



Roj: **STS 815/2021 - ECLI:ES:TS:2021:815**

Id Cendoj: **28079120012021100174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2021**

Nº de Recurso: **1527/2019**

Nº de Resolución: **129/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 129/2021**

Fecha de sentencia: 12/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1527/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001 . Sala de lo Civil y **Penal**.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1527/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 129/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 12 de febrero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación 1527/2019 interpuesto por **Silvio**, representado por el procurador Don Antonio PIÑA RAMÍREZ bajo la dirección letrada de Don Enrique ROJO ALONSO DE CASO, contra la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001. Sala de lo Civil y Penal, en su Rollo de Apelación 67/2018 por la que se desestima, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 8726/2017, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual, del artículo 181.1. 2 y 4 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y la Junta de Andalucía, representada por la Letrada de la misma Pastora Sánchez de la Cuesta Sánchez de Ibargüen

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de instrucción número 5 de Sevilla incoó Sumario 3/2016 por delito de abuso sexual, contra Silvio, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta. Incoado el Sumario Rollo de Sala 8726/2017, con fecha 10 de mayo de 2018 dictó sentencia número 221/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En la noche del 27 de agosto de 2016 Justa, menor de edad, y su amiga Luz, nacida el NUM000 -1999, se encontraban en DIRECCION002 de esta ciudad con Candido, nacido el NUM001 -2000, y Daniel, nacido el NUM002 -2000, ambos de nacionalidad rumana, a quienes Luz ya conocía con anterioridad.

Sobre media noche, el procesado Silvio, nacido el NUM003 de 1997, sin antecedentes penales, con residencia legal en España y con NIE NUM004, que se encontraba con un individuo no identificado, se acercó amistosamente al grupo de Candido y a Daniel, de quienes decía ser primo.

De camino todos ellos a la discoteca DIRECCION003, que se encuentra en DIRECCION004, el procesado manifestó un cierto interés por Justa, a la que piropeaba, intentaba cogerla de la mano o tocarle el culo, a lo que se negaba Justa.

Cuando sobre la 1,00 de la madrugada del 28 de agosto llegaron a la citada discoteca, próxima a la CALLE000, se apartaron hasta la zona de los aparcamientos. Durante la estancia en ese lugar, el procesado invitó a Justa a tomar varios combinados que contenían alcohol y refresco, alejándola del grupo y persistiendo en su actitud de mantener contacto sexual con ella. En un momento no precisado ambos llegaron a abrazarse.

Como quiera que Candido y Daniel dijeron a Luz que se marchaban del lugar y le invitaron a que les acompañara, ésta decidió quedarse porque estaba preocupada por que le pudiera ocurrir algo a Justa, que se encontraba mareada por el alcohol consumido.

Una de las veces que Luz se acercó al lugar donde se encontraban Justa y el procesado, este le dijo a Luz "vete", apartándose ésta a unos metros del lugar, desde donde no tenía visibilidad de su amiga porque unos setos se lo impedían.

Sobre las 3,00 horas de la madrugada, aprovechando la intimidad y que Justa estaba mareada, adormilada y sin capacidad de reacción por el consumo de alcohol, el procesado la tumbó en el suelo, y con ánimo de satisfacer sus impulsos sexuales y sin contar con el consentimiento de Justa, le rompió las mallas, y tras apartarle las bragas, la penetró, eyaculando en el interior de la vagina.

Cuando Justa pudo reaccionar, empezó a gritar pidiendo ayuda a su amiga Luz, a la que le dijo llorando, "me han violado", comprobando ésta que Justa estaba blanca, tenía rotas las mallas y que el procesado se había marchado del lugar. El procesado Silvio tenía pareja e hijos.

Justa no tenía experiencia sexual plena previa."

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos al procesado Silvio como autor de un delito de abuso sexual, ya circunstanciado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 4 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a Justa, a su domicilio o lugar de trabajo y de comunicarse con ella por cualquier medio por un período de 7 años.

Asimismo, procede imponer al procesado libertad vigilada por 5 años, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. Le imponemos al procesado el pago de las costas, incluidas las de la acusación particular.



Le condenamos a que indemnice a Justa en la suma de 12.000 €, cantidad que devengarán el interés legal establecido en el artículo 576 de la LEC.

Aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas legales las resoluciones que dictó el Sr. Juez Instructor sobre la capacidad económica del procesado.

Declaramos de abono, en su caso, el tiempo que el procesado permanezca privado de libertad por esta causa."

**3.** Notificada la sentencia, la representación procesal de Silvio, recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION000 y DIRECCION001, formándose el rollo de apelación 67/2018. En fecha 29 de noviembre de 2018 el citado tribunal dictó sentencia 82/2018, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando el recurso formulado por la defensa de Silvio contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmamos todos sus pronunciamientos; sin costas."

**4.** Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Silvio, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**5.** El recurso formalizado por Silvio, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de derecho constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 882 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente al derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución.

2. Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, por entender indebidamente aplicado el artículo 181.1.2 y 4 del Código Penal.

**6.** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 15 de julio de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La Junta de Andalucía, en su escrito de fecha 11 de junio de 2019, se opuso a la admisión del recurso y, subsidiariamente, impugnó los motivos del mismo. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de febrero 2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. Presunción de inocencia

1.1 Se ha recurrido en casación la sentencia número 82/2018 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de noviembre de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10/05/2018, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla en la que condenó al recurrente por la comisión de un delito de abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años de prisión, accesorias, libertad vigilada y pago de costas procesales y de la responsabilidad civil consiguiente. En el recurso se han articulado dos motivos de queja.

En el primero de ellos se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia. A juicio de la defensa la condena se basa en hechos sobre los que las pruebas practicadas arrojan un resultado que no permite darlos como probados.

En primer lugar se expone que las pruebas evidencian que la joven no había consumido bebidas alcohólicas: En sus declaraciones previas la menor dijo que no recordaba haber consumido alcohol y en el juicio dijo lo contrario dando una justificación pueril, que no se acordaba; el acusado y dos testigos manifestaron que la víctima no había consumido alcohol, y lo mismo puede desprenderse de la declaración del agente policial que advirtió su estado después de ocurridos los hechos, así como del de los médicos que asistieron a la menor; las pruebas periciales dieron negativo tanto en relación con el consumo de drogas como con el consumo de alcohol y fueron realizados hacia las 6:30 horas de la mañana, no existiendo evidencia alguna de que los hechos ocurrieron a las 3 de la madrugada y no a las 5. La única testigo que manifestó que la denunciante había bebido alcohol no pudo precisar ni el tipo ni la cantidad.

En segundo lugar se pone el acento en que no había afectación en la menor por consumo de alcohol. Los testigos que presenciaron el estado de la denunciante después de los hechos no advirtieron síntomas de consumo de alcoholemia, destacándose que el proceso se siguió inicialmente sobre la hipótesis de que la



joven había bebido agua a la que se había agregado alguna sustancia y había quedado inconsciente, hipótesis que se demostró falsa.

En el segundo motivo del recurso, aunque se utiliza el cauce casacional de la **infracción** de ley, se abunda en la insuficiencia de la prueba de cargo, reiterando argumentos realizados en el motivo anterior y analizando las contradicciones en que incurrió la víctima. Primero dijo que le habían echado "algo en el agua", lo que se comprobó que no era cierto, por las pruebas analíticas. Dijo también que no se había abrazado con el acusado, lo que desmintieron los jóvenes que estaban en el grupo y, por último, dijo que no se acordaba nada a pesar de lo cual dijo a Luz (una amiga y testigo) que la habían violado, lo que no se corresponde con alguien que esté inconsciente.

1.2 Como recuerda la STS 125/2018, de 15 de marzo, entre otras muchas, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite comprobar si la sentencia impugnada se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Sin embargo, el análisis de estos parámetros generales se limita cuando el recurso de casación tiene por objeto la sentencia dictada en grado de apelación. Según venimos señalando de forma reiterada (por todas STS 651/2019, de 20 de diciembre) el tal supuesto nuestro control se limita a comprobar la corrección de la racionalidad de la valoración de la prueba de la sentencia impugnada.

Este límite tiene sentido porque la sentencia de apelación ya da cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior (SSTS 251/2019, de 4 de julio y 349/2019, de 4 de julio, entre las más recientes) por lo que lo que procede es revisar a través de la casación si el órgano de apelación ha dado una respuesta razonable y acorde con las exigencias legales y jurisprudenciales, tanto en lo que se refiere a la valoración, como a la suficiencia de la prueba.

El control casacional en estos supuestos se concreta en cuatro puntos:

- a) En primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) En segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) En tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) En cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos

1.3 Anticipamos que en el presente caso la sentencia de primera instancia, en su función originaria de valoración de la prueba, y la sentencia de apelación en su función de control han cumplido con corrección su cometido. Se ha condenado al recurrente con apoyo en prueba de cargo legal y suficiente y que ha sido valorada atendiendo a criterios de racionalidad.

En efecto, en el tercer fundamento jurídico de la sentencia de instancia se hizo una cuidada y extensa valoración de la prueba sin omitir ninguna de las circunstancias relevantes para su apreciación.

De un lado, se hizo referencia a que las pruebas analíticas dieron resultado negativo sobre restos de alcohol o drogas en orina y sangre y también se refirieron algunas contradicciones apreciadas en el testimonio de la menor sobre si había abrazado o no al acusado antes de que se produjera el abuso, a pesar de lo cual se apreció positivamente su declaración sobre su falta de consentimiento en el acto sexual de que fue objeto valorando la declaración de una testigo (Luz) que narró lo sucedido esa noche: Dijo que los chicos les invitaron a consumir alcohol en la zona de la DIRECCION004 (Sevilla) e incluso la menor fue en una segunda ocasión



a comprar bebidas alcohólicas. Narró la testigo que en algún momento la menor se abrazó con el acusado, que se retiraron a un sitio más apartado y que ella se quedó preocupada porque veía a la joven mareada. Dijo la testigo que presenció cómo, al poco tiempo, la menor la llamaba gritando, diciendo que la habían violado, que estaba blanca, llorando y con las mallas rotas.

El Tribunal de instancia, que apreció todos los testimonios con la ventaja de la inmediación, valoró la reacción de la menor, inmediatamente después de los hechos, llorando, chillando y descompuesta, lo que no parece compatible con unas relaciones sexuales consentidas. Valoró también el dato objetivo de las "mallas rotas", lo que abunda en la confirmación de un acto no consentido y tuvo también en cuenta la reacción del acusado al marcharse del lugar a hurtadillas, sin dar en ese momento explicación alguna. El Tribunal añadió dos elementos adicionales: De un lado, la falta de animadversión de la testigo hacia el acusado, en tanto que ofreció datos favorables y desfavorables a las tesis acusatorias, lo que evidencia su objetividad y, de otro lado, la inverosímil explicación del acusado, que justificó la denuncia en que la joven le dijo que se quedara con ella y él no quiso.

El tribunal de instancia no omitió que las pruebas analíticas dieron resultado negativo y que el agente policial que acudió al lugar no apreció que la menor tuviera síntomas de estar muy bebida, lo que es cierto que podría entrar en contradicción con lo que dijo la menor y la testigo, pero explicó esa aparente contradicción diciendo que es posible que no estuviera muy bebida, ya que, según la testigo, la víctima tomó tres combinados y es posible que cuando se hicieron las pruebas periciales ya hubiera metabolizado el alcohol consumido. Se refiere en la sentencia que la prueba se hizo a las 6.30 horas y el consumo se produjo entre la 1:00 y las 3:00 de la madrugada de ese día. Concluye la sentencia que teniendo en cuenta la hora, la edad de la menor, el alcohol consumido y el hecho de no haber comido en toda la noche "es normal que se incrementen los efectos negativos del alcohol y provocaran los síntomas que se advertían a la menor, que constataban una pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas suficientes para negar la existencia de un consentimiento eficaz para mantener la relación sexual".

Esta misma queja fue planteada ante el tribunal de apelación y este segundo tribunal en su sentencia, que es la que aquí se impugna y censura, dio una respuesta precisa, motivada y razonada, en los mismos términos que se acaban de exponer.

En su fundamento jurídico segundo se justificó la corrección de la valoración de la prueba en los siguientes términos:

"(...) La defensa se apoya en el resultado negativo de la prueba pericial sobre presencia de alcohol en sangre, efectuada a la víctima varias horas después de que se produjeran los hechos, y argumenta que dicha prueba ha de prevalecer sobre las afirmaciones tanto de la víctima como de la testigo Luz , que manifestaron que sí había consumido alcohol. La sentencia justifica su valoración probatoria aludiendo a la especial credibilidad que otorga a la declaración de Luz , por su "precisión, claridad e imparcialidad", y porque el periodo de tiempo de más de tres horas no ya entre la ingesta y la prueba, sino entre el momento de los hechos (que fue posterior a la supuesta ingesta) y la prueba pudo determinar el resultado negativo.

Por encima de tales consideraciones, que ciertamente podrían justificar más una cierta afectación o debilitamiento de la voluntad que un aniquilamiento de su voluntad, la Sala confirma la valoración probatoria de la sentencia apelada teniendo en cuenta otras razones que se exponen con gran claridad en dicha sentencia y que el recurrente orilla.

En realidad la falta de consentimiento la considera establecida la sentencia recurrida sobre la base de los siguientes elementos probatorios:

a) De un lado, por la declaración de la víctima, que manifestó no recordar nada de lo ocurrido y desde luego no haber mantenido voluntariamente la relación sexual con el acusado;

b) Sobre todo, en atención a cuál fue la reacción de la denunciante en los momentos que siguieron a los hechos. Dicha reacción es descrita de manera clara, coherente y creíble por la testigo Luz , y es intensamente significativa de que la relación sexual no fue consentida, ya fuera por pérdida transitoria de sentido, ya por haber sido sorprendida. En efecto, Luz manifestó que oyó Justa chillar y gritar, y que pálida y llorando dijo que había sido violada, pudiendo comprobar Luz que Justa tenía las mallas rotas. Entiende la Sala que por el contexto en que se produjo, por tratarse de personas que no se conocían previamente (sin que por tanto se adivinen motivos espurios para atribuir a un desconocido una conducta delictiva) y por el hecho de que el acusado había abandonado el lugar inmediatamente después del acto sexual, debe descartarse que se tratase de una reacción "simulada". Es particularmente importante a efectos de valorar la credibilidad de la testigo Luz que afirmase haber visto que el acusado y la denunciante, después de un primer momento en que ésta rechazaba las insinuaciones o sollicitaciones del acusado, llegaron a estar abrazados: tal reconocimiento, que bien pudo haber omitido si su intención fuese enfatizar o inventar una historia que perjudicase al acusado, suministran



convicción suficiente de que Justa reaccionó del modo en que dijo (como también de que previamente la vio ingerir algún combinado de alcohol).

Pues bien, la reacción inmediata de la persona supuestamente víctima de un abuso es un elemento con frecuencia decisivo para la valoración de la existencia o no del consentimiento. Sin llegar a constituir una presunción automática, es muy razonable entender que una reacción de sorpresa, desolación y abatimiento inmediatos, cuando no hay sospechas de simulación eficazmente introducidas por la defensa, se debe a que el acto sexual que se ha practicado sin violencia ni intimidación ha sido obtenido sin el consentimiento de la mujer, particularmente en los casos, como el presente, en que ésta sí ha accedido voluntariamente a tocamientos, besos, abrazos u otros actos de contenido sexual.

Si a eso añadimos la constancia, también descrita por Luz, del estado en que se encontraba Justa, su edad (que no pudo ser determinante de la calificación del delito por las razones expresadas en nuestra anterior sentencia, pero sí puede ser considerada a efectos de valorar el consentimiento) y el hecho objetivo de la rotura de las mallas que vestía Justa, la Sala no tiene dudas de que la valoración de la prueba es correcta, sin necesidad de acudir a la presunción iuris et de iure del número 2 del artículo 181 (...)"

La conclusión de cuanto se acaba de exponer es que el tribunal de instancia valoró las pruebas con inmediación, de forma conjunta y ajustándose a criterios de racionalidad y sentido común a los que ninguna objeción cabe hacer y que el tribunal de apelación dio a la queja sobre presunción de inocencia una contestación motivada, anclada en criterios de racionalidad que compartimos y frente a los que no cabe el reproche de no ser respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

El control casacional no consiste en reevaluar la prueba para establecer nuestra propia conclusión, con la limitación evidente de no haberla presenciado directamente, sino analizar los razonamientos de la sentencia de apelación para comprobar si la queja sobre presunción de inocencia ha sido analizada con corrección y para comprobar también si la prueba practicada en el juicio ha respetado las exigencias de legalidad correspondientes, si esa prueba tiene un contenido incriminatorio suficiente y si ha sido valorada ajustándose a criterios de racionalidad, es decir, a pautas de sentido común, sin quiebras relevantes en su estructura lógica y sin deficiencias argumentales o de razonamiento que se deduzcan de criterios científicos o de experiencia que debieran haber sido tomados en consideración.

Ninguna de tales deficiencias se advierten en la sentencia impugnada, razón por la que el motivo no puede tener favorable acogida.

## 2. Juicio de tipicidad

En el segundo motivo se denuncia la aplicación indebida del artículo 181.1. 2 y 4, en relación con el artículo 180.3 del Código Penal.

En este segundo alegato parece cuestionarse formalmente el juicio de subsunción realizado aunque, en realidad, lo que se reitera es la crítica a la valoración de la prueba, ya que se afirma, una vez más, que las pruebas practicadas no permiten afirmar que la menor estuviera mareada, afectada por el consumo de alcohol o adormilada y sin capacidad de respuesta a la relación sexual pretendida por el acusado.

Las quejas sobre la valoración de la prueba ya han sido contestadas. Resta ahora analizar el juicio de tipicidad.

Pues bien, siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, cuando se censura la sentencia por incorrección de la subsunción de los hechos en la norma penal es imprescindible respetar de forma escrupulosa el juicio histórico, ya que el ámbito propio de este motivo casacional queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En este caso el hecho probado dice textualmente: "Sobre las 3:00 horas de la madrugada, aprovechando la intimidad y que Justa estaba mareada, adormilada, y sin capacidad de reacción por el consumo de alcohol, el procesado la tumbó en el suelo, y con ánimo de satisfacer sus impulsos sexuales sin contar con el consentimiento de Justa, le rompió las mallas y tras apartarle las bragas la penetró eyaculando en el interior de la vagina".

Los hechos descritos son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual. El artículo 181.1 CP define como abuso sexual la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, realizados sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento. En el artículo 181.2 CP se establece que "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" y en el artículo 181.4 se describe con conducta típica "el acceso carnal por vía vaginal".

En este caso el juicio histórico declara que el acto sexual sobre la víctima se realizó cuando la joven "estaba mareada, adormilada, y sin capacidad de reacción por el consumo de alcohol". Se ha discutido el grado de afectación que debe tener una persona para que pueda entenderse que la acción sobre ella se ha producido "anulando su voluntad". Sobre este particular nuestra doctrina es constante. En la STS 142/2013, de 26 de febrero, con cita de algunos precedentes, se aborda esta cuestión con la siguiente argumentación: Para que haya abuso sexual no se precisa una "ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañen los impulsos sexuales trascendentes. En este sentido la sentencia de esta Sala de 28.10.91, establece que si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios; y la de 15.2.94, precisa que la correcta interpretación del término "privada de sentido" exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios que, en el caso presente, y tal como afirma el relato de hechos probados desemboca en una anulación de sus facultades intelectuales y volitivas y de sus frenos inhibitorias, quedando sin capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, esto es privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual.

En igual sentido la STS. 680/2008 precisó que la jurisprudencia ha considerado reiteradamente incluíble en el art. 181.2 CP el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aun no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo".

En lo que atañe a este caso el relato fáctico es claro. La víctima estaba mareada, adormilada y sin capacidad de reacción, lo que equivale a una disminución intensa de las facultades mentales incompatible con una prestación libre de consentimiento, de ahí que en el relato de hechos probados se afirmara expresamente que el acto sexual que el acusado llevó a cabo lo hizo sin el consentimiento de la víctima

El motivo se desestima.

### 3. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

## FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Silvio contra la sentencia número 82/2018 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de noviembre de 2018.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina