



Roj: **STS 779/2021 - ECLI:ES:TS:2021:779**

Id Cendoj: **28079120012021100168**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2021**

Nº de Recurso: **1772/2019**

Nº de Resolución: **168/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 304/2019,**
STS 779/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 168/2021

Fecha de sentencia: 25/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1772/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1772/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 168/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 25 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1772/2019 interpuesto por la representación legal del acusado **Leoncio** contra la Sentencia de fecha 22 de febrero de 2019, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que condenó al acusado como autor de un **delito** de abusos sexuales.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrente en el presente procedimiento el acusado Leoncio representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Soledad Sánchez Silva y defendido por el Letrado D. Guillermo Presa Suárez.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y como acusación particular Dª. Eufrasia , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Mónica de la Paloma Fente Delgado y defendida por la letrada Dª. María Jesús Taboada Perianes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Santiago incoó sumario 437/2016, contra Leoncio por supuesto **delito** de abuso sexual. Una vez concluidas las actuaciones las remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª) rollo 6/2017, que con fecha 22 de febrero de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

"La perjudicada Eufrasia , de diecinueve años de edad, compartía un piso con otros dos amigos estudiantes (Irene y Plácido) en AVENIDA000 nº NUM000 de esta ciudad. En la noche del jueves día 29 de octubre de 2015 al viernes día 30 celebraron en el piso una fiesta a la que acudió con otro amigo el acusado Leoncio , de veintiún años de edad, con DNI NUM001 y sin antecedentes penales, quien había sido avisado de la fiesta por Martina , amiga tanto del acusado como de Eufrasia . La perjudicada y el acusado se conocían de forma superficial, al ser vecinos ambos de Vilagarcía de Arousa y tener amigos comunes. En la fiesta Eufrasia tomó, al menos, varias copas de ron con coca cola, de la bebida que ella, con otras dos personas de la fiesta, tenían para consumirla entre ellos.

Acabada la fiesta, después de las 3, los concurrentes se dirigieron caminando al pub Blaster, situado a unos minutos de distancia a pie. El acusado, cuando estaba el grupo bajando del piso y saliendo del edificio, ofreció a Eufrasia de la bebida que él estaba tomando, dado que ella no portaba ninguna, y Eufrasia dio un trago.

Cuando estaban en el interior del pub, repleto de gente y estando juntos varios asistentes a la fiesta, el acusado pidió varias cervezas e invitó a Eufrasia y a otra amiga a una cerveza para cada una. Eufrasia dio un trago de la suya y, como no le gustó, la dejó, siendo consumida por otro amigo del grupo. Después, como el acusado vio que Eufrasia no tenía ninguna bebida, le ofreció la cerveza, de otra marca, que él bebía, dando Eufrasia un sorbo.

A partir de estos momentos Eufrasia no guarda ningún recuerdo de lo que le sucedió durante las horas sucesivas, hasta las 12,30 horas aproximadamente.

En el pub, el acusado y Eufrasia estuvieron un rato hablando juntos solos en la zona de la barra, donde consumieron dos chupitos cada uno de un licor llamado Jaggermeister. Con posterioridad, pudiendo ser aproximadamente las 5 horas, salieron solos del local y estuvieron juntos sentados en un banco situado en una calle próxima.

Como a partir de cierto momento Eufrasia empezó a sentirse mareada y mal, el acusado, dado su estado, procedió a llamar a las amigas de Eufrasia para que vinieran a hacerse cargo de ella y alrededor de las 6 horas, tras haber hablado antes con Irene , quien estaba ya en el piso, consiguió ponerse en contacto con Vicenta , a quien dijo que Eufrasia estaba mal y que se acercara a buscarla, a lo que Vicenta repuso que era mejor que ellos dos vinieran hasta la zona del pub porque ella no se enteraba de dónde estaba el lugar que le indicaba el acusado. El acusado llegó con Eufrasia hasta la calle donde estaba el pub, donde había mucha gente, y tras dejar a Eufrasia con Vicenta , se quedó en esa zona con otros amigos sin preocuparse más por el estado de Eufrasia .

Eufrasia se hallaba, cuando llegó con el acusado y desde entonces, en un estado semi inconsciente: vomitó en una ocasión; caminaba con grandes dificultades, necesitando ser sostenida y ayudada para ello; tenía la mirada perdida o ponía los ojos en blanco; y no era apenas capaz de hablar, no podía responder a preguntas



elementales (quién era o dónde vivía, por ejemplo) , y se limitaba a repetir lo que se le preguntaba o a decir incongruencias. No consta que este estado tuviera otra causa que su demostrado consumo de alcohol.

Al cabo de un rato de estar con Eufrasia en un portal en las inmediaciones del pub, Vicenta y otras dos amigas del grupo (Martina y Adoracion) a las que había llamado para que la ayudaran, decidieron que lo mejor era que Eufrasia , que seguía prácticamente en el mismo estado, se fuera al piso a dormir y la acompañaron hasta allí. Adoracion y Eufrasia subieron hasta el piso y, tras abrirle Adoracion la puerta, Eufrasia entró sola y se echó a dormir en su habitación.

El acusado después de estar con unos amigos en la zona del pub fue con ellos a un establecimiento 24 horas, desde donde se marcharon sus amigos a Vilagarcía y donde el acusado se reunió con Martina , Adoracion y Vicenta , que habían dejado antes a Eufrasia en el piso. Como el acusado quería saber si Irene estaba en el piso con otro chico, pues estaba interesado en ella, se lo dijo a Martina y se fueron los dos hacia el piso para comprobarlo, lo que confirmaron sin que haya quedado claro si llegaron a subir al piso para ello. Martina y el acusado se separaron, pero al cabo de un rato, cuando Vicenta y Martina se dirigían al piso de Vicenta , situado cerca del piso de Eufrasia , para dormir allí, el acusado llamó a Martina y ellas dos se reunieron con él, mostrando el acusado entonces mal humor y agresividad, dando golpes a las cosas, lo que decía que se debía a que Irene estaba con otro y a que su exnovia le había telefoneado y le había dicho que lo había visto con Eufrasia . El acusado manifestaba que se iba a ir en el primer tren y Martina y Vicenta le proponían que fuera con ellas al piso de Vicenta a dormir o a hacer tiempo. Los tres fueron juntos caminando hacia el piso de Vicenta , pero ésta se dio cuenta de que no tenía llaves y de que las había dejado en el piso de la fiesta, por lo que los tres fueron allí a buscarlas. Una vez en la vivienda y haciendo mucho ruido despertaron con bromas a Irene y también despertaron a otras personas que estaban en la casa, habiendo ido Martina y Irene a ver cómo estaba Eufrasia , quien seguía en su cama y se había despertado por la situación y que ante sus preguntas se limitaba a sonreír o a asentir con gestos.

El acusado se formó la idea de pasar la noche con Eufrasia y dijo que se quedaba en el piso porque le resultaba más cómodo para ir a la estación, marchándose Martina y Vicenta al piso de ésta.

El acusado, al cabo de un rato de estar en un sofá del salón, donde estaban durmiendo otras personas del grupo de la fiesta, se introdujo en la habitación de Eufrasia , a una hora que podrían ser las 8 u 8, 30 de la mañana aproximadamente.

En algún momento desde entonces y hasta las 12,30 horas el acusado penetró vaginalmente a Eufrasia y eyaculó en su interior, sin que Eufrasia , por estar dormida o por estar afectada intensamente en sus capacidades a causa del estado de intoxicación en que se hallaba, pudiera haber decidido conscientemente sobre la aceptación o el rechazo de la relación sexual.

A las 12,30 Eufrasia recobró la consciencia y se dio cuenta de que estaba desnuda en la cama con el acusado, quien se vistió y salió de la habitación.

A consecuencia de estos hechos la perjudicada presenta una sintomatología propia de una reacción ansiosa significativa, que ha provocado repercusiones en la esfera personal y sexual, y reclama por estos hechos".

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

"Que debemos condenar y condenamos a DON Leoncio como autor responsable de un **delito** de abusos sexuales, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; a la pena accesoria de prohibición de comunicarse de cualquier forma y aproximarse a menos de 200 metros de la víctima durante 9 años, sin perjuicio del abono del tiempo ya transcurrido; y a la medida de seguridad de libertad vigilada durante 5 años.

Se condena a indemnizar a DOÑA Eufrasia en 15.000 euros, con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se le imponen las costas del proceso, con inclusión de las de la acusación particular".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el condenado que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

"MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, por vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE".

"MOTIVO SEGUNDO: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE".



"MOTIVO TERCERO: Recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim. por infracción de ley por aplicación indebida del art. 181.1, 2 y 4 CP".

MOTIVO CUARTO. No se ha articulado.

"MOTIVO QUINTO: Al amparo del art. 852 LECrim, por error sobre la ausencia de consentimiento que actuaría como error sobre uno de los elementos del tipo del art 14.1 CP".

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Primer motivo: "Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, por vulneración de la presunción de inocencia del art 24.2 CE".

En el breve extracto con que comienza el desarrollo del motivo, esgrime la defensa que "la sentencia, tras descartar la tesis acusatoria de la sumisión química, construye la totalidad del razonamiento de condena sobre la premisa de que no pudo haber consentimiento en el acto sexual porque la denunciante no recuerda los hechos, afirmación a la que otorga plena credibilidad interpretando los datos en contra de la lógica y de las máximas de experiencia".

1. En el desarrollo del motivo se va exponiendo una doctrina y jurisprudencia sobre la presunción de inocencia, de carácter general, que no puede por menos que compartir este Tribunal, relativa a su condición como regla de juicio o a su diferenciación con el principio *in dubio pro reo*, así como al margen que ha de otorgarse al recurso de casación en orden a la revisión de la prueba, al no haber podido acceder el presente procedimiento, por razones temporales, al régimen de recursos, en particular, al de apelación, contemplados en nuestro ordenamiento procesal tras la reforma de la LECrim por LO 41/2015. No es cuestión, por tanto, de que dediquemos una excesiva extensión a citas jurisprudenciales, aunque haremos mención a alguna y realizaremos alguna consideración que nos ayude a orientar el tratamiento del motivo.

Al haber sido invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y centrarnos en lo concerniente a esta, se habrá de pasar por el examen de la licitud constitucional y legal de la prueba practicada, su suficiencia para desvirtuarla y la razonabilidad de las inferencias realizadas, por ser el marco que nos impone, al respecto, nuestro control casacional desde este punto de vista. Por lo tanto, en el juicio de revisión que nos corresponde, sí cabrá verificar la **estructura** racional del proceso valorativo, y rechazar aquel discurso considerado ilógico, irracional, absurdo o arbitrario, o constatar si se respetan principios como el *in dubio pro reo* o el derecho a la presunción de inocencia.

Sucede que, cuando nos movemos en este marco, suelen aparecer en escena conceptos como irrazonable, arbitrario, o menciones a que se realizan interpretaciones en contra de la lógica o las máximas de experiencia, estas dos últimas empleadas por el recurrente, pero que, en cuyo manejo, se ha de ser prudente, porque no siempre se diferencian con claridad de aquellos casos en que, simplemente, se trata de una discrepancia con la tesis del tribunal de enjuiciamiento, ante el que se ha practicado toda la prueba, que es a quien corresponde valorarla y cuyo criterio ha de ser respetado, incluso, aunque se pueda defender que la alternativa que plantea quien recurre sea asumible.

La jurisprudencia, en este sentido, es abundante y, por mencionar a alguna STS, acudiremos al resumen que encontramos en la 64/2016, de 8 de febrero de 2016, que dice como sigue: "la misión de un tribunal de casación, cuando conoce de la impugnación por denuncia del derecho a la presunción de inocencia, no es la de decidir el relato fáctico, ni elegir la actividad probatoria a valorar, sino controlar la función jurisdiccional realizada por otro tribunal que ha percibido de forma inmediata la prueba y para ello ha de examinar la existencia de una actividad probatoria ilícita y regular, la suficiencia de esa actividad probatoria como prueba de cargo capaz de enervar el derecho que asiste al imputado, y comprobar la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia, como obligación del tribunal y como explicación su función realizada".

2. Si se lee la sentencia de instancia, se puede apreciar, a primera vista, que es una sentencia, en la que el tribunal *a quo* dedica una extensa motivación a la valoración de la prueba practicada a su presencia, prueba cuya licitud no ha sido cuestionada, por lo que la queja hay que derivarla a la valoración de su suficiencia y racionalidad, siendo en este punto donde ha concentrarse nuestro control casacional, y siempre con la idea de que no es nuestra función la de suplantar la valoración realizada por el tribunal sentenciador, entre otras razones, porque carecemos de inmediación y contradicción, principios esenciales en materia de valoración.



En este sentido, no obstante esa introducción dogmática de carácter general con que comienza el motivo, cuando de cuestionar la decisión del tribunal se trata, se centra en lo que llama "crítica de la sentencia", cuyo discurso, para mantener que no resulta concluyente la premisa esencial sobre la que se basa la decisión condenatoria, no es sino una discrepancia con la valoración que, del conjunto de toda la prueba practicada a su presencia, realiza el tribunal *a quo*. Y decimos que, de toda la prueba, porque así resulta de las consideraciones con que comienza lo que la sentencia llama "perspectiva fáctica" de su valoración, en el fundamento de derecho segundo, donde expone que "se prestaron en juicio las declaraciones del acusado, de la víctima Eufrasia y de seis testigos más que se refirieron, de forma principal, a diversas situaciones ocurridas a lo largo de la noche del jueves 29 de octubre al viernes 30 de octubre de 2015, y en las que acusado y víctima expusieron exhaustivamente qué hicieron esa noche y los testigos refirieron qué recordaban respecto de la conducta de aquéllos en ese tiempo", sobre cuyos testimonios, a excepción de uno de ellos, en que más adelante explica las razones de la carencia de su credibilidad, expone las razones de la credibilidad de los demás, en cuanto que el tribunal se refiere a sus declaraciones, avanzando, antes de examinar lo declarado por cada cual, que su apariencia "fue la de querer decir la verdad, esforzándose por tratar de recordar y ordenar las particularidades sobre las particularidades sobre las que se les preguntaba", dejando, así, constancia expresa del uso que hizo del principio de inmediación, vector clave en materia de valoración de prueba.

3. Este Tribunal, tras la lectura de la sentencia de instancia, le llama la atención que se pueda considerar que es contrario a la lógica o a las máximas de experiencia, como se alega en el motivo, el discurso valorativo de la prueba realizado por el órgano de enjuiciamiento, porque si, de todo cuanto se va relatando en el mismo, se puede sacar una conclusión, que, además, es muy coherente con una máxima de experiencia, es la que se puede resumir con la frase: "uno, dormido, no se entera de nada"; más, además, si ese sueño está acompañado de la ingesta de alguna sustancia tóxica, que es en ello donde se encuentra el núcleo de la conducta imputada, como se dice en la sentencia recurrida, y desarrolla motivadamente, tras analizar cuantas pruebas tuvo a su alcance dicho órgano, y así lo dicen los hechos probados:

"El acusado [...] se introdujo en la habitación de Eufrasia, a una hora que podrían ser las 8 u 8,30 de la mañana aproximadamente. En algún momento desde entonces y hasta las 12,30 horas el acusado penetró vaginalmente a Eufrasia y eyaculó en su interior, sin que Eufrasia, por estar dormida o por estar afectada intensamente en sus capacidades a causa del estado de intoxicación en que se hallaba, pudiera haber decidido conscientemente sobre la aceptación o rechazo de la relación sexual. A las 12,30 Eufrasia recobró la consciencia y se dio cuenta de que estaba desnuda en la cama con el acusado, quien se vistió y salió de la habitación".

Una vez que el motivo de recurso termina con sus consideraciones de índole dogmático y doctrinal y se adentra en el análisis del caso, lo construye sobre una base, que, sin negar que sea cierta, llega a unas conclusiones que no compartimos, pues mantiene que "sobre el hecho nuclear, es decir, el consentimiento de la relación sexual que efectivamente se produjo, la declaración de la denunciante simplemente es inexistente, por lo que ni tan siquiera existe relato sobre el que aplicar las reglas de su verificación", y decimos que no las compartimos, porque de una premisa negativa, como es que no existe declaración de la denunciante sobre si prestó su consentimiento, no se puede llegar a una conclusión positiva válida, como es que lo hubo, porque, simplemente, puede suceder que no se fuera consciente de haberlo prestado por falta de capacidad, esto es, por estar privado de sentido, como dice el art. 181.2 CP, que es como hay que construir el razonamiento en el caso, siendo ello suficiente para la subsunción de la conducta en el tipo por el que se condena en la instancia, porque con ello basta para que entre en juego el referido artículo, cuyos apdos. 1 y 2 establecen lo siguiente:

"1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto".

4. Como decimos, el razonamiento de la defensa no convence, pues, no puesta en duda la relación sexual, porque así lo admite el acusado y lo confirma la prueba biológica, que determinó la presencia de esperma del mismo en el saco vaginal de Eufrasia, si sucede que esta no tiene conciencia de haber mantenido esa relación sexual, solo se puede deber a que estuviera privada de sentido y, en consecuencia, que no prestó su consentimiento, y a esta conclusión sí permite llegar, como llega de manera razonable, la sentencia de instancia, porque esto sí lo mantiene Eufrasia, y en ello observamos una coherencia interna, que queda corroborada por la prueba practicada, pese a que en el recurso se trata de desacreditar dicha coherencia a base de analizar su testimonio, lo que supone entrar en una valoración de la prueba, que no es propia del juicio



de revisión que nos corresponde desde nuestro control casacional, más cuando ese cuestionamiento se hace a base de ir entresacando de su testimonio determinados pasajes que se interpretan a conveniencia.

Esta línea se utiliza, también, en el motivo, donde se escogen distintos fragmentos del razonamiento en que la sentencia de instancia va analizando la prueba, para darles un sentido distinto al que les da el tribunal *a quo*, y considerar inverosímil las conclusiones de este, lo que no podemos asumir porque estas son producto del exhaustivo examen valorativo que hace de las diversas alternativas a que puede llevar todo el material probatorio, tanto en sentido a favor, como en contra, para acabar explicando, tras esas consideraciones, por qué considera que hay suficiente prueba de cargo para emitir el pronunciamiento de condena. En este sentido, es significativa la consideración que hace en el párrafo final del segundo fundamento de derecho en que se dice como sigue:

"Ha de explicarse también que, aun siendo consciente esta sala de que la conducta penalmente relevante solo ocupa una parte limitada de los hechos declarados probados, se ha optado por reseñar en la resultancia fáctica otros datos circunstanciales que, como se dirá, sirven de base directa o indirecta a las conclusiones relativas a tal conducta típica".

Sucede, sin embargo, que, de todo ese análisis valorativo que, a conveniencia, se hace en el recurso, se olvida de referirse a una prueba que es definitiva en corroboración del estado de inconsciencia en que se encontraba la víctima cuando fue objeto del abuso sexual que padeció, y se encuentra en las conversaciones por WhatsApp habidas entre el acusado y las testigos Irene y Martina la noche del viernes 30, cuyo contenido fue admitido en juicio, y en las que aquel viene a reconocer el estado etílico en que se encontraba Eufrasia cuando se acostaron.

En la que mantuvo con Irene, esta llama "mierda de persona" al acusado, tras preguntarle qué había pasado con Eufrasia y no responder, y, aunque es cierto que, como se dice en la sentencia de instancia, no se puede extraer de ella nada, no es menos cierto que gira en torno a algún incidente de importancia entre aquél y Eufrasia.

Y en la que mantiene con Martina, esta le expresa "te tiraste a Eufrasia viendo como estaba y eso no se hace tío, viste de sobra como estaba que ella no se acuerda nada, solo de despertarse contigo y lo sabes de sobra"; "una persona al borde del coma etílico que no sabe lo que hacía", a lo que el acusado responde "jueves, Pío, 20 años, fiesta, alcohol", "viste como estaba yo?", "y fue al mediodía", "de coma etílico nada", "que estuvimos hablando antes", "cuando iba a dormir", "y fue a las 11". Martina le sigue diciendo, refiriéndose a Eufrasia, "ella no se acuerda de nada", y el acusado la responde "y yo menos", continuando la conversación en términos que recoge el mismo fundamento.

Es cierto que en esa conversación lleva la iniciativa Martina, pero el hecho de que respondiera el acusado que se acuerda menos que Eufrasia, supone aceptar que sabía que esta no era consciente de lo que ocurrió entre ambos, como es muestra de que lo sabía las respuestas evasivas que va dando cuando se le habla del estado etílico de Eufrasia.

Las anteriores conversaciones, con razón, entiende la sentencia de instancia que son definitivas para confirmar la falta de conciencia por parte de Eufrasia cuando fue objeto del abuso sexual que padeció; pero no son los únicos elementos de corroboración, que también valora la sentencia, y hacen que quede bien atado el juicio de inferencia que ha llevado al tribunal *a quo* a su pronunciamiento de condena. No es cuestión de repetir todas las que se recogen en la sentencia, si bien, en verificación del juicio de inferencia y su convalidación por lo razonables que nos parecen, haremos mención a alguna de ellas.

En este sentido, lo primero que valora la sala de instancia, en orden a la credibilidad del testimonio de Eufrasia, es que "no es concebible que una persona mental y moralmente sana adopte la decisión de denunciar falsamente a otra, a la que no tenía ningún motivo previo para perjudicar", lo que nos parece razonable desde el punto de vista del puro sentido común.

También habla de las percepciones de varios testigos que, refiriéndose a Eufrasia "actuaron y la trataron exactamente igual que si se tratara de una simple borrachera", para cuya consideración basta con unos simples conocimientos vulgares; incluso, hemos visto que Martina alude en uno de los WhatsApp a "coma etílico".

Y también podemos referirnos a otra información, que ofrece la prueba pericial, que cuando se preguntó a los forenses, si recién despertada la víctima y tener en ese momento una conciencia limitada "era posible que la persona afectada tuviera cierta interacción con la persona o situación en que se hallase y que, a la vez, pudiera no recordarlo después al desaparecer los efectos de la afectación, y respondieron sin vacilaciones que sí, y específicamente dijeron que ello era posible en una situación de intoxicación por el alcohol, sobre la que concretamente expresaron que su eliminación es mucho más lenta cuando se duerme que en estado de vigilia", conclusión que, por otra parte, no es extraña al conocimiento de la calle sobre los efectos que puede tener en la memoria determinados niveles de una borrachera.



Y también esa prueba pericial, en esta ocasión, en combinación con la prueba testifical, a cuyo respecto razona el tribunal que todas las amigas de la víctima, refiriéndose a Eufrasia, "expresaron en juicio que tras el suceso pasó a adoptar una actitud más reservada, distante y aislamiento, lo que es coherente con la conclusión del informe del IMELGA" (folio 260), cambio que es compatible con un abuso sexual como el padecido, y que tiene en consideración el tribunal, con un razonamiento asumible, no obstante el informe presentado por la defensa, que pretende refutarlo, pero que no consigue, por cuanto que, en último término, la concreción sobre el estado de la víctima ha dependido de una valoración de conjunto de toda la prueba practicada y ha habido prueba de cargo que, con acierto, consideramos ha primado sobre ese informe.

5. Concluimos este primer motivo con un par de citas de nuestra jurisprudencia, una relativa al valor del testimonio de la víctima en **delitos** como el que nos ocupa y otra sobre el derecho a la presunción de inocencia.

-- La primera de ellas se trata de la STS 625/2020, de 19 de noviembre de 2020, en la que se podía leer lo siguiente:

"La declaración de la víctima, desde planteamientos de carácter general, puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión. Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, sugiriendo parámetros o fórmulas que, sin desconocer la importancia de la intermediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razonamiento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal, mediante el análisis de la persistencia en la incriminación, la ausencia de razones de incredibilidad subjetiva y la existencia de elementos periféricos de corroboración que refuercen la versión del testigo. Bien entendido que no se trata de trasladar al testimonio de la víctima las mismas exigencias que se aplican al de los coimputados, pues su situación no es equiparable".

El parecido con el caso que nos ocupa es mayor, si se tiene en cuenta que tanto en aquel como en este ha habido testimonios e informes periciales que corroboran lo que aportó la víctima, con lo que esta cita jurisprudencial avala las consideraciones que hemos hecho en orden a la garantía de credibilidad del testimonio de Eufrasia.

-- La relativa a la presunción de inocencia, la tomamos de la STS 699/2020, de 10 de diciembre de 2020, en la recordábamos que "en definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7)".

Así es como hemos operado en el examen de este motivo de recurso, en que no hemos entrado en valoración alguna sobre prueba que no ha sido practicada a nuestra presencia, en respeto absoluto, principalmente, a los principios de intermediación y contradicción, por ello que no cabía asumir las tesis valorativas alternativas que se proponían por el recurrente, y nos hemos limitado a verificar la racionalidad de su discurso, que, como venimos diciendo, es conforme a criterios de lógica y máximas de experiencia.

Se desestima, por tanto, el primer motivo de recurso.

SEGUNDO.- Segundo motivo: "vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE".

1. Se queja el recurrente en este motivo de que la sentencia de instancia prescinde de elementos introducidos válidamente en el proceso y valora parcialmente otros, contemplando únicamente los extremos que perjudican al reo y descartando aquellos elementos que benefician su versión, esto es, se está quejando de que no se ha tenido en cuenta la prueba de descargo presentada por la defensa. Ahora bien, como se invoca vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva, recordaremos nuestra jurisprudencia, acudiendo, por ejemplo, la STS 485/2016, de 7 de junio de 2016, donde decíamos lo siguiente:

"El derecho a la tutela judicial efectiva es aquí invocado por el Ministerio Fiscal, en el primero de los motivos de su recurso, desde la perspectiva de su específico contenido que garantiza el derecho a una resolución (razonablemente) motivada.



Por ello debemos comenzar por recordar la configuración de tal contenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sido reiteradamente acogida por este Tribunal Supremo.

En primer lugar, delimitándolo desde un punto de vista negativo. Es decir, de lo que no garantiza ese derecho.

Así es constante la advertencia de que la exigencia de la motivación en Derecho de la resolución judicial no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (SSTC 56/2013; 99/2015).

Si bien el desacierto puede implicar, en su caso, que afecte a otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2).

Desde una perspectiva positiva el derecho a la tutela, en su aspecto de derecho a una resolución motivada en derecho, exige:

a) Que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, lo que implica que la argumentación no pueda ser tildada de manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente. 99/2015 de 25 de mayo.

b) Que no sea fruto de la arbitrariedad. Es decir que no sea fruto solamente de la voluntad de quien la dicta, porque la aplicación de la legalidad se reduzca a una pura apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 101/2015; 215/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 215).

c) Dada la funcionalidad de este derecho, la motivación ha de cumplir con la necesidad de permitir conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (STC 50/2014 de 7 de abril 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero) de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 101/2015 de 25 de mayo; 119/2003, de 16 junio (RTC 2003, 119) 75/2005, de 4 abril (RTC 2005, 75) y 60/2008, de 26 mayo (RTC 2008, 60).

Desde la perspectiva de la actividad probatoria, el contenido de este derecho constitucional no implica que su invocación abra el camino, como si la casación, al igual que el amparo constitucional, fueran una nueva instancia, para proceder a un nuevo juicio sobre los hechos y a una nueva valoración de la prueba que sustituya la ya realizada por los órganos judiciales (SSTC 31/1981, de 28 de julio 55/1982, de 26 de julio, 164/1998, de 14 de julio, 174/1985, de 17 de diciembre, 136/1999, de 20 de julio y 40/2000, de 14 de febrero, así como AATC 30/1981, de 11 de marzo, 125/1982, de 24 de marzo, 294/1983, de 15 de junio, 436/1984, de 11 de julio, 484/1984, de 26 de julio, y 345/1991, de 15 de noviembre).

Exige eso sí, el acceso al medio de prueba. Porque la temática probatoria, aunque esté garantizada por un específico derecho, no deja de estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1988 [RTC 1988\50], 357/1993 [RTC 1993\357], 246/1994 [RTC 1994\246] y 110/1995 [RTC 1995\110], 189/1996 de 25 de noviembre).

E implícitamente en tal aspecto exige también la valoración, sin arbitraria prescindencia, de la prueba practicada".

En el fundamento de derecho anterior hemos hecho las consideraciones por las cuales entendemos que no es irrazonada, irrazonable o arbitraria la motivación de la instancia, con lo que queda dada respuesta a esa queja por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, faltaría por atender al aspecto del motivo en que no se ha tenido en consideración a la prueba de descargo, que, aunque por exclusión e incompatibilidad con la de cargo, debería entenderse respondido, alguna atención más se le dedicará.

2. No es eso lo que resulta de la lectura de la sentencia de instancia, en la que el Tribunal explica que ha tenido en cuenta toda la prueba practicada a su presencia, incluso la de descargo aportada por la defensa, como es su informe pericial, solo que lo descarta por las explicaciones que motivadamente expone en la propia sentencia, lo que supone un plus, porque, si, hecha la valoración de la prueba de cargo, y con ello, queda excluida la de descargo o ésta es incompatible con aquella, tal circunstancia ayudará a descartarla, por exclusión e incompatibilidad.

Mayores exigencias encontramos en alguna sentencia, y volvemos a tomar la STS 625/2020, que, sobre este particular, enseña lo siguiente:

"Esta Sala ha establecido en numerosas resoluciones que la motivación de las sentencias debe abarcar el aspecto fáctico, necesidad que se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos, y si bien es cierto que no es preciso reseñar detalladamente todas las pruebas que se



han tenido en cuenta, no lo es menos que de la motivación deben desprenderse con claridad las razones que ha tenido el Tribunal para declarar probados los hechos que resulten relevantes, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos, lo cual habrá de realizarse mediante un examen suficiente del cuadro probatorio, incluyendo, por lo tanto, la prueba de cargo y la de descargo.

La exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho. En consecuencia, el Tribunal debe valorar todas las pruebas disponibles, examinando expresamente el contenido de las de cargo y de las de descargo y explicando de forma comprensible las razones que le asisten para optar por unas u otras en cada caso".

Así es como se ha operado en la instancia en la que, como hemos dicho, se dan las razones por las que se descarta esa prueba favorable al acusado, presentada por su defensa, lo que nos debe llevar a la desestimación del motivo.

TERCERO.- Motivo tercero: "al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por infracción de ley por aplicación indebida del art. 181.1, 2 y 4 CP".

Habida cuenta que el motivo se articula en base al *error iuris* del art. 849.1 LECrim, habremos de partir de un escrupuloso respeto a los hechos que declara probados la sentencia de instancia, más cuando ya hemos rechazado las impugnaciones realizadas por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y las que, dentro de este motivo, cuestionaban la valoración de la prueba realizada en la sentencia de instancia.

Se esgrime en el recurso que en los hechos probados no se hace ninguna mención a que el acusado fuese consciente del estado de inconsciencia de la denunciante para mantener relaciones sexuales, como considera que debía constar, y se menciona una jurisprudencia en apoyo de tal posición, como es la STS 519/2017, de 6 de julio de 2017, en la que se puede leer que "dentro del espacio de los hechos probados deben integrarse tanto los hechos externos atribuibles a la actuación de sus protagonistas como la intención que animara a los mismos, es decir, el conocimiento y voluntad que concurrieron en sus autores", continuando su exposición con una doctrina que se ha decantado por incluir en los hechos probados los elementos subjetivos del **delito** como elementos de naturaleza factual; ahora bien, es esta una posición que no deja de estar sujeta, según el caso, a matizaciones, en la medida que la descripción del hecho objetivo puede llevar ínsito ese elemento subjetivo, que luego se desarrolle en la fundamentación jurídica, como se acaba admitiendo en otra jurisprudencia, de la que es muestra la STS 273/2012, de 4 de abril de 2012, de la siguiente manera: "si bien una jurisprudencia consolidada rechaza que, para suplir las omisiones de proposiciones fácticas en la sentencia, se acuda a los llamados fundamentos jurídicos, ello no es obstáculo para que se admita tal método de integración siquiera de manera excepcional, (STS 1132/2009) siempre que el antecedente fáctico expresado reúna elementos suficientes para poder afirmar que su integración en sede de fundamentación jurídica es un mero desarrollo lógico de lo inequívocamente ínsito en lo expresado en el específico apartado de hechos".

Así ha operado el tribunal *a quo* en su sentencia, puesto que, en el caso que nos ocupa, tal como quedaron redactados los hechos probados, no fue imprescindible que se recogiese esa mención a que el acusado fuese consciente de la inconsciencia de su víctima, pues, por definición, toda conducta responde a pautas de conciencia de lo que realiza el ser humano en condiciones de normalidad, esto es, sin alteración de sus facultades psíquicas; o, dicho en otros términos, la norma está dirigida a un ser humano imputable o con capacidad de culpabilidad, y ello porque la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, de ahí que lo que sea objeto de regulación específica sean las circunstancias que inciden negativamente en esa capacidad de culpabilidad, que, por lo tanto, como hechos obstativos están precisados de prueba por parte de quien los alega, y por eso no siempre hay necesidad de que quede reflejado en los hechos probados algo que va ínsito en la capacidad de culpabilidad.

Cuando se estudia este elemento del **delito**, y se trata de las condiciones que permiten la capacidad de determinación normal del sujeto por la norma, se suele hacer referencia a la libertad de decisión, la madurez y la normalidad psíquica, que, precisamente, por ello, no hay necesidad de probar, sino que se presupone normativamente en todo individuo, a no ser que excepcionalmente concurren circunstancias individuales o situacionales que anulen o excluyan la posibilidad de actuar libremente de otro modo, conforme a la norma, que son las que deben ser objeto de prueba, por salirse de la normalidad, por ello no había necesidad de decir más de lo que se dijo en los hechos probados, para considerar que el acusado era consciente de que estaba realizando el acto sexual con alguien inconsciente.



Quizás con un ejemplo se comprenda mejor: cuando en un hecho probado se describe un homicidio se suele decir: A, efectuó un disparo sobre B, que le ocasionó la muerte; y no se dice: A efectuó conscientemente un disparo a B, que le ocasionó la muerte; se podrá añadir la intención que guiaba esa acción, pero, aun sin ella, el homicidio, conforme al art. 138 CP, queda definido.

En cualquier caso, cuando de valorar las limitaciones a la capacidad de consciencia se trata, se hace por la vía negativa de acudir a alguna circunstancia modificativa o eximente de la responsabilidad, porque se trata de circunstancias que suponen alteración de la capacidad de conciencia normales, y por eso, si hacemos un repaso por la jurisprudencia, vemos consideraciones inspiradas en esa línea, con expresiones como que "el dolo va enraizado en la psiquis de la persona". Así lo ha dicho en Tribunal Supremo en Auto de 8 de enero de 2002 (recurso 1025/2001), del que transcribimos el párrafo: "Como dice la Sentencia de 5 de mayo de 1998, y de acuerdo con la doctrina reiterada, entre otras, por las Sentencias de 24 de abril y 16 de enero de 1995, 27 de octubre y 20 de septiembre de 1993, el dolo criminal implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad para realizarlo. El dolo va enraizado en la psiquis de la persona por medio de dos circunstancias distintas, una el requisito intelectual o capacidad cognoscitiva, y otra el requisito volitivo, de la voluntad, como desencadenante de todos los deseos y tendencias que se esconden en lo más profundo del alma humana".

En definitiva, aun siendo cierto que no se dice, expresamente, en los hechos probados que el acusado era consciente de la inconsciencia de su víctima, lo que sí describen es una acción consciente y voluntaria por su parte, y que, en el curso de esa acción, que no se dice que estuviera afectada por alguna anomalía o alteración psíquica, penetró vaginalmente a su víctima cuando estaba dormida o intensamente afectada en sus capacidades a causa del estado de intoxicación en que se encontraba; es decir, se describe una acción consciente del acusado, conciencia que alcanzaba a captar la inconsciencia de su víctima, y aun cuando admitiéramos que esos hechos probados pudieran haber sido más completos, mediante la inclusión de ese elemento subjetivo que se pretende en el recurso, donde hemos de centrarnos es que, en el *factum* de la sentencia, han de quedar recogidos cuantos datos sean relevantes para perfilar los hechos en que se ha de subsumir el **delito** correspondiente, lo que sí consideramos que ha hecho la de instancia, porque sucede que hay casos, como este, en que ello queda cubierto con la descripción objetiva, de ahí la innecesariedad de haber añadido menciones como la que se pretende, pues, tal como ha quedado descrita la acción, abarcaba todos esos datos relevantes para apreciar los elementos constitutivos del **delito** por el que se ha condenado.

Con lo dicho se da respuesta a este motivo, a no ser que se entre en discusión en lo que concierne al error, a cuyo respecto nos remitimos a lo que se diga en el próximo fundamento, al tratar el siguiente motivo de recurso, que se articula en base a este elemento.

CUARTO.- Cuarto motivo: "al amparo del art. 852 LECrim, por error sobre la ausencia de consentimiento que actuaría como error sobre uno de los elementos del tipo del art. 14.1 CP".

Aunque en el enunciado del motivo menciona el art. 852 LECrim, en realidad se trata de un motivo por *error iuris*, como evidencia la mención a un precepto penal de carácter sustantivo, como es el art. 14.1 CP, que regula el conocido como "error de tipo", ante lo cual, volvemos a recordar, que ha de partirse del más absoluto respeto a los hechos probados.

Decía este Tribunal en STS 18/2021, de 15 de enero de 2021, recordando una jurisprudencia asentada que "hay ausencia de dolo cuando el sujeto tiene un conocimiento equivocado sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, situación que se conoce como "error de tipo", lo que no se da en el caso del acusado.

En efecto, el presente motivo no es sino un nuevo enfoque de algo que se ha venido planteando desde el primero, relacionado con la no inconsciencia de la víctima mientras el acusado mantenía la relación sexual con ella, lo que ya hemos descartado.

En todo caso, decir que correspondía la prueba de dicho error a quien lo alega, lo que no solo no ha conseguido, sino que hay base para descartarlo, no ya por respeto a lo que se declara probado, que también, sino porque, como hemos visto al analizar el primero de los motivos de recurso, están esas conversaciones por WhatsApp habidas entre el acusado y una de las amigas de Eufrasia, en que viene a reconocer el estado etílico en que se encontraba esta cuando se acostaron, definitivas para descartar ese alegada ignorancia sobre la inconsciencia de su víctima.

Procede, por tanto, la desestimación de este último motivo de recurso.

QUINTO. - A tenor de lo dispuesto en el art. 901 LECrim., como consecuencia de la desestimación del recurso, procede imponer las costas del mismo al recurrente, incluidas las de la acusación particular.



FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Leoncio** contra la sentencia 19/2019, dictada con fecha 22 de febrero de 2019, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña, sede de Pío, en Sumario 06/2017, que se confirma, con imposición de las costas del presente recurso al recurrente, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ