta que merecías.