|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 373/2008 |
| Fecha | de 24 de noviembre de 2008 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, don Eugeni Gay Montalvo y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 3126-2007 |
| Asunto | Recurso de amparo 3126-2007 |
| Fallo | La inadmisión a trámite del presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. La Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente presentó en nombre de don Germán Castro Moreno el día 4 de abril de 2007 en el Registro General de este Tribunal recurso de amparo frente a Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona el 24 de enero de 2006 y contra Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 13 de diciembre de 2007.

2. Los hechos de los que trae causa este recurso son los siguientes:

a) El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Granollers instruyó sumario contra don Germán Castro Moreno y tres personas más. Concluso el sumario fue remitido a la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó Sentencia el día 24 de enero de 2006 condenando al demandante de amparo, junto a otros tres acusados, como autor de un delito de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179 y 180.1.2 del Código penal, a la pena de doce años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) La Sentencia declara como hechos probados, entre otros, los siguientes: “en el baño Germán, José Luis, José María y Gemma, decididos a satisfacer su morbo proporcionando a Daniel una relación sexual en grupo, que éste explícitamente rechazaba gritando que le dejaran y - convencidos al mismo tiempo de que Daniel acabaría participando en sus compartidas fantasías - le inmovilizaron de manos y piernas, asiéndole cada uno de ellos de una extremidad. Arrodillándose sobre sendos pies quienes le inmovilizaron las piernas, aprovecharon la posición para extraer el pene de Daniel del interior de su ropa, mientras los otros dos atacantes le sujetaban los brazos y besaban y acariciaban el torso del agredido. Pese al rechazo y su voluntad de desasirse y marcharse, tales manipulaciones generaron una biológica y automática erección en Daniel, aprovechando los acusados para hacerle una felación, en la que se fueron turnando todos ellos valiéndose de la facilidad que les proporcionaba una inmovilización conjunta que nunca cesó. Con tal actuación terminaron por conseguir entre todos ellos que Daniel eyaculara, momento tras el cual abandonaron el lugar Germán y José Luis. José María y Gemma se dirigieron entonces a Daniel, manifestándole que en ese momento le tocaba a él, en clara alusión a que le correspondía ahora dar satisfacción sexual que los otros querían. Daniel —rechazando en su fuero interno tal propuesta— les convenció de que sus deseos pasaban porque les soltaran las esposas y facilitaran los movimientos, lo que hicieron los acusados, aprovechando esta ocasión Daniel para salir del oficio de acceso restringido totalmente indignado y obsesionado por el atropello”.

c) La Sentencia de instancia consideró que tales hechos eran constitutivos de un delito de agresión sexual previsto y penado en el artículo 179 del Código penal. Fundamenta dicha operación de subsunción en la doctrina contenida en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2005, por el que se equiparaba al acceso carnal todos aquellos supuestos en los que la conducta desplegada por el sujeto activo consista en una compulsión intimidatoria o violenta para “hacerse acceder”. La Sentencia trae a colación, también, una Sentencia de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2005 para fundamentar su conclusión, razonando que “el comportamiento que hoy se analiza es equivalente a la imposición de la cópula por uno sic de las cavidades determinadas en el tipo penal, suponiendo la plena transgresión de la libertad del denunciante, en cuanto al momento, la manera y el género de las personas con las que desarrollar unas relaciones sexuales completas, despreciando así su concepción sexual más esencial e íntima y los efectos psicológicos que tal práctica sexual le pudiera comportar”.

d) El Sr. Castro Moreno interpuso recurso de casación contra la Sentencia de instancia, alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse realizado una interpretación extensiva del concepto de acceso carnal del art. 179 del Código penal. En el desarrollo del concepto del motivo casacional argumenta que la idea que preside el delito de violación, y concretamente la expresión acceso carnal, es la introducción del miembro viril por alguna de las cavidades penalmente protegidas (vagina, ano y boca), y que cualquier interpretación contraria supone una extensión analógica en perjuicio del acusado inadmisible en el Derecho penal. Denuncia asimismo una aplicación retroactiva de una jurisprudencia desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad al establecimiento del criterio aplicado en la Sentencia recurrida.

e) La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de diciembre de 2006, desestimó dicho motivo casacional, aunque con el Voto particular de dos Magistrados intervinientes. La Sentencia, tras analizar la evolución del concepto de acceso carnal según la redacción dada al delito de violación por las sucesivas reformas penales, concluye que tras la reforma operada por la Ley orgánica 11/1999 —que se limitó a reintroducir el término violación— el concepto penal de acceso carnal en la actualidad comprende, no sólo la cópula, como introducción del miembro viril en la vagina, sino también la introducción de aquél en las cavidades anal y bucal. Más adelante añade que “al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del art. 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha”. La Sala trae a colación, en apoyo de su tesis, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005 en el que se acordó que a estos efectos “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”, así como la Sentencia dictada por la propia Sala Segunda de 2 de mayo de 2006, que hizo aplicación de dicho Acuerdo.

A la denuncia que hacía el recurrente de aplicación retroactiva de una jurisprudencia desfavorable en perjuicio del reo la Sentencia contesta que esta interpretación ya venía permitida por el texto legal desde la reforma del año 1999. Por otro lado la prohibición de retroactividad sólo se predica de la Ley y no de la jurisprudencia. El Tribunal “debe interpretar el texto legal según los métodos interpretativos aceptados en Derecho, teniendo en cuenta la Constitución y la realidad social, referida a los valores aceptados profunda y consistentemente en la sociedad en un momento determinado y con vocación de permanencia”. Concluye, por tanto, que no hay aplicación retroactiva, ya que la interpretación que se sostiene era posible según el texto de la Ley y, por lo tanto, aplicable desde su vigencia, anterior a los hechos enjuiciados en la causa.

f) Como ya se ha indicado la Sentencia fue objeto de un Voto particular, que precisamente cuestionaba el juicio de tipicidad efectuado por la Sentencia de instancia y confirmado por el Tribunal Supremo. Dicho Voto particular discrepa de la tesis mayoritaria sosteniendo que la equiparación entre la acción de penetración sexual y la acción de hacerse penetrar amplía desmesuradamente el tipo del art. 179 del Código penal, lo que supone una interpretación analógica. Concluye, por tanto, que la conducta descrita debe ser incardinada en el tipo básico del art. 178 del Código penal, pero no en el tipo agravado del art. 179.

3. Imputa la parte demandante a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo impugnada en este proceso constitucional la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25 CE), así como la violación de los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, seguridad jurídica, proporcionalidad e igualdad ante la ley (art. 9.3 CE).

4. La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 20 de noviembre de 2007, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas en relación a la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo. 5. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones el 11 de enero de 2008, en escrito en el que interesó la inadmisión de la demanda. Tras recoger la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), el Ministerio Fiscal señala que tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona como la del Tribunal Supremo contienen un razonamiento razonable y fundamentado en Derecho en lo que se refiere, no sólo a la interpretación del tipo penal y la subsunción de los hechos en el mismo, sino también en los criterios hermenéuticos empleados. Para el Ministerio Fiscal, por otra parte, razonando que la interpretación realizada en las Sentencias es una interpretación posible de la norma, no cabe hablar de la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). 6. Por la representación procesal del demandante se presentaron alegaciones el día 18 de diciembre de 2007. En ellas el recurrente reiteró el contenido de su demanda de amparo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En su demanda la representación procesal de don Germán Castro Moreno imputa a las Sentencias de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de enero de 2006, y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 2007, la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25 CE), así como la violación de los principios de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, seguridad jurídica, proporcionalidad e igualdad ante la ley (art. 9.3 CE).

La demanda denuncia que las dos Sentencias objeto del presente recurso de amparo han practicado una aplicación extensiva in malam partem del art. 179 del Código penal, mediante una interpretación que califica de extravagante. La vulneración habría tenido lugar al equiparar ambas Sentencias la acción de “acceder” con la de “hacer acceder” a los efectos de estimar cumplidas las exigencias de tipicidad dimanantes de la aplicación del mencionado precepto penal. Mediante esta equiparación, sigue razonando el demandante, se ha producido de hecho la creación de nuevas figuras delictivas o, cuando menos, “la traslación de estas conductas a tipos penales mucho más duros”. Añade el recurrente que, a su vez, las resoluciones judiciales impugnadas han efectuado una aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial en contra del reo, provocando un cambio de jurisprudencia que no está motivado, razonado ni fundado, por lo que se vulnera el principio de seguridad jurídica, pues la interpretación realizada no resulta previsible. El demandante trae a colación, en apoyo de sus pretensiones, el Voto particular emitido por dos Magistrados a la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

2. El examen de la queja contenida en la demanda sobre la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) ha de comenzar necesariamente por la consideración de la doctrina sobre el alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales.

En la STC 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7, expusimos que “nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3). En otras palabras, ‘es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados’ (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7)”.

“Por tanto en este ámbito nuestro papel como jurisdicción de amparo ‘se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, la de los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan’, verificando ‘si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a aquellos valores’ (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; citándola SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4). Además, desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que, más allá de estas constataciones, nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues sólo de este modo puede verse en la decisión sancionadora ‘un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular’”.

“Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante —o axiológico— una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

En definitiva, nuestro canon de enjuiciamiento constitucional, configurado a partir de la STC 137/1997, es el siguiente: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; y más recientemente, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16, entre otras muchas).

3. La aplicación de la anterior doctrina constitucional al presente caso nos lleva a descartar la existencia de vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). La interpretación del tipo penal y la subsunción de los hechos en el mismo realizada por el Tribunal de instancia y avalada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo es posible a la vista del tenor literal del precepto penal, sin que pueda calificarse de extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni su soporte metodológico ni las pautas orientadoras que la inspiran.

El demandante combate la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal previsto en el art. 179 del Código penal (CP), aceptando la tesis mantenida en el Voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo, que opta por su tipificación conforme al tipo básico del art. 178 CP.

Esta cuestión fue analizada tanto por la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 24 de enero de 2006 como por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de diciembre de 2006. Como hemos descrito en los antecedentes, la Sentencia de instancia construye su decisión de subsunción sobre la base de la doctrina jurisprudencial emanada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que equipara los supuestos de acceso carnal con aquellos casos en que la conducta desplegada por el sujeto activo consista en una compulsión intimidatoria violenta “para acceder”. En su fundamento jurídico 2 la Sentencia razona que “el comportamiento que hoy se analiza —consistente en imponer una serie de tocamientos y actos de excitación que llevaron a obtener una plena erección, para posteriormente introducirse los acusados y la acusada el pene en la boca y succionarlo o chuparlo hasta lograr la eyaculación— es equivalente a la imposición de la cópula por una de las cavidades determinada en el tipo penal (vaginal, anal o bucal) suponiendo la plena transgresión de la libertad del denunciante en cuanto al momento, la manera y el género de las personas con las que desarrollar unas relaciones sexuales completas, despreciando así su concepción sexual e íntima y los efectos psicológicos que tal práctica sexual le pudiera comportar”.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo confirma la validez de esta argumentación y descarta la existencia de interpretación extensiva en perjuicio del acusado, denunciada por el demandante en su recurso de casación.

El razonamiento del Tribunal Supremo arranca del análisis del bien jurídico protegido: la libertad sexual, esto es, la capacidad de autodeterminación en la esfera sexual, y pasa a considerar, acto seguido, las diferentes reformas del Código penal en relación con los delitos contra la libertad sexual y el análisis de la evolución legislativa de los tipos penales en los últimos tiempos. De lo anterior el Tribunal Supremo deduce que el concepto normativo de acceso carnal contemplado en el art. 179 CP ya no puede ser identificado con una visión restrictiva y caduca de penetración sexual que lo equiparaba a la introducción del miembro viril en la cavidad vaginal, máxime cuando el tipo penal en su redacción actual, procedente de las reformas llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 11/1999 y 15/2003, menciona como modalidades típicas el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y equipara a estas conductas la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Desde su redacción actual, heredera de la evolución de los últimos años, el concepto de acceso carnal debe entenderse como equivalente a ayuntamiento sexual por cualquiera de las vías antes referidas, siendo indiferente quien actúe como sujeto activo, en cuanto puede ser un hombre o una mujer.

La Sentencia dictada en casación emplea un concepto normativo de acceso carnal que, según se ha visto, no se aparta del tenor literal del precepto del Código penal. Y lo hace sobre la base de la evolución que en los últimos tiempos han experimentado los delitos contra la libertad sexual, especialmente el delito de agresión sexual o violación. Evolución legal que conecta con la realidad social del momento actual, que condena los cambios culturales experimentados en los últimos tiempos en la sociedad española y que se manifiestan también en el ámbito de la actividad sexual como espacio de interrelación subjetiva. Estos cambios culturales y legislativos ya no permiten concluir que el concepto de acceso carnal sea equivalente al de cópula sexual, y que la acción penalmente sancionable quede restringida a la acción activa de penetración por alguna de las vías penalmente sancionadas. Por otro lado la existencia de acceso carnal ya no puede hacerse depender del género de los sujetos activo y pasivo. La afectación al bien jurídico objeto de protección puede producirse, de igual forma o con similar intensidad, mediante otro tipo de conductas que comporta una injerencia no consentida en la esfera sexual de las personas y que, a su vez, menosprecian el debido respeto a su propia dignidad como valor de protección constitucional que preside todos los ámbitos de las relaciones sociales, incluida la esfera de relación sexual. Por todo ello, hay que concluir que el concepto de acceso carnal que establece la Sentencia combatida no resulta ajeno a los propios antecedentes legislativos a la realidad social actual, tal como sostiene el demandante de amparo. Los parámetros legislativos no pueden estar anclados en concepciones dominantes en otras épocas, pero que en la actualidad resultan superadas ante los cambios experimentados en la sociedad.

Por lo demás la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia no es novedosa, pues contaba con antecedentes que se mencionan en la propia Sentencia, estableciendo la equivalencia entre acceder carnalmente y hacerse acceder.

En definitiva, desde el estándar de control constitucional no puede afirmarse que la interpretación sostenida por el Tribunal sentenciador y el Tribunal Supremo sea sorpresiva o imprevisible, ni extravagante, por basarse en un fundamento metodológico incorrecto aplicado o ajeno a los valores constitucionales.

4. El demandante invoca, también, como fundamento de su demanda, la existencia de aplicación retroactiva de la nueva doctrina jurisprudencial en perjuicio del reo. La Sala Segunda del Tribunal Supremo descartó la existencia de tal vulneración, razonando que la interpretación que se sostiene en la Sentencia era posible según el texto de la norma y, por lo tanto, resultaba aplicable desde su vigencia. El argumento invocado por el demandante carece de consistencia, pues, admitida la razonabilidad de la interpretación sostenida en las Sentencias impugnadas, no puede hablarse de aplicación retroactiva, cuando los hechos objeto de enjuciamiento acontecen durante el período de vigencia de la norma penal. Por lo demás la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE se refiere a las normas sancionadoras o restrictivas de derechos, pero no se predica en principio de la jurisprudencia.

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

La inadmisión a trámite del presente recurso de amparo.

Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil ocho.