



Roj: **STS 3698/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3698**

Id Cendoj: **28079120012021100750**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2021**

Nº de Recurso: **4521/2019**

Nº de Resolución: **770/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 770/2021

Fecha de sentencia: 14/10/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4521/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: MGS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4521/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 770/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García

D.^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 14 de octubre de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 4521/2019, interpuesto por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, por **Don Raúl**, representado por el procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Diego Cuellas del Pozo, contra la sentencia n.º 313/2019 de 19 de julio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en el Rollo de Sala n.º 3/2018, dimanante del Procedimiento Sumario Ordinario n.º 1/2017 procedente del Juzgado de Instrucción n.º 3 de DIRECCION000, por la que se le condenó por el delito consumado de agresión sexual. Es parte el Ministerio Fiscal y, como parte recurrida D.ª Violeta, D. Segismundo, D. Sergio y D. Teodoro, representados por el procurador D. Gabriel Francisco García Ruano y bajo la dirección letrada de D. Enrique Crespo García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción número 3 de DIRECCION000, incoó Procedimiento de Sumario Ordinario con el número 1/2007, por delito de agresión sexual, contra Raúl y, concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Granada cuya Sección Segunda dictó, en el Rollo de Sala n.º 3/2018, sentencia en fecha 19 de julio de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Probado y así lo declaramos en forma expresa que Raúl, mayor de edad, con DNI n.º NUM000 y sin antecedentes penales, en fecha comprendida entre el mes de marzo de 2013 y el mes de marzo de 2015 propuso a Basilio que le acompañase al interior del bajo-cochera propiedad del primero, sita en la CALLE000 n.º NUM001 de la localidad de DIRECCION000 para ver material de contenido pornográfico, accediendo a ello Basilio. Una vez en el interior de la cochera, Raúl, guiado por el propósito de satisfacer su deseo sexual, al tiempo que exhibía películas o fotografías de contenido pornográfico a Basilio, le practicó una felación, así como tocamientos en sus órganos genitales. Basilio fue declarado incapaz en virtud de sentencia firme de fecha 25 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 en los Autos 594/2007, y sufre DIRECCION001, teniendo reconocido un grado de discapacidad global del 60%, sumado por los factores sociales un grado de minusvalía del 68%. Su capacidad de consentimiento expreso en las relaciones sexuales se encuentra debilitada por su disfunción psíquica y de comunicación verbal, siendo fácilmente manipulable e influenciable.

En fecha no determinada del período mencionado, el procesado se encontraba frecuentemente con Teodoro por las inmediateces del bajo-cochera, y reiteradamente le invitaba a acceder al interior para ver material pornográfico. Finalmente en una ocasión, Teodoro aceptó la propuesta y entró en la cochera del procesado, donde éste exhibió sus genitales a Teodoro y, guiado por un ánimo libidinoso, le realizó una felación a Teodoro y le manoseó también sus órganos genitales.

Teodoro presenta un grado de discapacidad psíquica del 56% por DIRECCION001, déficit psíquico que merma su facultad para prestar consentimiento a las relaciones sexuales.

En el verano de 2014, el procesado pidió a Sergio que lo acompañara al bajocochera, aceptando el joven la propuesta de Raúl, quien, una vez en el interior, se bajó los pantalones y le mostró su pene a Sergio, pidiéndole que le practicara una felación, negándose a ello Sergio, y le exhibió material de contenido pornográfico. Sergio presenta DIRECCION001 en grado ligero-moderado, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para prestar consentimiento.

En fecha comprendida entre el mes de febrero y el mes de marzo de 2015, en varias ocasiones cuando Raúl se encontraba con su vecino Segismundo le solicitó a éste que lo acompañase a su cochera, accediendo a ello Segismundo. Una vez en el interior del inmueble, el procesado, actuando con el propósito de satisfacer su apetito sexual y al tiempo que exhibía a Segismundo material pornográfico, introdujo su pene en la boca de Segismundo varias veces durante esos encuentros pese a manifestarle inicialmente su oposición, penetrándolo analmente, asimismo, en uno de ellos.

Como consecuencia de tales hechos Segismundo padeció trastorno ansioso depresivo reactivo, que tras un período superior a 90 días de evolución, 30 de los cuales estuvo impedido para el desempeño de sus tareas habituales, se ha cronificado, tratándose en la actualidad de un estado secular psíquico de carácter leve.

Segismundo está afecto de DIRECCION001 y DIRECCION002, que le suponen un grado de minusvalía del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para prestar consentimiento. Fue declarado incapaz en virtud de sentencia firme de fecha 4 de febrero de 2011, dictada en el procedimiento de incapacidad n.º 398/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de DIRECCION000."

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



"Que debemos condenar a Raúl como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos, sin concurrir en ninguno de ellos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas que se dirán:

A) De un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal y anal precedentemente definido, a la PENA de NUEVE AÑOS de **PRISIÓN**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 50 metros respecto de Segismundo, así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por el mismo y prohibición de comunicarse con él, por cualquier medio directo o indirecto por tiempo de catorce años.

B) De dos delitos de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal, igualmente definidos, a DOS PENAS de SIETE AÑOS de PRISIÓN, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de cada una de las condenas, y la prohibición de aproximarse a menos de 50 metros respecto de Teodoro y Basilio así como a sus domicilio, lugares de trabajo y cualquier otro lugar frecuentados por ellos y prohibición de comunicarse con ambos, por cualquier medio directo o indirecto por tiempo de ocho años.

C) Y de un delito de exhibicionismo, también antes definido, a la PENA de SEIS MESES de PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena, y la prohibición de aproximarse a menos de 50 metros respecto de Sergio, así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por el mismo y prohibición de comunicarse con él, por cualquier medio directo o indirecto por tiempo de cuatro años.

Imponemos al condenado la pena de SIETE AÑOS de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y que consistirá en la prohibición de desempeñar actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión de cometer hechos delictivos de similar naturaleza y en la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual.

Deberá indemnizar a Segismundo, en la cantidad de 5.000 euros, a Basilio y a Teodoro en 2.000 euros a cada uno de ellos, y a Sergio en 1.000 euros, con aplicación en los tres casos de los intereses del art. 576 de la LEC. Deberá abonar, igualmente, las costas procesales.

Le será de aplicación el tiempo de privación de libertad que hubiese sufrido por esta causa."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración de los artículos 24.2 de la C.E, conforme autoriza el Art. 5.4 de la LOPJ, en lo concerniente al derecho del recurrente a la presunción de inocencia.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 apartado primero de la LECrim, por cuanto en la sentencia objeto de este Recurso no se exprese clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo.

Tercero.- Infracción del art. 849.2 de la LECrim, por haber existido error en apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador.

Cuarto.- Por infracción del art. 849.1 de la LECrim, por haber infringido preceptos de carácter sustantivo, normas jurídicas de igual contenido y jurisprudencia que la complementa que, deben ser observadas en la aplicación de la Ley Penal, dado los hechos que se declaran probados en la sentencia.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso, el Ministerio fiscal solicita la inadmisión del recurso, impugnándolo subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 13 de octubre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, D. Raúl, ha sido condenado en sentencia núm. 313/2019, de fecha 19 de julio de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en la causa tramitada por el procedimiento sumario ordinario, Rollo de la Sala núm. 3/2018, procedente del procedimiento sumario



ordinario núm. 1 de 2017 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION000 , como autor de los siguientes delitos:

1. un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal y anal, a la pena de nueve años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a menos de 50 metros respecto de Segismundo , así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por el mismo, y prohibición de comunicarse con él, por cualquier medio directo o indirecto tiempo de catorce años.

2. dos delitos de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal, igualmente definidos, a dos penas de siete años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de cada una de las condenas, y la prohibición de aproximarse e menos de 50 metros respecto de Teodoro y Basilio así como a sus domicilio, lugares de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por ellos, y prohibición de comunicarse con ambos, por cualquier medio directo o indirecto por tiempo de ocho años.

3. un delito de exhibicionismo, a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio por el tiempo de condena, y la prohibición de aproximarse a menos de 50 metros respecto de Sergio , así como a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro lugar frecuentado por el mismo y prohibición de comunicarse con él, por cualquier medio directo o indirecto por tiempo de cuatro años.

Igualmente se le impuso la pena de siete años e libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y que consistirá en la prohibición de desempeñar actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión de cometer hechos delictivos de similar naturaleza y en la obligación de someterse a programas formativos de educación sexual.

Por último, fue condenado a abonar las costas procesales y a indemnizar a Segismundo , en la cantidad de 5.000 euros, a Basilio y a Teodoro en 2.000 euros a cada uno de ellos, y a Sergio en 1.000 euros, con aplicación en los tres casos de los intereses del art. 576 LEC.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Considera que la declaración de las supuestas víctimas no puede constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental de presunción de inocencia. A su juicio, no concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente, para que dichos testimonios puedan constituirse en prueba de cargo, sin la existencia en el presente caso, de otras pruebas objetivas.

En relación a Segismundo señala que en la policía declaró que iba a la cochera bajo amenaza, mientras que en el juzgado señaló que los hechos habían ocurrido hacía catorce años. Manifestó también que no quería seguir declarando y que quería retirar la denuncia. Y en el informe médico forense se hace constar que contesta con la última pregunta que se le ha realizado. Por ello entiende que no puede darse crédito a su declaración.

Respecto a Basilio destaca que declaró que nunca ha sido amenazado por el recurrente, que siempre fue de forma voluntaria, y que no ha llegado a mantener relaciones de ningún tipo con aquel, ni tocamientos, ni relación sexual alguna. Y el Médico Forense informó que presenta una capacidad intelectual límite, en relación con la capacidad de consentimiento expreso, está plenamente capacitado para expresar su consentimiento. En relación con la validez del testimonio (credibilidad del testimonio), se manifiesta que el mismo sea probablemente creíble.

Por lo que se refiere a Teodoro señala que el mismo manifestó que hacía unos dos años consintió entrar dentro de la cochera del recurrente, llegando a tener relaciones íntimas, siendo todo esto consentido y siendo esta la única vez en que ha sucedido algo parecido. No obstante, en la grabación de la prueba preconstituida, declaró que esto fue hace mucho tiempo, no sabe determinar cuándo, pero mucho antes de empezar a trabajar. Y el informe médico forense señala que padece una discapacidad leve y con capacidad plena de prestar consentimiento. Se manifiesta que el testimonio sea probablemente creíble.

Por último, en referencia a Sergio destaca que en la declaración ante el Juez declaró que los hechos habían ocurrido una vez hace cinco años y que aparte de esa ocasión no le ha pasado nada más.

1. Conforme venimos señalando en las sentencias núm. 635/2018, de 12 de diciembre; 470/2018, de 16 de octubre; y 77/2019, de 12 de febrero, entre otras, "la presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales, tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.



Conforme se expone en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recae en la acusación, y toda duda debe beneficiar al sospechoso o acusado. Se vulneraría la presunción de inocencia si la carga de la prueba se trasladase de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Además, aquéllas deben ser iuris tantum y, en cualquier caso, solo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.

En consonancia con ello, el artículo. 6.1 de la referida Directiva establece que los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación. Esta disposición se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del juez o tribunal competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

A nivel nacional, el derecho a la presunción de inocencia está reconocido, con carácter de fundamental y rango constitucional, en el artículo 24.2 de la Constitución Española ("Todos tienen derecho...a la presunción de inocencia").

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), 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 Juzgador 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 delictivo 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 sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; 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 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de inmediación."

2. En el supuesto examinado la sentencia recoge una valoración expresa, detenida y detallada de las pruebas de cargo. De esta manera el Tribunal parte de la propia declaración del acusado de la que colige una serie de hechos que el recurrente no cuestiona: que conocía a las cuatro víctimas de las que ofreció datos sobre algún aspecto de sus personalidades; que conocía su "capacidad especial" y que los cuatro habían mantenido con él conversaciones en los que se trató de temas de índole sexual. Conocía también que todos asistían a un centro de discapacitados (APROSMO) cerca de su domicilio. Con Segismundo reconoció tener mayor relación, incluso una denuncia antigua que luego fue retirada. La pericial Médico Forense puso de manifiesto



que, a diferencia de las víctimas, el acusado tenía sus facultades superiores conservadas y que no presentaba ningún síntoma psicopatológico que evidenciara la pérdida de contacto con la realidad.

Aunque negó que ninguno de los cuatro afectados hubiera tenido acceso a la cochera de su propiedad donde éstos se sitúan los hechos, el Tribunal razona porqué llega a conclusión distinta. Atiende para ello al testimonio de D.^a Guillerma , hermana de Segismundo , quien manifestó que había visto a los cuatro en diversos momentos y situaciones salir de la cochera del acusado, abrochándose o arreglándose la ropa. En el caso de su hermano, además, al ser preguntado por ella, le manifestó lo que había ocurrido en el local. En este mismo sentido comprobó el Tribunal la realidad de este hecho a través de los testimonios de las víctimas quienes coincidieron acerca de del mobiliario que había dentro del local y de sus dimensiones, coincidiendo incluso en determinados casos con los datos ofrecidos por el propio procesado. Destaca el Tribunal el informe Médico Forense sobre la credibilidad los testimonios de las víctimas y su inhabilidad intelectual para ponerse de acuerdo con el fin de perjudicar al procesado.

También ha analizado el Tribunal la declaración prestada por cada una de las víctimas, describiendo con detalle su estancia en la cochera del acusado y lo que allí ocurría.

En relación a Segismundo el Tribunal ha analizado expresamente la queja del recurrente, rechazándola, atendiendo para ello al contenido íntegro de todas las declaraciones prestadas a lo largo del procedimiento, y entendiendo que por el hecho de que contestara con la última pregunta que se le ha realizado deba invalidarse su testimonio. Excluye contradicciones en lo declarado en los distintos momentos. En consonancia con ello comprueba que su testimonio fue considerado por los forenses como probablemente creíble. Igualmente, ha valorado la limitación de su capacidad para prestar consentimiento y su orientación sexual, circunstancias puestas de manifiesto por los especialistas quienes estiman que todo ello podría facilitar al procesado acceder a él con menores esfuerzos persuasorios. Junto a todo ello valora la vecindad existente entre procesado y víctima, lo que permitiría al primero mantener contacto con él en repetidas ocasiones.

Por lo que se refiere al testimonio prestado por Basilio el Tribunal ha tenido en consideración que su nivel de minusvalía es del 68% y su escasa capacidad de expresión oral lo que puede explicar que no supiera precisar cuándo ocurrieron los hechos. En todo caso constata que los situó, tanto en la Policía como en el Juzgado, pocos días antes de esas comparecencias. Igualmente se refiere el Tribunal al informe pericial que considera que su disfunción psíquica le hace ser fácilmente influenciado y manipulable a la hora de prestar el consentimiento para tener relaciones sexuales. Ello no obstante, Antonio había manifestado haber mostrado su oposición al procesado a realizar los actos sexuales.

Tampoco coincide el Tribunal con el recurrente en relación a Teodoro . Frente a las alegaciones efectuadas por aquel, la Audiencia no ha advertido contradicción alguna entre lo declarado a presencia judicial y lo que contó en su día a la policía. Igualmente ha valorado el informe Médico Forense que pone de manifiesto que su capacidad para prestar consentimiento expreso para mantener relaciones sexuales está muy mediatizada y es fácilmente manipulable, lo que puede explicar que no manifestase al procesado oposición alguna a llevar a cabo los actos descritos.

Y respecto a Sergio , comprobó también el Tribunal a través del informe Médico Forense su limitada aptitud para prestar el consentimiento a realizar actos sexuales. Por éste se explicó que el procesado le mostró material pornográfico, le exhibió sus órganos sexuales y le solicitó que le practicara una felación a lo que se negó.

Todo ello pone de manifiesto cómo el Tribunal de instancia ha procedido a realizar una valoración ponderada, racional y razonable de todas las pruebas lícitas practicadas con la intervención de las partes, analizando una por una, tanto las aportadas por las acusaciones como también por la defensa. No se ha limitado a examinar el testimonio de los menores, sino que ha tenido a su alcance y ha analizado otras pruebas que corroboran sus afirmaciones. Así ha tomado en consideración la declaración prestada por el propio acusado y por la hermana de Segismundo ; también ha valorado los informes periciales en los términos que han sido expuestos. Igualmente ha valorado el informe de los especialistas sobre la credibilidad y capacidades de los afectados, encontrando sus testimonios como probablemente creíbles, así como sobre la inhabilidad intelectual de las cuatro víctimas para ponerse de acuerdo para perjudicar al acusado. El propio testimonio de cada uno de ellos corrobora el de los demás al coincidir básicamente en el tipo de actos de contenido sexual que el acusado practicaba con ellos y las características del local donde los hechos tuvieron lugar.

Se corrobora de esta manera que el Tribunal también ha ofrecido una explicación lógica de los motivos que le asisten para alcanzar las conclusiones que expresa en la sentencia, llegando a tal conclusión a través de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditada la participación del acusado en los hechos por los que ha resultado condenado; pruebas que, además, han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios



lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal a partir de las circunstancias relatadas. Se trata en definitiva de una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada, careciendo esta Sala de casación de motivos para invalidarla.

En los términos ya expuestos, esta Sala viene señalando de forma reiterada (auto núm. 1133/2018, de 6 de septiembre, con expresa remisión a la sentencia 689/2014, de 21 de octubre) que "el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo", como, en efecto, sucede en el caso que nos ocupa. Continúa el citado auto señalando que "en cuanto a la tesis alternativa planteada por el recurrente, hemos afirmado en numerosos precedentes (STS 636/2015, de 21 de octubre, entre otras), que nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba", al igual que sucede en el presente caso, de conformidad con lo expuesto en los párrafos precedentes.

Así las cosas, el motivo no puede acogerse.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se articula por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECrim, al no expresar la sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo.

Sin embargo, su desarrollo nada tiene que ver con el quebrantamiento de forma por el que se formula el motivo. Lo que pone de manifiesto a lo largo del mismo es su discrepancia con la valoración de la prueba pericial llevada a cabo por el Tribunal.

Reiterada doctrina de esta Sala ha entendido (sentencia núm. 140/2010, de 23 de febrero) "que la sentencia debe anularse, prosperando, por lo tanto, este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras sentencias núm. 471/2001, de 22 de marzo; 1144/2001, de 31 de julio; 1181/2001, de 19 de julio; 1610/2001, de 17 de septiembre y 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación.

Sin embargo, este motivo, incluido legalmente entre los que dan lugar a la anulación de la sentencia por quebrantamiento de forma, no permite integrar el hecho probado con otros aspectos fácticos que, según el recurrente hayan quedado probados, y que considere de interés a su posición. La valoración de la prueba no corresponde a las partes, sino al Tribunal de instancia. En consecuencia, la redacción del hecho probado se efectúa por el Tribunal expresando en el mismo los aspectos del hecho que hayan quedado probados, según aquella valoración, y que sean relevantes para la subsunción, pudiendo excluir aquellos que considere intrascendentes. En este sentido es exigible que describa claramente aquello que después es objeto de la calificación jurídica.

Las pretensiones de modificación del relato fáctico solo podrán encauzarse a través de un motivo formalizado por error de hecho en la apreciación de la prueba, desde la perspectiva de la acusación, o, además, a través de la alegación de la presunción de inocencia, desde la óptica de la defensa.

Pero, en todo caso, la estimación de un motivo por falta de claridad con apoyo en el artículo 851.1º de la LECrim, nunca daría lugar a una rectificación del relato fáctico y a la sustitución de los hechos que declaró probados el Tribunal de instancia por otros diferentes."

2. En el caso de autos, el recurrente pretende una relación de hechos exhaustiva, ensanchando el relato efectuado por el Tribunal de instancia para introducir cuestiones que, a su parecer, debieron ser incluidas en la relación fáctica de la sentencia.

El relato de hechos contenido en la sentencia es perfectamente coherente e inteligible. El Tribunal no ha declarado probados hechos que eran pretendidos por el recurrente porque no los considera acreditados en



los términos que han sido expuestos en el anterior fundamento de derecho. Tampoco existen incongruencias entre el relato de hechos probados y la argumentación contenida en la fundamentación jurídica. La sentencia es clara en los hechos probados, los que relata de forma precisa en los aspectos relevantes sobre los que correspondía decidir, llegando a continuación a la conclusión de que dichos hechos no son subsumibles en calificación de los mismos que es pretendida por el recurrente.

El motivo, por ello, no puede prosperar.

CUARTO.- El tercer motivo de su recurso lo encauza procesalmente el recurrente a través de lo dispuesto en el art. 849.2 LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Estima el recurrente que el Tribunal ha cometido un error al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjo.

Señala que el hecho probado de la sentencia expresa que la capacidad de Basilio para dar su consentimiento expreso en las relaciones sexuales se encuentra debilitada por su disfunción psíquica y de comunicación verbal, siendo fácilmente manipulable. Frente a ello sostiene que el informe médico forense claramente expresa que Don Basilio tiene comprensión absoluta de los hechos, y está capacitado plenamente de expresar su consentimiento y que su capacidad de controlar los impulsos sexuales no defiere de la media de la población.

En relación con Teodoro, la sentencia declara probado que el mismo tiene un déficit psíquico que merma su facultad para prestar consentimiento o a las relaciones sexuales, lo que contradice una vez más el informe médico, que claramente determina que D. Teodoro tiene capacidad plena para prestar el consentimiento. Igualmente, la declaración que efectúa la sentencia en el sentido de que los hechos se han producido en el "mismo período de tiempo" es contrario a lo declarado por D. Teodoro en la prueba preconstituida donde señaló que los hechos se han producido hace mucho tiempo.

Respecto a los hechos declarados probados en relación con Segismundo, indica que en la testifical preconstituida manifestó que eso pasó cuando él tenía 14 años, siendo incapaz de responder que cuándo fue la última vez. Frente a ello, en el informe médico forense se indica que en las preguntas semidirigidas, Segismundo responde repitiendo la última palabra de lo preguntado, hecho este que provoca dudas a la hora de evaluar lo relatado, siendo indicativo de la sugestionabilidad sobre lo manifestado. Y en el acto del juicio oral el médico forense manifestó que tenía un vínculo afectivo con Raúl y que su tendencia es homosexual, que estas personas también tienen deseo sexual y que el consentimiento sí pudo ser libre.

1. Respecto del motivo de casación por error en la apreciación de la prueba esta Sala (sentencias núm. 936/2006, de 10 de octubre, 778/2007, de 9 de octubre y 424/2018, de 26 de septiembre), viene exigiendo "para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001, de 19 de julio- el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el Tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos: 1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como literosuficiente, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para



evidenciar el error; y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial" (STS 310/2017, de 3 de mayo)."

2. Los documentos citados por el recurrente carecen de la condición de literosuficiencia. Su lectura no conduce de forma inequívoca a la conclusión de que el Juzgador haya valorado erróneamente la prueba.

Reiterada la Jurisprudencia de esta Sala admite excepcionalmente la virtualidad de los informes periciales para modificar los hechos, cuando: a) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere su sentido originario; o b) cuando se cuenta sólo con dicho dictamen, o dictámenes coincidentes, y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. El informe, en suma, ha de patentizar el error denunciado, no estar contradicho por otras pruebas y ser relevante para la resolución del caso.

Sin embargo, los informes que indica la defensa no se encuentran tampoco en ninguno de estos casos.

De esta forma, los peritos que elaboraron tales informes comparecieron en el acto del juicio oral y fueron sometidos a la contradicción de las partes y a la intermediación del Tribunal, quien los ha analizado y valorado junto a los testimonios de los afectados y el de la hermana de uno de ellos.

El informe médico pericial destaca que Don Basilio presenta un DIRECCION003 compatible con un DIRECCION001 en grado ligero-moderado, existiendo una agravante que impide aún con mayor firmeza la capacidad para emitir consentimiento como es su imposibilidad de comunicación verbal que sumado al DIRECCION001 merman en gran medida su adaptación y capacidad de comunicación social, lo que sin lugar a dudas es visible para cualquier persona que establezca relación con él. En el acto del juicio señalaron que su edad mental se situaba entre los 4 y los 6 años.

Respecto a D. Teodoro los peritos han informado que presenta un DIRECCION003 compatible con un DIRECCION001 en grado ligero-moderado. Teniendo además en cuenta su personalidad estimaron que es influenciable y manipulable en relación a la capacidad de consentir en el ámbito de la esfera sexual y otros aspectos de su personalidad. Su edad mental estaría entre los 10 y 12 años.

En relación a Segismundo informaron que tenía un trastorno cuya característica principal en la detención o evolución deficitaria o incompleta del desarrollo psíquico, lo que se traduce en un deterioro de las funciones del psiquismo, y entre ellas, como más relevante, de la capacidad intelectual, resultante global de funciones cognitivas, del lenguaje y de la socialización. No solo tiene una menor inteligencia, sino que sufrir un deterioro en la capacidad de adaptación en general. Las alteraciones psicopatológicas que surgen en esos estados deficitarios son principalmente enlentecimiento del desarrollo, siendo lo más característico los déficit intelectual y cognitivo global, con disminución o incluso pérdida en las capacidades de conocer, comprender, discriminar, la capacidad de juicio crítico, aumento de la sugestionabilidad y disminución de control de impulsos e instintos, inmadurez afectiva y emocional. Era el más afectado de los cuatro. La relación con el acusado le hace más difícil salir de la situación.

En definitiva, los documentos que cita el recurrente contienen información contradictoria con el resultado de otras pruebas que el Tribunal ha resuelto, valorando y relacionando tales informes con otros elementos de prueba obtenidos en el acto del juicio oral en los términos que ya han sido expuestos en fundamento de derecho segundo de la presente resolución, razón por la que los mencionados documentos en ningún caso tienen aptitud suficiente para modificar el fallo.

Aun cuando el recurrente discrepe con las conclusiones alcanzadas por la Audiencia, los razonamientos que se expresan en la sentencia se ajusten a las reglas de la lógica y son ajenos al error que se denuncia en el motivo examinado, que en consecuencia debe ser rechazado.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art. 181.1, 2, 4 y 5 CP.

Señala que en el delito de abuso sexual el elemento esencial e imprescindible es el consentimiento. Es necesario el cumplimiento de dos condiciones para que se presuma la falta de consentimiento: que el sujeto pasivo padezca un DIRECCION003 y que el culpable abuse de aquel padecimiento. Además, el trastorno debe imposibilitar comprender y valorar el significado de la acción sexual realizada y comportarse con arreglo a dicha comprensión.



Indica a continuación que los informes médico forenses que obran en los autos expresan claramente que tanto Basilio, como Teodoro disponen de capacidad suficiente para la comprensión de los actos sexuales y de prestar consentimiento expreso.

Muestra de esta forma su discrepancia con la calificación que se hace en la sentencia recurrida al subsumir las conductas (un delito por cada víctima), en el tipo penal del art. 181.1, 2, 4 y 5 CP, al basarse en que el consentimiento de las víctimas se obtuvo prevaliéndose el acusado de una superioridad manifiesta que coartó su libertad. No existe a su entender ausencia del consentimiento, ni tampoco se ha obtenido con abuso de superioridad manifiesta, ya que, según el informe médico, el acusado sufre crisis DIRECCION002 generalizadas, tiene una discapacidad de 64% y una minusvalía de 71%, superior incluso a la de las supuestas víctimas.

1. El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que "este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

En análogos términos se pronuncia la sentencia de esta Sala 842/2014, de 10 de diciembre, que, con referencia a otras sentencias (SSTS 8/3/2006, 20/7/2005, 25/2/2003, 22/10/2002; ATC 8/11/2007), señala que "el motivo formulado al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación-conforme lo previsto en el art. 884. 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal."

2. Teniendo en cuenta la anterior doctrina, debemos atenernos al relato fáctico de la sentencia impugnada, en el que se declara que:

" Raúl, mayor de edad, con DNI n.º NUM000 y sin antecedentes penales, en fecha comprendida entre el mes de marzo de 2013 y el mes de marzo de 2015 propuso a Basilio que le acompañase al interior del bajo-cochera propiedad del primero, sita en la CALLE000 n.º NUM001 de la localidad de DIRECCION000 para ver material de contenido pornográfico, accediendo a ello Basilio. Una vez en el interior de la cochera, Raúl, guiado por el propósito de satisfacer su deseo sexual, al tiempo que exhibía películas o fotografías de contenido pornográfico a Basilio, le practicó una felación, así como tocamientos en sus órganos genitales. Basilio fue declarado incapaz en virtud de sentencia firme de fecha 25 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 en los Autos 594/2007, y sufre DIRECCION001, teniendo reconocido un grado de discapacidad global del 60%, sumado por los factores sociales un grado de minusvalía del 68%.- Su capacidad de consentimiento expreso en las relaciones sexuales se encuentra debilitada por su disfunción psíquica y de comunicación verbal, siendo fácilmente manipulable e influenciable.

En fecha no determinada del período mencionado, el procesado se encontraba frecuentemente con Teodoro por las inmediateces del bajo-cochera, y reiteradamente le invitaba a acceder al interior para ver material pornográfico. Finalmente, en una ocasión, Teodoro aceptó la propuesta y entró en la cochera del procesado, donde éste exhibió sus genitales a Teodoro y, guiado por un ánimo libidinoso, le realizó una felación a Teodoro y le manoseó también sus órganos genitales.

Teodoro presenta un grado de discapacidad psíquica del 56% por DIRECCION001, déficit psíquico que merma su facultad para prestar consentimiento a las relaciones sexuales.

En el verano de 2014, el procesado pidió a Sergio que lo acompañara al bajo-cochera, aceptando el joven la propuesta de Raúl, quien, una vez en el interior, se bajó los pantalones y le mostró su pene a Sergio, pidiéndole que le practicara una felación, negándose a ello Sergio, y le exhibió material de contenido pornográfico. Sergio presenta DIRECCION001 en grado ligero-moderado, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para prestar consentimiento.



En fecha comprendida entre el mes de febrero y el mes de marzo de 2015, en varias ocasiones cuando Raúl se encontraba con su vecino Segismundo le solicitó a éste que lo acompañase a su cochera, accediendo a ello Segismundo. Una vez en el interior del inmueble, el procesado, actuando con el propósito de satisfacer su apetito sexual y al tiempo que exhibía a Segismundo material pornográfico, introdujo su pene en la boca de Segismundo varias veces durante esos encuentros pese a manifestarle inicialmente su oposición, penetrándolo analmente, asimismo, en uno de ellos. (...)

Segismundo está afecto de DIRECCION001 y DIRECCION002, que le suponen un grado de minusvalía del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para consentimiento. Fue declarado incapaz en virtud de sentencia firme de fecha 4 de febrero de 2011, dictada en el procedimiento de incapacidad nº 398/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000."

3. En el caso de autos, el cauce del artículo 849.1 elegido por el recurrente es erróneo. Los hechos probados de la sentencia recurrida consideran acreditado que el acusado realizó las conductas que se describen aprovechando el déficit mental que presentaban sus víctimas.

La sentencia recurrida ha calificado los hechos como constitutivos de tres delitos de abuso sexual del art. 181.1, 2, 4 y 5 en relación con el art 180.1, 3º CP. Nos encontramos ante un supuesto en el que se produjeron al menos tres accesos carnales con penetración bucal y además un acceso con penetración anal en el caso de Segismundo. Junto a ello, el Tribunal ha constatado un DIRECCION003 en las víctimas que estima les impidió prestar verdadero y auténtico consentimiento.

El recurrente se limita a discutir la capacidad de las víctimas para consentir los actos sexuales. Señala también que el consentimiento no se ha obtenido con abuso de superioridad manifiesta, ya que según el informe médico, sufre crisis DIRECCION002 generalizadas, tiene una discapacidad de 64% y una minusvalía de 71%, superior incluso a la de las supuestas víctimas.

El tipo penal contemplado en el artículo 181.2 equipara a prácticas sexuales no consentidas las que se realizan abusando del DIRECCION003 sufrido por las personas sobre las que se realizan. Es la incapacidad de consentir la que justifica la sanción penal. En estos supuestos se aprovecha la situación de la víctima para obtener un consentimiento viciado, y por tanto inválido (STS núm. 411/2014, de 26 de mayo).

En el supuesto de autos, ya se han expuesto en el fundamento anterior las conclusiones ofrecidas por los Médicos Forenses sobre cada uno de las víctimas. En consonancia con ello, el Tribunal declara probado que: " Teodoro presenta un grado de discapacidad psíquica del 56% por DIRECCION003, déficit psíquico que merma su facultad para prestar consentimiento a las relaciones sexuales", " Sergio presenta DIRECCION001 en grado ligero-moderado, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para prestar consentimiento." y " Segismundo está afecto de DIRECCION001 y DIRECCION002, que le suponen un grado de minusvalía del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para consentimiento. Fue declarado incapaz en virtud de sentencia firme de fecha 4 de febrero de 2011".

Tales trastornos, conforme informaron los Médicos Forenses, determinan que el consentimiento de las víctimas se encuentre viciado. Existe una desigualdad en la que las víctimas tienen disminuida su capacidad de consentir, siendo fácilmente manipulables.

Aparece además acreditado que en el Sr. Raúl no se han detectado signos ni síntomas psicopatológicos de un DIRECCION003, teniendo intactas las capacidades intelecto volitivas de la imputabilidad, manteniendo contacto con la realidad y adecuando su voluntad a ella. Por ello era consciente de la discapacidad de sus víctimas, fácilmente detectable para una persona con sus capacidades mentales conservadas. Y se aprovechó de ello para obtener un consentimiento viciado (y en consecuencia nulo) para realizar con ellas los actos sexuales que se describen en ellos hechos probados.

4. No obstante, resulta discutible la agravación contemplada en el artículo 180.1.3ª CP. Conforme al citado precepto, ésta tiene lugar "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación salvo lo dispuesto en el artículo 183".

Como exponíamos en la sentencia núm. 709/2020, de 18 de diciembre, reiterada doctrina de esta Sala viene señalando cómo el fundamento de dicha agravación no está en la falta o limitación del consentimiento de la persona ofendida, sino en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual.

Así, señalábamos en la sentencia núm. 1113/2009, de 10 de noviembre, que "la ratio de este precepto legal consiste, pues, en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad o situación, (...), y también radica en la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias.



En el mismo sentido, decíamos en la sentencia núm. 709/2005, de 7 de junio, que la especial vulnerabilidad se debe apreciar cuando la situación en la que se produce la agresión hace prácticamente imposible la defensa de la víctima y en las sentencias núm. 131/2007, de 16 de febrero y 203/2013, de 7 de marzo, que el concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor.

En esta misma sentencia, núm. 131/2007, explicábamos que "El concepto de "situación" debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad y enfermedad)." Con referencia expresa a la sentencia núm. 695/2005, de 1 de junio, indicaba que "(...) es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad (...) o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la "situación", patente una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima, en definitiva esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual.

En todo caso, es preciso un estudio individualizado caso a caso para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in idem" al valorarse una misma circunstancia o modus operandi dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico del art. 178, y otra para cualificarlo como subtipo agravado del acuerdo 180.1.3ª."

En nuestro caso, si atendemos al relato fáctico de la sentencia dictada por la Audiencia, en la misma se describe la conducta que el acusado desplegó frente sus víctimas, expresando a continuación la discapacidad que sufre cada una de ellas.

La cuestión, pues, se concreta en determinar si las circunstancias fácticas que se declaran probadas son suficientes para apreciar tanto la falta de consentimiento derivada de la falta de capacidad de la víctima (art. 181.2 CP) como la especial vulnerabilidad (art. 180.1.3ª CP). Para ello debemos tener en cuenta que la expresión utilizada por el precepto legal resulta genérica y vaga en exceso, por lo que debe ser interpretada en un contexto agravatorio. Ello nos conduce lógicamente a efectuar una interpretación de carácter restrictivo, debiéndose resolver cualquier duda en el sentido de excluir la estimación de la circunstancia exasperativa.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, del relato de hechos probados que efectúa la sentencia, no se desprende que las víctimas se encontraran en situación que les hiciera especialmente vulnerables.

Tampoco lo expresa el Tribunal en la fundamentación jurídica de la sentencia, en la que justifica la aplicación de ambos preceptos refiriendo que "las conductas que se describen en los hechos de esta sentencia no se dan entre personas iguales, sino entre una que no tiene en absoluto limitada su inteligencia y voluntad y otras cuatro que, según la pericial forense, son fácilmente accesibles en lo que a la sexualidad concierne porque teniendo las mismas necesidades sexuales que quienes no están psicológicamente limitados encuentran serios obstáculos sociales para llevar a término la satisfacción de su propio deseo sexual con terceros.- Si bien, consideramos, no hay inconveniente en reputar atípicas (según que casos) las prácticas sexuales que las personas con capacidad diferente mantengan entre ellas, sí estimamos penalmente reprobables las que perpetra un individuo normal cuando como ocurre en este caso, se aprovecha (abusa) de una mayor aptitud para entender las cosas y querer hacerlas y las realiza con quienes no son capaces de controlar sus impulsos naturales por carecer de habilidad natural a tales efectos.- No es una cuestión de índole moral sino jurídica; una sociedad que persigue la normalización de las personas con capacidad diferente y pretende integrarlas en su seno ofreciéndoles educación y trabajo fuera del ámbito familiar no puede amparar conductas que atenten contra su dignidad y el desarrollo normal de su personalidad".

Mas allá del debilitamiento, merma o dificultad para prestar libremente su consentimiento a la relación sexual de cada una de las víctimas como consecuencia del grado de discapacidad que presentaban, la sentencia no expresa circunstancia adicional alguna de la que se infiera un plus de antijuridicidad que configura el tipo agravado comentado, por lo que su aplicación en el presente caso vulnera el principio non bis in idem.

Ello nos lleva a estimar el motivo.

SEXTO.- La estimación del recurso formulado por D. Raúl conlleva a declarar de oficio las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del artículo 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



1) **Estimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de **D. Raúl** , contra la sentencia n.º 313/2019 de 19 de julio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en la causa Rollo de Sala n.º 3/2018, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2º) **Declarar** de oficio las costas correspondientes al recurso formulado por D. Raúl .

3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 4521/2019

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.ª. Susana Polo García

D.ª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 14 de octubre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación número 4521/2019, en la causa con origen en las diligencias de Sumario número 1/2017, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de DIRECCION000 , seguida por delitos de abuso sexual y exhibicionismo contra el hoy recurrente en casación D. Raúl , con DNI n.º NUM000 , nacido en DIRECCION000 el día NUM002 de 1962, hijo de Fidel y de Edurne , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia condenatoria el 19 de julio de 2019, en el Procedimiento Sumario Ordinario n.º 3/2018, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados en el fundamento jurídico quinto de los de la resolución que precede, procede excluir la apreciación de la modalidad agravada del art. 180.1.3ª CP.

En orden a la determinación de la pena, no concurriendo circunstancias atenuantes ni agravantes, el artículo 66.1.6ª del Código Penal permite recorrer la pena en toda su extensión, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.



En el presente caso, atendiendo a las mismas circunstancias valoradas por el Tribunal de instancia para proceder a la individualización de las penas, éstas han de ser impuestas en extensión de siete años por el delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal y anal y en extensión de cuatro años por cada uno de los dos delitos de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

EXCLUIR la apreciación de la modalidad agravada del art. 180.1.3ª CP en el delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal y anal y en los dos delitos de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal, por los que ha sido condenado D. Raúl .

CONDENAR a D. Raúl , como autor de un delito un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal y anal a la pena de siete años de prisión; y como autor de dos delitos de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal, a la pena de cuatro años de prisión por cada uno de ellos.

CONFIRMAR, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 19 de julio de 2019 en el Rollo de Sala número 3/2018.

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

Así se acuerda y firma.