



Roj: **STS 1400/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1400**

Id Cendoj: **28079120012023100242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2023**

Nº de Recurso: **1147/2021**

Nº de Resolución: **196/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### **Sentencia núm. 196/2023**

Fecha de sentencia: 21/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1147/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sala Civil y Penal TSJ de Madrid

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

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **1147/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### **Sentencia núm. 196/2023**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 21 de marzo de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del encausado **DON Baltasar** frente a la Sentencia 26/2021, de 29 de enero de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 5/2021) formulado frente a la Sentencia 395/2020, de 11 de septiembre de 2020 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala Sumario ordinario 1112/2018 dimanante del Sumario núm. 2614/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 14 de dicha Capital, seguido por delito de abuso sexual contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen ese expresan se han constituido en Sala la para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, como recurrente el encausado Don Baltasar representado por la Procuradora de los Tribunales Dña María del Pilar Rodríguez Buesa y defendido por la Letrada Doña María del Carmen Aparicio Moreno, y como recurrida la acusación particular Doña Fermina representada por el Procurador de los Tribunales Don rancisco Javier Soto Fernández y defendida por la Letrada Doña Marina Graciani González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 14 de Madrid instruyó Sumario núm. 2614/2016 por delito de abuso sexual contra **DON Baltasar**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 11 de septiembre de 2020 dictó Sentencia 395/2020, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"1.- Da Fermina se desplazó a Madrid desde Barcelona por cuestiones laborales, y lo hizo el 26 de septiembre de 2016 junto con otros compañeros de trabajo de la mercantil "Vilaplana Catering", siendo el procesado uno de ellos.

Se organizó el alojamiento de los trabajadores en los apartamentos sitos en la C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Madrid, de tal manera que se reservó uno para las empleadas (el n° NUM001), y otro para los empleados (el n° NUM002).

2.- La noche del 28 al 29 de septiembre de 2016 salieron de fiesta un grupo de esos compañeros de trabajo entre los que se encontraban Da Fermina, el día 21/01/1991, y el procesado: Baltasar, mayor de edad (n. el 15/01/1967) y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.

Ya de madrugada, alrededor de las 05:30 h (del 29/09/2016), y habiendo ingerido Da Fermina bebidas alcohólicas en exceso, decidieron regresar a los apartamentos, prefiriendo dormir Da Fermina en el apartamento reservado para ellos porque en el otro estaba su jefa y ni siquiera tenía llaves.

3.- Cuando llegó al apartamento núm. NUM002 en compañía de sus colegas María Inmaculada y Remigio, a quienes antes les pidió que la dejaran pernoctar en el mismo, se acostó en un sofá cama que ya ocupaba dormitando otro empleado: Teodosio.

4.- Más tarde, cuando Fermina se había dormido, entró el procesado: Baltasar quien también se metió en el mismo sofá cama, quedando Fermina en medio de Teodosio y Baltasar, lo que ocasionó que el primero se tirase al suelo por la incomodidad que ello le supuso, quedando solos los dos en el mismo lecho pero sumida ya Fermina en un estado de semi inconsciencia ocasionado por la ingesta de alcohol y por el propio sueño, y, en ese momento, el procesado le bajó el pantalón, comenzando a toquetearla, acto seguido le metió los dedos en la vagina y a continuación la penetró vaginalmente con su pene en más de una ocasión, varias veces, llegando a percatarse entonces Fermina, por lo que, presa de un ataque de ansiedad, se puso a gritar: "¡hijo de puta, te voy a matar", levantándose y llegando a tomar un cuchillo que había en la cocina, mientras el procesado, haciéndose el sorprendido, le espetó: "pero, ¡cari, cari!, ¿qué pasa?".

Su compañero, Remigio, escuchó los gritos y vio la escena, quien se asustó y le quitó el cuchillo de las manos a Fermina observando el estado de gran nerviosismo en el que se hallaba, y también escucharon los gritos otros dos compañeros de trabajo: María Inmaculada y Constancio, quien ya estaba durmiendo, siendo el jaleo lo que motivó que se despertase, oyendo a Fermina cómo decía que Baltasar era un violador, y cómo, dirigiéndose a él, chillaba: "hijo de puta, te voy a matar", siendo finalmente algo calmada por el primero: Remigio.

5.- Once horas después, a las 16:29 horas de ese mismo día 29 de septiembre, Fermina presentaba una tasa de alcohol de 0,92 gramos de alcohol por aire espirado."

La Audiencia hizo el siguiente **pronunciamiento**:



"CONDENAMOS al procesado Baltasar , como autor penalmente responsable de un delito de abusos sexuales, ya definido, sin que concurren circunstancias genéricas modificativas de su responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

Cuatro años y seis meses de prisión.

Accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena.

Prohibición de aproximarse a D<sup>o</sup> Fermina a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudios o

trabajo, o cualquier otro donde se encuentre, así como prohibición de comunicarse con la misma por cualquier medio escrito, informático o telemático, contacto verbal o visual, ambas prohibiciones por el plazo de ocho años, incluidos permisos penitenciarios.

Se le impone la medida de libertad vigilada durante seis años, que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión.

Se le impone el pago de costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En orden a la responsabilidad civil, condenamos al procesado Baltasar a que indemnice a Da Fermina en la cantidad de seis mil euros (6.000) en concepto de daño moral, que devengará hasta su total pago, los intereses legales del artículo 576 LEC.

Se mantienen las medidas cautelares de prohibición de aproximación y de comunicación con la víctima y cualesquiera impuestas.

Compútese si lo hubiese habido el tiempo cumplido en prisión preventiva.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber, de conformidad con lo prevenido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la misma no es firme, pudiendo interponer, a tenor del artículo 846 ter 1 de la LECrim., recurso de apelación ante este Tribunal para su resolución por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de los diez siguientes al de su notificación, conforme a los artículos 790, 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

**SEGUNDO.-** La anterior resolución fue recurrida en **apelación** (Rollo de apelación 5/2021) ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que dictó Sentencia 26/2021, de 29 de enero de 2021, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice: "...se aceptan los de la resolución impugnada en cuanto no se pongan a los siguientes."

El **Fallo** de la referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación entablado por Baltasar contra la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2020, dictada por la Sección n<sup>o</sup> 2 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento ordinario n<sup>o</sup> 1112/2018, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar ( arts. 855 y 856 LECr).

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal de **DON Baltasar** , que se tuvo 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.

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Baltasar , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**Motivo primero.-** Infracción de Ley por indebida aplicación del art. 181.3 y 4 en relación con el artículo 14, ambos del C. penal.

**Motivo segundo.-** Infracción del principio de presunción de inocencia consagrado en nuestro artículo 24 de la CE.

**Motivo tercero.-** Indebida aplicación del art. 181. 3 y 4 del C. penal, error en la valoración de la prueba.



**QUINTO.**- Es **recurrida** en la presenta causa la **acusación particular DOÑA Fermina** , que solicita la inadmisión y subsidiaria desestimación del recurso interpuesto, por las razones expuestas en su escrito de fecha 3 de junio de 2021.

**SEXTO.**- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto solicitó inadmisión y subsidiaria desestimación del mismo, por las consideraciones expuestas en su informe de fecha 11 de mayo de 2021; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.**- Por Providencia de esta Sala de fecha 1 de diciembre de 2022 se señala el día 1 de febrero de 2023 para la deliberación y decisión del presente recurso, y se acuerda dar traslado a las partes para alegaciones en relación a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, lo que se lleva a efecto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de Apelación Penal, confirmó la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que había condenado a Baltasar como autor de un delito de abuso sexual, tipificado en los apartados 3 y 4 del art. 181 del Código Penal, en la versión vigente a la fecha de los hechos, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, prohibición de aproximación y comunicación, junto a libertad vigilada, accesorias y costas, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación la representación procesal del referido acusado, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

**SEGUNDO** .- Comenzamos por analizar el segundo motivo en donde el recurrente denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TTSSJ que resuelven recursos de apelación, es verificar un control que se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la vulneración de la presunción de inocencia denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional. En nuestro caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado 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. De otro lado, la Sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediatez que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, 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.

Nuestra jurisprudencia considera que el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia autoriza a comprobar, de una parte, la existencia de prueba de cargo -lo que incluye su licitud- y, de otra, su suficiencia.

Está también fuera de duda que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el nuestro; el juicio de inferencia sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia ( STS 70/2011, de 9 de febrero).

En palabras de la STS 712/2015, de 20 de noviembre cuando dice (FJ 1°):

"No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada".



En el supuesto de autos observamos que se valoró por el tribunal prueba válida y lícita, que le ha permitido entender acreditado, resumidamente expresado, que la denunciante salió de fiesta con sus compañeros de trabajo, todos ellos desplazados desde Barcelona a Madrid, entre ellos el recurrente, y de madrugada, habiendo ingerido dicha señora (la denunciante) bebidas alcohólicas, volvieron a los apartamentos que ocupaban dichos trabajadores, y cuando dormía, el acusado se metió en el mismo sofá cama que ella ocupaba, en el que ya dormía otro compañero, de modo que la denunciante quedó entre el acusado y el otro compañero, quien entonces abandonó el sofá, estando aquélla en estado de seminconsciencia por la ingesta de alcohol y el sueño, y, en ese momento, el procesado le bajó el pantalón, comenzando a tocarla, le metió los dedos en la vagina y la penetró vaginalmente con su pene varias veces, llegando a percatarse la denunciante, quien presa de ansiedad se puso a gritar: "hijo de puta, te voy a matar", tomando un cuchillo de la cocina, mientras el acusado, haciéndose el sorprendido, le preguntó qué pasaba, escuchando gritos el otro compañero, quien quitó el cuchillo a la denunciante, acudiendo otros dos compañeros, practicándose prueba de alcoholemia a la denunciante once horas después, con resultado de 0,92 gramos de alcohol por litro de aire espirado.

Se alega en el motivo que no habría resultado acreditado el elemento subjetivo del tipo penal, esto es, el dolo requerido por la figura aplicada. Para llegar a tal conclusión, el recurrente propone que la declaración de la denunciante no es prueba suficiente de los hechos, por cuanto por las circunstancias concurrentes, la denunciante tuvo que darse cuenta de que estaba con el acusado en el sofá, y ser consciente de la conducta del recurrente.

El Tribunal Superior de Justicia tomó en cuenta la declaración testifical de la afirmada víctima, concediéndole credibilidad subjetiva y objetiva, no constatando elementos objetivos de incredibilidad "a priori", siendo evidente la total ausencia de móviles espurios, considerando coherente y persistente dicha versión a lo largo del proceso.

Asimismo, destaca la Sala "a quo" la concurrencia de corroboraciones periféricas de tal testimonio, tomando especialmente en cuenta la declaración de los compañeros de trabajo, destacando que en todos los casos se trata de testigos hábiles, todos presenciales.

Especialmente destaca el Tribunal "a quo", la reacción de la denunciante, al momento de apercebirse de la actuación del recurrente, reacción presenciada por los restantes testigos, todo lo cual lleva al tribunal a la convicción de que resulta descartable que la denunciante hubiese prestado válido consentimiento al contacto sexual, falta de aquiescencia correlativa a la alcoholemia bajo la cual se encontraba la denunciante, la cual once horas después del episodio presentaba una tasa de 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre, situación que con pleno acierto el tribunal considera incompatible con una cumplida percepción de la realidad y decisión acorde con tal conocimiento.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO** .- En el motivo tercero, se invoca error en la valoración de la prueba ( art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Sin embargo, como documentos a efectos casacionales se señalan las declaraciones testificales y del acusado, así como prueba pericial biológica (falta de presencia de esperma). Se sostiene que de las pruebas practicadas no resultaría acreditada la conducta imputada, y que de la prueba biológica no resultaría acreditada la relación sexual con el acusado. Sin embargo, se declara probado que junto a la introducción del pene del acusado, se introdujeron los dedos del acusado en la vagina en la vagina de Fermina .



En consecuencia, ni las declaraciones testificales son documentos literosuficientes, ni la prueba pericial es concluyente al respecto (pues para la introducción de sus dedos, no es precisa la prueba pericial citada), razón por la cual el motivo no puede ser estimado.

**CUARTO** .- En el primer motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la indebida aplicación del tipo del artículo 181.3 y 4 del Código Penal, y por correlativa consecuencia, indebida inaplicación del artículo 14 del mismo texto punitivo.

Se alega que el acusado actuó en la convicción de que contaba con el consentimiento de la denunciante, y que el recurrente no tuvo posibilidad alguna de saber que la denunciante no deseaba las caricias que le proporcionó. Por dichas razones, el recurrente sostiene que concurriría un error de tipo invencible del artículo 14 del Código Penal, siendo dicho error invencible ante las circunstancias expuestas. Alternativamente, se sostiene que concurriría un error vencible de tipo, procediendo una minoración de la pena, lo que no es posible en este delito, al tratarse de un delito eminentemente doloso.

El recurrente, prescindiendo del relato de hechos probados, hace un repaso de las declaraciones testificales de la denunciante y del testigo Joaquín , analiza las circunstancias concretas del hecho enjuiciado, particularmente que había dos apartamentos, uno para chicos y otro para chicas, y que habían salido de copas, introduciéndose Fermina en el apartamento de chicos, acostándose a dormir con otro compañero en el sofá del salón, Teodosio , se da también por probado que iba con una importante ingestión alcohólica, Fermina , y que el acusado se echa a dormir en tal sofá, desplazándose Teodosio al suelo, y quedándose solos, la denunciante y el acusado.

Pues, en tal estado de cosas, en el "factum" no sólo se declara probado que la denunciante no expresó el libre consentimiento que quiere ver el recurrente, sino que "expressis verbis" se declaran probados hechos claramente obstativos a la pretendida concurrencia de tal consentimiento.

En efecto, se afirma en la secuencia fáctica, que el procesado bajó el pantalón a la denunciante, que dormía en un sofá, comenzando a tocarla, metiéndole los dedos en la vagina y penetrándola vaginalmente con su pene varias veces, llegando a percatarse la denunciante, quien presa de ansiedad, se puso a gritar "hijo de puta, te voy a matar", tomando un cuchillo de la cocina, mientras el acusado, haciéndose el sorprendido, le preguntaba qué pasaba, escuchando gritos el otro compañero, quien quitó el cuchillo a la denunciante, acudiendo otros dos compañeros.

Observamos que la víctima estaba dormida en la cama junto a un tercero, y en ningún caso el acusado comunicó con ella, ni le advirtió de su presencia. El acusado no tuvo por tanto un conocimiento equivocado sobre la falta de prestación de consentimiento de la víctima.

El acusado debió percatarse de que podía prestar su consentimiento, pues estaba aturdida por la gran ingestión de bebida alcohólica. Al aprovecharse de esta circunstancia, es constitutivo, en la época de ocurrencia de los hechos, de un delito de abuso sexual.

Concretamente, los hechos probados, declaran lo siguiente:

"4.- Más tarde, cuando Fermina se había dormido, entró el procesado: Baltasar , quien también se metió en el mismo sofá cama, quedando Fermina en medio de Teodosio y Baltasar , lo que ocasionó que el primero se tirase al suelo por la incomodidad que ello le supuso, quedando solos los dos en el mismo lecho pero sumida ya Fermina en un estado de semi inconsciencia ocasionado por la ingesta de alcohol y por el propio sueño, y, en ese momento, el procesado le bajó el pantalón, comenzando a toquetearla, acto seguido le metió los dedos en la vagina y a continuación la penetró vaginalmente con su pene en más de una ocasión, varias veces, llegando a percatarse entonces Fermina , por lo que, presa de un ataque de ansiedad, se puso a gritar: "¡hijo de puta, te voy a matar!", levantándose y llegando a tomar un cuchillo que había en la cocina, mientras el procesado, haciéndose el sorprendido, le espetó: "pero, ¡cari, cari!, ¿qué pasa?".

*Su compañero, Remigio , escuchó los gritos y vio la escena, quien se asustó y le quitó el cuchillo de las manos a Fermina observando el estado de gran nerviosismo en el que se hallaba, y también escucharon los gritos otros dos compañeros de trabajo: María Inmaculada y Constancio , quien ya estaba durmiendo, siendo el jaleo lo que motivó que se despertase, oyendo a Fermina cómo decía que Baltasar era un violador, y cómo, dirigiéndose a él, chillaba: "hijo de puta, te voy a matar", siendo finalmente algo calmada por el primero: Remigio .*

5.- Once horas después, a las 16:29 horas de ese mismo día 29 de septiembre, Fermina presentaba una tasa de alcohol de 0,92 gramos de alcohol por aire espirado".

**QUINTO** .- La alegación de encontrarse bajo error de tipo no puede prosperar porque de los hechos probados no puede llegarse a la conclusión de que habría elementos suficientes para entender que el acusado creía, con fundamento, que la denunciante consentía tal relación sexual, pues lo único que se expresa es que estaba



durmiendo, en un estado de semi inconsciencia ocasionado por la ingesta de alcohol y por el propio sueño, y, en ese momento, el procesado le bajó el pantalón, comenzando a tocarla, acto seguido le metió los dedos en la vagina y a continuación la penetró vaginalmente con su pene.

De manera que no hay elemento para deducir el consentimiento para mantener una relación sexual adulta, a la vista de la situación de aturdimiento alcohólico que padecía la denunciante.

El consentimiento no se ha definido nunca en nuestra legislación histórica relativa a los delitos sexuales, pero, como declara la STS 23/2023, de 20 de enero, sabido es que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha definido el consentimiento en el art. 178 del Código Penal, bajo la siguiente fórmula legal: "Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona".

Aunque no se definiera el consentimiento, no significaba que, desde siempre, la jurisprudencia no entendiese que tal consentimiento era sustancial, como un elemento, en este caso negativo del tipo, que el agente actuara sin consentimiento de la persona agredida sexualmente, o bien bajo un consentimiento viciado por las circunstancias concurrentes derivadas de la posición del autor del hecho, significativamente provenientes de su parentesco o situación equivalente o del dominio que su posición consecuencia de una relación laboral, docente, de superioridad, de ascendencia, incluso consecuencia de un rango de edad con respecto a la víctima, que coartara a ésta su libre determinación sexual, o bien deducida de su vulnerabilidad o de su estado de inconsciencia. Estas últimas secuencias de ataques frente a la libertad sexual, fueron catalogadas como abusos sexuales, antes de la redacción actual que ofrece el legislador a partir de la citada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, mientras que los casos en que el autor actuaba contra el consentimiento de la víctima abrían la categoría de agresión sexual, siendo cometidos mediante violencia o intimidación, que era la característica que exigía tal agresión sexual.

Pero dicho esto, siempre era necesaria la concurrencia de esa ausencia de consentimiento que impregna el título que abraza estos delitos, pues lo son contra la libertad sexual, que se basan naturalmente en la inexistencia de consentimiento en la prestación del mismo para llevar a cabo acciones con contenido sexual.

La fórmula que utiliza hoy el legislador es, pues, una fórmula abierta, y que ya se tomaba en consideración, en términos similares, jurisprudencialmente, para entender concurrente el consentimiento.

Como es de ver, dicha fórmula descansa en actos: "Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona".

Por actos, se han de entender todo tipo de manifestaciones o señales de la persona que va a consentir, sea verbales o no, gestuales o situacionales, pero deben de ser considerados como explícitos.

De modo que el consentimiento se construye como positivo y concluyente, ha de ser libremente prestado (implícitamente, no viciado), y aunque no se resuelve el consentimiento para acto concreto, como sería lo deseable, la mención "la voluntad de la persona", pudiera servir a dichos efectos, o dar una pista interpretativa al respecto.

De modo que siempre se partió -y ahora también- de una inferencia: el Tribunal sentenciador extrae "en atención a las circunstancias del caso", la existencia o no de consentimiento conforme a los elementos probatorios que "expresen de manera clara la voluntad de la persona".

En consecuencia, el Tribunal sentenciador debe extraer de los elementos probatorios, si concurre en el caso enjuiciado consentimiento, o ausencia del mismo, que es uno de los elementos del tipo. En efecto, la definición del art. 178 del Código Penal se ajusta a este canon: "cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento".

La sentencia recurrida deduce, de las circunstancias del caso, que no existía consentimiento de Fermina, y que por consiguiente, se trataba de un abuso sexual, porque el acusado actuó sin violencia e intimidación y también sin consentimiento de la expresada persona, razón por la cual se configura la concurrencia del delito definido en el art. 181 del Código Penal, en la redacción vigente a la fecha de los hechos, aplicándose el apartado 4 del mismo, en tanto que hubo penetración vaginal.

Téngase en cuenta que el referido apartado 4 del art. 181 señala que "en todos los casos anteriores", cuando el abuso consista en el acceso carnal en los términos expuestos en referido precepto, la pena es la de prisión de cuatro a diez años.



El recurrente reclama subsidiariamente la aplicación del apartado 1 del art. 181 del Código Penal, conformándose con una pena de multa de 18 meses, pero no tiene en consideración que tales abusos lo son sin acceso carnal, como en este caso, razón por la cual tal pena tanto está prevista para los casos en que no exista consentimiento, por hallarse la víctima privada de sentido por la razón que sea, como para aquellos en los cuales el consentimiento está viciado por cualquier clase de prevalimiento, determinado por una relación de superioridad (psíquica, no física), que coarte la libertad de la víctima.

Aunque tal circunstancia pudiera no concurrir en este caso, es lo cierto que sí concurre la falta de consentimiento (no meramente un consentimiento viciado, también sujeto al tipo penal), como consecuencia del estado de inconsciencia a causa de las bebidas alcohólicas ingeridas por la víctima.

El motivo no puede prosperar.

**SEXTO** .- Finalmente, en punto a la aplicación de la ley más favorable, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, como han puesto de manifiesto las partes, al ser oídas al respecto, no ofrece una panorámica más favorable en este caso.

En la regulación derogada, la pena estaba comprendida entre los cuatro a los diez años. Y en el nueva, el art. 179, se establece una pena de prisión de cuatro a doce años. Luego la nueva ley no es más favorable en nuestro supuesto.

En punto a la individualización penológica, se expone en la Sentencia de primer grado jurisdiccional:

"... en atención a las circunstancias personales del acusado, entendemos que resulta proporcional una pena que no ha de ser la que se corresponde con su mínimo absoluto dado el contexto y situación en que se produjeron los hechos y dado que hubo doble acceso carnal y en reiteradas ocasiones, por lo que dentro de su mitad inferior, es decir, una horquilla que abarca de cuatro a siete años, resulta ajustado imponer una pena de cuatro años y seis meses de prisión y accesorias".

Por las razones expuestas, la pena en concreto decretada en la instancia debe mantenerse y no hay motivo para su modificación.

**SÉPTIMO** .- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a la parte recurrente ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## FALLO

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

**1º.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal del encausado **DON Baltasar** frente a la Sentencia 26/2021, de 29 de enero de 2021 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**2º.- CONDENAR** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia casacional.

**3º.- COMUNICAR** la presente resolución al Tribunal Superior de Justicia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.