



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia de 4 de junio de 2014*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 2188/2013*

#### **SUMARIO:**

**Abuso sexual. Incapaces. Non bis in idem. Declaration del imputado. Responsabilidad civil derivada de delito: Contenido.** Si la enfermedad de la víctima, como puede ser un retraso mental fácilmente detectable, ha sido tenida en cuenta como hecho consustancial y determinante para considerar viciado su consentimiento, que es la esencia del tipo básico de abuso sexual (art. 181.2 CP), no es posible tener en cuenta dicho sustrato fáctico para aplicar el subtipo agravado de abuso sexual previsto en el artículo 180.1.3ª del CP sin infringir el principio de legalidad que proscribiera el «non bis in idem». La declaración inculpativa prestada por el acusado en dependencias de la Guardia Civil no ratificada a presencia judicial, aunque intervengan en el juicio los agentes que intervinieron en el interrogatorio, carece de valor probatorio en toda su amplitud, es decir, como prueba en sí misma y como indicio, por lo que debe quedar excluida también de entre el acervo de elementos de corroboración respecto a la declaración de la víctima. Respecto a la cuantificación de la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, únicamente se permite el control en casación en el supuesto de que se pongan en discusión las bases o los diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 109, 110, 180.1.3.º, 181.2 y 182.2.  
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.º.

#### **PONENTE:**

*Doña Ana María Ferrer García.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Junio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los condenados Juan Carlos y Pedro Miguel contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra en fecha 10 de Junio de 2013; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana María Ferrer García; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando los recurrentes representados por los Procuradores de los Tribunales D. Miguel Torres Álvarez y Dª. Natalia Martín de Vidales, y defendidos por los Letrados D. Jesús Santaló Ríos y D. Carlos Bermejo Fernández



## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Cangas instruyó Sumario con el número 5/2009 y una vez concluso fue elevado a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra que, con fecha 10 de junio de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" ÚNICO.- Probado y así se declara que en fechas no determinadas, entre 2005 y 2007, los procesados, Artemio , nacido el NUM000 /1974, mayor de edad y sin antecedentes penales; Juan Carlos ; nacido el NUM001 /1980, mayor de edad y sin antecedentes penales; y Pedro Miguel , nacido el NUM002 /1979, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvieron al menos en tres ocasiones, relaciones sexuales con penetración con la menor Lidia , nacida el NUM003 /1992, y que padece un retraso mental moderado desde su nacimiento, que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual.

En concreto en una ocasión entre el 2005 y el 2006, los acusados llevaron a Lidia a una cabaña, sita en la localidad de Vilaboa, propiedad de los tíos de Juan Carlos y allí le quitaron la ropa y procedieron los tres a mantener relaciones sexuales con ella, con penetración, para al finalizar amedrentarla con darle "unas hostias" si ella contaba lo ocurrido.

En una segunda ocasión, ocurrida unos meses después, los tres acusados volvieron a introducirla en un vehículo y volvieron a llevarla a la cabaña para mantener relaciones sexuales con ella, con idéntico amedrantamiento hacia Lidia

En una tercera ocasión la llevaron a la casa de Artemio y allí procedieron a mantener relaciones sexuales con penetración los tres, controlando que no los viera nadie, y asustándola para que no contara nada a nadie ".

### Segundo.

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a Artemio en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración, previsto y penado en el art. 182.2º, en relación con el art. 180-1 , 3º, el art. 181-2 º y art. 74 del Código Penal , no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procede imponerle la pena de 9 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, asimismo deberá abonar el pago de 1/3 de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Juan Carlos en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración, previsto y penado en el art. 182.2º, en relación con el art. 180-1 , 3º, el art. 181-2 º y art. 74 del Código Penal , no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procede imponerle la pena de 9 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, asimismo deberá abonar el pago de 1/3 de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Pedro Miguel en concepto de autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración, previsto y penado en el art. 182.2º, en relación con el art. 180-1 , 3º, el art. 181-2 º y art. 74 del Código Penal , no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procede imponerle la pena de 9 años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

durante el tiempo que dure la condena, asimismo deberá abonar el pago de 1/3 de las costas procesales.

Los tres procesados indemnizarán conjunta y solidariamente a Lidia en la cantidad de 60.000 euros, cantidad que devengará el interés del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."

#### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó por la representación procesal de Pedro Miguel recurso que se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución en relación al deber de motivación de las resoluciones judiciales contenido en el art. 120.3 de la carta magna . Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con prescripción de indefensión en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución respecto de la inadmisión de la prueba pericial propuesta por esta parte en nuestro escrito de defensa consistente en que con carácter anticipado a la celebración del Juicio Oral se autorizase al examen de Lidia por Perito Especialista en Psicología y/o Psiquiatría designado por esta parte, a los fines de la emisión del correspondiente informe comprensivo de sus conclusiones acerca del grado de credibilidad del testimonio ofrecido por la víctima y de la capacidad de la misma para situarse en el tiempo. Tercero.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración la presunción de inocencia recogida en el art. 24.2 de la Constitución Española . Cuarto.- Al amparo del art. 849.1º LECr , por indebida aplicación a los hechos declarados probados del art. 181-2º

#### **Cuarto.**

Por la representación procesal del condenado Juan Carlos se preparó recurso que se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero A) Al amparo del art. 852.LECr . y 5-4º LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE . VULNERACIÓN DERECHO A PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Segundo.- Se articula el presente motivo, al amparo del art. 849-2º LECr . por error en la valoración de la prueba, citando al efecto el informe pericial psicológico de la Universidad de Santiago de Compostela de fecha 15/04/08 y el forense de 24/07/09 obrantes en autos, en relación con el hecho declarado probado (HP único, párrafo primero in fine) " y que padece un retraso mental moderado desde su nacimiento, que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual". Tercero.- Al amparo de los arts. 849-1 , 852 LECr y 5-4º LOPJ por infracción del art. 24-1 y 2 CE al vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se pueda producir indefensión por falta de motivación suficiente. Cuarto.- A) Al amparo del art. 849,1 LECr . por aplicación indebida de los arts. 180,1-3 º , 181-2 º , 182-2 º y 74 CP . B) Con idéntico amparo procesal se articula el presente submotivo al considerar que no concurre un elemento esencial en este tipo delictivo, cual es el comocimiento por parte de mi comitente de la situación de Lidia . C) Un tercer submotivo con el mismo amparo se articula al considerarse indebidamente aplicados los arts. 18-2 º , 180.1-3º y el 181-2º CP . Vulneración del principio non bis in idem. Quinto.- Al amparo del art. 849-1º LECr . por vulneración de los arts. 109 , 110 y ss. CP .

#### **Quinto.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 3 de marzo de 2014, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujo, interesó el apoyo parcial al motivo cuarto del recurrente D. Juan Carlos y motivos cuarto y quinto del recurrente D. Pedro Miguel , oponiéndose a la admisión del resto de los motivos aducidos, que se impugnan en su caso.

**Sexto.**

Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**Séptimo.**

Hechos el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de Mayo de 2014.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**

La sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra el 10 de junio de 2013 , condenó a los recurrentes Pedro Miguel , Juan Carlos y a un tercer acusado que no ha recurrido, como autores de un delito continuado de abuso sexual con penetración a las penas que han quedado reflejadas en el antecedente segundo de esta resolución.

En síntesis los hechos probados de la sentencia de la instancia son los siguientes:

En fechas no determinadas entre 2005 y 2007 los acusados Pedro Miguel , Juan Carlos y Artemio mantuvieron al menos en tres ocasiones, dos de ellas en una cabaña en la localidad de Vilaboa, propiedad de los tíos de Juan Carlos y otra en la casa de Artemio , relaciones sexuales que incluyeron penetración con la menor Lidia , nacida el NUM003 de 1992. Lidia padece un retraso mental desde su nacimiento, que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual.

Los acusados llevaron a Lidia a los mencionados lugares en un vehículo. En las tres ocasiones, una vez hubieron mantenido las relaciones sexuales cada uno de ellos, la amedrentaron y la asustaron con pegarla para que no contara nada a nadie.

En estos hechos se basó la condena contra la que Pedro Miguel y Juan Carlos interpusieron los recursos que pasamos a analizar.

*Recurso de Pedro Miguel .*

**Segundo.**

Por el cauce del artículo 849.1 de la LECrim. en relación con el 5.4 de la LOPJ y el 24.1 y 120.3 CE el recurso denuncia falta de motivación de la resolución impugnada.

Sostiene el recurrente que la sentencia incurre en déficit de motivación en lo que atañe a los elementos objetivos que corroboran la versión de la víctima, que considera no existen y niega ese carácter a los que se valoran como tales: la declaración policial del recurrente y las versiones contradictorias de los acusados.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Realmente a través de este motivo lo que se cuestiona es la idoneidad de la prueba de cargo practicada y tomada en consideración para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente. Por ello, su análisis se va a abordar conjuntamente con el del tercer motivo que, por el cauce del artículo 849.1 de la LECrim y el 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE.

La STS 383/2014 de 16 de mayo, expone la doctrina de esta Sala en relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Explica que su invocación permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Por otro lado es necesario que el resultado de esa valoración conste en una resolución debidamente motivada, que permita comprobar que la decisión es consecuencia de una valoración sustentada en las reglas de la lógica y las máximas de experiencia, y no de una interpretación arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable o basada en un error patente.

El análisis en profundidad de estos parámetros permite una revisión integral de la sentencia de instancia, y garantiza al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( artículo 14.5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).

### **Tercero.**

En este caso la prueba de cargo se ha centrado en la declaración testifical de la víctima, de lo que no puede deducirse que nos encontremos en situación de precariedad probatoria. Es lo habitual, sobre todo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Son conductas delictivas respecto a las que, debido al componente personalista que presentan y los espacios de intimidad en que se suelen perpetrar, no es fácil que exista la posibilidad de contar con otras pruebas personales distintas para acreditar el núcleo del hecho delictivo.

Por lo tanto, ha de partirse del análisis del testimonio de la persona que figura como víctima, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan (entre otras STS 61/2014 de 3 de febrero).

En definitiva, se trata de pruebas testificales y, como explica la STS 964/2013 de 17 de diciembre, la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, continua explicando la STS 964/2013, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro. Pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

#### **Cuarto.**

La Sala de instancia analiza en la sentencia el testimonio de Lidia y lo ha considerado prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados. Explora ese testimonio desde los parámetros que la jurisprudencia de esta Sala ha marcado. Considera que hubo persistencia en la incriminación y seriedad en sus manifestaciones, sin que ese factor se debilita por el hecho de que en unos casos su relato sea más detallado que en otros, lo que puede ser consecuencia de los perfiles del interrogatorio al que responde. No se advirtieron contradicciones o inexactitudes relevantes en su declaración, y considera el Tribunal de instancia que su discurso estuvo bien estructurado. Es decir, concurren en el testimonio que se analiza los presupuestos sobre los que se asienta este parámetro: ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones; concreción en la declaración, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; y ausencia de contradicciones, lo que exige la necesaria conexión lógica entre las distintas versiones narradas en momentos diferentes ( STS 964/2013 de 17 de diciembre ).

Mantiene el recurso que la testigo incurrió en imprecisiones respecto al momento en que ocurrieron los hechos o la intervención que en los mismos tuvo Pedro Miguel . La Sala sentenciadora concluye que la testigo ubicó temporalmente los hechos como ocurridos un año y medio antes de su declaración en sede policial, lo que permite concretar que tuvieron lugar entre 2005 y 2007, es decir, una vez que la víctima había cumplido los 13 años. Respecto al segundo aspecto, la joven describió nítidamente tres episodios de acometimiento sexual con penetración y en todos ellos atribuyó intervención al recurrente.

Tampoco aprecia la Sala de instancia motivos espurios en la testigo, lo que enlaza con la credibilidad subjetiva como parámetro de valoración. Credibilidad que en este caso se cuestiona sobre la sospecha de un ánimo de venganza, como reacción a la previa denuncia que había formulado la esposa de Pedro Miguel .

La Sala sentenciadora descarta un móvil de resentimiento a partir de las declaraciones de la víctima y de los acusados, que negaron ninguna enemistad previa. Como señalan, entre otras, la ya citada STS 964/2013 o la 609/2013 de 10 de julio , el deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la declaración de la víctima.

Y aunque en este caso Lidia pudiera estar afectada por lo sucedido o incluso sorprendida por la denuncia presentada por quien era la esposa del recurrente, en la actualidad divorciada de él, este extremo ha de valorarse en sus justos términos, y así lo hace el Tribunal sentenciador.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Milagrosa esposa de Pedro Miguel , de quien posteriormente se divorció, presentó una denuncia a raíz de las llamadas que Lidia dirigió al teléfono de éste. Esta denuncia generó inquietud en el entorno familiar de la menor. Fueron las pesquisas familiares realizadas con ocasión de ésta las que consiguieron aglutinar los elementos de sospecha que determinaron que la tía de Lidia formulara la denuncia que dio pie a la inicial exploración en dependencias de la Guardia Civil. Por ello este suceso no puede considerarse motivo de relevancia suficiente para debilitar el testimonio de la joven. Máxime cuando la denuncia presentada por la reiteración de llamadas se retiró, y Lidia ha persistido en sus declaraciones.

Señala el recurso que Lidia podía haber actuado manipulada por su tía y su primo, sin concretar las razones en las que podría sustentarse un interés espurio por parte de éstos que justificara una eventual manipulación del testimonio de aquella.

#### **Quinto.**

El tercero de los parámetros interpretativos del testimonio de la víctima, la credibilidad objetiva o verosimilitud del mismo, según las pautas jurisprudenciales debe estar basado en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

La Sala sentenciadora explica que Lidia prestó un testimonio coherente, detallado en los extremos esenciales, y bien estructurado.

Toma en consideración el Tribunal sentenciador como elementos de corroboración las contradicciones en las que incurrieron los acusados, lo que no resulta controvertido. Aunque cada uno de ellos declarara amparado en el derecho que le asiste a no autoinculparse, las divergencias son evidentes. El fundamento segundo de la sentencia recurrida las detalla, relacionando tales declaraciones entre sí y con el resto de la prueba practicada en el acto del juicio.

Más controvertido es el otro elemento de corroboración que la Sala toma en consideración. El reconocimiento de los hechos que efectuó el recurrente Pedro Miguel en sede policial, que no ratificó a presencia judicial, y que fue introducido en el plenario a través de la declaración de los agentes de la Guardia Civil que realizaron el interrogatorio. La Sala de instancia hace un detallado estudio de la evolución que la jurisprudencia de esta Sala al respecto, especialmente a partir de las SSTC 68/2010 y 726/2011 , y concluye que tal declaración no puede ser tomada en consideración como prueba. Sin embargo la valora como indicio corroborador, tesis que no podemos compartir.

En el presente caso el recurrente no ratificó la declaración que prestó en dependencias de la Guardia Civil, que fue inculpativa para él y para los otros acusados. Justificó su postura en juicio explicando que declaró presionado. Un supuesto similar propició la STC 53/2013 de 28 de febrero , que reitera los criterios ya mantenidos por este Tribunal sobre las declaraciones prestadas en comisaría que después no han sido ratificadas en sede judicial. En esta sentencia el Tribunal Constitucional argumentó incluso que no puede basarse en esa clase de diligencias una condena aunque sean sometidas a contradicción en el plenario y el imputado reconozca que sí las manifestó pero que lo hizo coaccionado por la policía.

Como ampliamente explica la STS 421/2014 de 16 de mayo , el interrogatorio prestado en sede policial no ratificado a presencia judicial y la declaración de los agentes que intervinieron en el mismo, carecen de valor probatorio. Y carecen de él en toda su amplitud, es decir, como prueba en si mismo y como indicio, por lo que deben quedar excluidas también de entre el acervo de elementos de corroboración respecto a la declaración de la víctima.

En cualquier caso existen otros elementos de corroboración. La Sala sentenciadora valora como tal el dictamen de los psicólogos que reconocieron a Lidia en la instrucción, los de la Unidad de Psicología Forense adscrita a la Universidad de Santiago. En aquel momento



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

emitieron el correspondiente informe, que ratificaron en el acto del juicio. Descartaron la posibilidad de fabulación por parte de Lidia, y fijaron el grado de certeza de sus declaraciones como "muy probable". Tales conclusiones, aunque analizadas en la sentencia al tratar el parámetro relativo a la persistencia en la incriminación, constituyen un valioso elemento de corroboración, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras muchas STS 964/2013 de 17 de diciembre o la 210/2014 de 14 de marzo.

El recurso cuestiona esta última pericia por su metodología y su falta de concreción respecto a unos de los aspectos que se sometieron a la consideración de los peritos, en concreto las deficiencias de la testigo para ubicar temporalmente los hechos.

También se mantiene que la sentencia no profundiza en el análisis de estas periciales en relación al trastorno o deficiencia de Lidia y la percepción que de éste pudieron tener los acusados.

Respecto a la falta de método de la pericial de los miembros de la Unidad adscrita a la Universidad de Santiago, basta repasar su informe para rechazar las afirmaciones del recurso. En el mismo se explica detalladamente la metodología utilizada. Se realizaron dos entrevistas, el 26 de septiembre y el 17 de octubre de 2007, con arreglo a los distintos protocolos que identifica, admitidos como aplicables cuando se trata de personas con discapacidades cognitivas. La segunda de ellas en el lapso temporal recomendado por la doctrina científica para obtener un análisis de consistencia. Los resultados obtenidos de tales entrevistas se contrastaron con las declaraciones de la testigo incorporadas a la causa.

A continuación se explica el análisis que hicieron los peritos del contenido de las declaraciones y el método seguido.

Prosigue el informe con el estudio de las capacidades cognitivas de la examinada y se explican los instrumentos metodológicos utilizados. Continúa con un estudio de la personalidad, un estudio clínico, un análisis de la fiabilidad y un estudio del procedimiento y búsqueda de antecedentes y pruebas documentales. En definitiva, el recurrente podrá no compartir las conclusiones de los peritos, pero en ningún caso se les puede atribuir falta de método, ni se aportan elementos para cuestionar sus conclusiones que, por otra parte, son esencialmente coincidentes con las del informe de los médicos forenses.

Respecto a la falta de precisión sobre la incidencia que las deficiencias de la afectada pudieran haber tenido en la ubicación temporal de los sucesos, el informe la aborda expresamente reconociendo que existen limitaciones para su orientación espacio-tiempo.

Lo hasta aquí analizado pone de relieve que la declaración de la testigo víctima de los hechos, en este caso cumple todos los parámetros interpretativos para ser considerada prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. Y no se aprecia error o arbitrariedad en la interpretación que de ella ha realizado la Sala sentenciadora con la excepción señalada respecto al valor corroborador de la declaración policial de uno de los acusados, cuya eliminación como tal no invalida el de los restantes elementos tomados en consideración a tales efectos ni, en consecuencia, el valor como prueba de cargo de esa declaración.

#### **Sexto.**

El recurso reprocha a la Sala sentenciadora que no haya profundizado respecto a la existencia y alcance del retraso mental de la víctima y la percepción del mismo por terceros en general y por el recurrente en particular. Estos extremos los aborda la sentencia recurrida a lo largo de distintos fundamentos, especialmente del primero, el tercero y el quinto. Lo hace de manera suficiente para dar a conocer su argumentación y permitir el correspondiente control de la misma, es decir, de forma motivada, de manera que no se aprecia atisbo alguno de indefensión.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Se concluye el retraso que se describe en el relato de hechos probados como " retraso mental moderado desde su nacimiento, que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual" . La existencia del retraso mismo se constató en las dos periciales realizadas, la psicológica que acabamos de analizar, y la que hicieron los médicos forenses. Estos últimos especificaron que la joven " presenta un retraso mental moderado, característico de deficientes educables pero que requieren supervisión". Ese retraso determina " un deterioro cognitivo, una incapacidad para la resolución de problemas y un déficit en el razonamiento y en el juicio". Esas carencias y déficits " le impiden conocer de forma plena y completa las consecuencias de sus actos, incluyendo también los actos sexuales" .

La sentencia analiza las limitaciones mentales que evidencian los citados informes y la incidencia que tienen en las facultades de la joven así como en su memoria.

En el fundamento quinto se explica que los diferentes peritos se ratificaron en el acto del juicio y sus exposiciones las percibió el Tribunal como rotundas y contundentes. De ellas deduce que Lidia padece un retraso mental moderado que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual. El retraso es detectable cuando se la trata, y su personalidad es muy infantiloides y manipulable.

En fundamento tercero en concreto se valora también la existencia del retraso mental, y las razones por las que los acusados necesariamente hubieron de advertir el mismo. Se deduce de la descripción que hicieron de ella como "muy niña", lo que coincide con las conclusiones del informe emitido por los médicos forenses adscritos al Juzgado que se encargó de la instrucción. Los forenses destacaron que si bien Lidia no presenta signos físicos evidentes del retraso que padece, es "muy probable" que quien tenga con ella una relación habitual lo perciba. E incluso, aunque la relación sea esporádica y puntual, que cualquier persona advierta que es " infantiloides y claramente influenciable o manipulable", precisamente lo que los acusados percibieron y de lo que se aprovecharon.

En definitiva, existió prueba constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, suficiente y racionalmente valorada, por lo que ninguna vulneración se ha producido de la presunción de inocencia.

Los motivos de recurso analizados se rechazan.

#### **Séptimo.**

El segundo motivo de recurso, por el cauce del artículo 849.1 de la LECrim . en relación con el artículo 5.4 de LOPJ y el artículo 24.1 y 2 CE denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes.

El fundamento del motivo es la denegación de una segunda pericial propuesta sobre la credibilidad del testimonio de la víctima.

La STS 210/2014 de 14 de marzo condensa la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en relación a este motivo de casación. Según la misma, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( artículo 24.2 CE ) puede ser resumida en los siguientes términos ( STC 86/2008 de 21 de julio y STC 80/2011 de 6 de junio ):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003 de 30 de junio ).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial ( SSTC 1/1996 de 15 de enero y 70/2002 de 3 de abril ); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998 de 16 de noviembre y 219/1998 de 16 de noviembre ).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional ( SSTC 133/2003 de 30 de junio , 359/2006 de 18 de diciembre , y 77/2007 de 16 de abril ).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia ( SSTC 37/2000 de 14 de febrero , 19/2001 de 29 de enero , 73/2001 de 26 de marzo , 4/2005 de 17 de enero , 308/2005 de 12 de diciembre , 42/2007 de 26 de febrero y 174/2008 de 22 de diciembre ).

Por su parte, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución ( Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Como señala entre otras la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

#### **Octavo.**

En el presente caso no concurren los requisitos que habrían de determinar el éxito del motivo. Admite el recurso que ya se había practicado en la causa una pericial sobre la credibilidad del testimonio de la víctima, la realizada por psicólogos de la Unidad de Psicología Forense adscrita a la Universidad de Santiago, pero consideraba imprescindible un pronunciamiento sobre la capacidad de la víctima para situarse en el tiempo. Dice el recurso que cuestiona "el método, la credibilidad científica y la calidad técnica de la pericial practicada".

Hemos de remitirnos a lo expuesto en el fundamento quinto respecto a esta pericial para concluir, de acuerdo con la Sala sentenciadora, su rigor y suficiencia y, consecuentemente, lo innecesario de la segunda pericia. La practicada se pronuncia sobre la incidencia que las limitaciones de la víctima proyectan sobre su capacidad de orientarse espacio-tiempo, y afirma que le afectan. Si al recurrente le interesaba una mayor profundización sobre este extremo, tuvo a su alcance el obtenerla a través de la ratificación de los peritos en el acto del juicio.

Por último, el recurso no anuda una consecuencia concreta para el caso de que esta prueba se hubiera realizado. A los efectos de esta revisión que nos ocupa es determinante, como señalan la STC 308/2005 de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala núm. 948/2013 de 10 de diciembre , que la parte recurrente argumente de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia. Es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo ( SSTC 73/2001 de 26 de marzo , 168/2002 de 30 de septiembre y 71/2003 de 9 de abril , entre otras). Presupuesto que en este caso no se cumple.

En atención a lo expuesto el motivo se rechaza.

#### **Noveno.**

El cuarto motivo de recurso denuncia por el cauce del artículo 849.1 de LECrim . indebida aplicación del artículo 181.2º del C.P . porque del relato de hechos probados no se deduce que el recurrente hubiera advertido las deficiencias mentales de Lidia .

El cauce casacional elegido exige respetar el factum de la sentencia impugnada. Esta recoge expresamente que los tres acusados mantuvieron relaciones sexuales con penetración con la menor Lidia que " padece un retraso mental moderado desde su nacimiento, que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual". Esta es la afirmación que sustenta básicamente la aplicación del nº 2 del artículo 181 del C. Penal por parte de la sentencia de instancia.

El elemento subjetivo del tipo que se aplica exige que los acusados hubieran tomado conocimiento de las limitaciones que ese trastorno acarrea a la víctima y su aprovechamiento de tal circunstancia.

En el presente caso el factum de la sentencia recurrida recoge lo esencial, la patología de la víctima y la incidencia en sus facultades. Y del conjunto del relato se infiere que los



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

acusados en general, y el recurrente en particular, necesariamente advirtieron las mismas, y se prevalieron de ellas, tal y como suficientemente explica la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, especialmente los apartados tercero y quinto de la misma, en concreto en los extremos que hemos analizado en el fundamento sexto de esta resolución. Solo así pueden tener cabida episodios como los ocurridos: tres varones adultos que conducen a una menor de entre 13 y 15 años a lugares reservados donde de manera sucesiva mantienen con ella relaciones sexuales que incluyen la penetración, y cuando concluyen la intimidan para que guarde silencio.

El motivo se desestima.

#### **Décimo.**

Como quinto y último motivo de recurso, al amparo del artículo 849.1 del CP se denuncia la aplicación indebida del artículo 182-2º en relación con los artículos 180.1.3ª, 181.2 y 74 todos ellos del CP, al infringir el principio "non bis in idem". Y ello porque el retraso de la víctima ha sido tomado en consideración como determinante para considerar viciado su consentimiento y para apreciar el tipo agravado de abuso sexual del artículo 182.2 del CP en su versión anterior a modificación operada por la LO 5/2010.

Efectivamente la Sala de instancia condena al recurrente como autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración vaginal, cometido sin consentimiento de la víctima, de cuyo retraso mental se abusó, según la redacción del CP vigente a la fecha de los hechos, es decir, la anterior a la reforma operada por la LO 5/2010. Se aplica la modalidad agravada de abuso, de manera que el mismo elemento, el prevalimiento respecto a la limitación en las facultades de la víctima se toma en consideración para integrar el concepto mismo de abuso por falta de consentimiento y para integrar la modalidad agravada que describe el nº 2 del artículo 182 aplicado en relación con el artículo 180, 1.3 todos ellos del CP.

De manera reiterada ha señalado esta Sala que si la enfermedad de la víctima, como puede ser un retraso mental fácilmente detectable, ha sido tenida en cuenta como hecho consustancial y determinante para considerar viciado su consentimiento, que es la esencia del tipo básico, no es posible tener en cuenta dicho sustrato fáctico para aplicar el subtipo agravado de abuso sexual previsto en el artículo 180.1, 3ª del CP sin infringir el principio de legalidad que proscribiera el "non bis in idem", contemplado en el artículo 25.1 CE y en el artículo 14.7 del Pacto de Nueva York de 16.12.1966 ( SSTS 1974/2002 de 28 de noviembre, 2132/2002 de 23 de diciembre, 1308/2005 de 30 de octubre o 831/2010 de 23 de septiembre y la muy reciente 411/2014 de 26 de mayo ).

La queja del recurrente, apoyada en este caso por el Ministerio Fiscal, debe prosperar dado que la aplicación del mismo presupuesto fáctico para apreciar el tipo básico de los abusos sexuales y el subtipo agravado de especial vulnerabilidad conculca el principio del "non bis in idem" al penalizarse dos veces el mismo hecho. La deficiencia mental de la víctima es la que justifica el ilícito punible del tipo básico del artículo 181.2 del CP, debido a que precisamente fue esa deficiencia la que impidió a Lidia prestar un consentimiento libre en la relación sexual y también conocer en la medida necesaria la relevancia y las consecuencias de sus actos sexuales. Por lo cual, no cabe que la ratio o fundamento del desvalor de la conducta se vuelva a tener en cuenta para aplicar el subtipo agravado, so pena de incurrir en un "bis in idem".

El motivo se estima.

*Recurso de Juan Carlos .*

#### **Undécimo.**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Por el cauce del artículo 852 de la LECrim y el 5.4 de la LOPJ en relación con el 24.2 de la CE, denuncia vulneración de la presunción de inocencia.

Ya hemos analizado en los fundamentos precedentes el alcance de revisión en relación a la presunción de inocencia y los perfiles de la declaración de la víctima como prueba de cargo. A ellos nos remitimos.

Se desdobra el motivo en dos apartados. El primero plantea que la declaración de la víctima no aparece corroborada por dato objetivo alguno y cuestiona la valoración de su persistencia. Se insiste en que la Sala sentenciadora ha omitido cualquier referencia a la denuncia que formuló la mujer del acusado Pedro Miguel o en el valor de la declaración policial de éste. Estos puntos ya han sido abordados al resolver el anterior recurso y a ellos nos remitimos.

En este apartado el motivo del recurso se va rechazar.

Un segundo inciso del recurso denuncia que la víctima en ninguna de sus declaraciones le atribuyó al acusado Juan Carlos intervención en el tercero de los sucesos de acometimiento sexual que narró. Tiene razón el recurrente. Repasadas las actas del juicio en la primera instancia, así como las que documentan las declaraciones de aquella, tanto en sede policial como en el Juzgado de Instrucción, se comprueba que cuando la joven relató el tercero de los incidentes no alude a Juan Carlos ni le atribuye participación alguna en el mismo.

Ya hemos analizado la idoneidad probatoria de cargo de la declaración de Lidia, que se proyecta respecto a aquellos sucesos que la misma verbalizó. La persistencia de la declaración, como parámetro de valoración, alcanza a la totalidad de aquella y, consecuentemente, a los aspectos que benefician al acusado. La exclusión persistente del recurrente en uno de los episodios que la conforman, deja huérfana de prueba la participación que se le atribuye en el mismo, por lo que, en este aspecto, el motivo se va a estimar.

#### **Duodécimo.**

Como segundo motivo de recurso, por el cauce del artículo 849.2 de la LECrim, se denuncia error en la valoración de la prueba pericial. En concreto de los informes periciales psicológicos de la Universidad de Santiago de Compostela y de 15 de abril de 2008 y de los médicos forenses de 24 de julio de 2009.

Sostiene el recurrente que el apartado del relato de hechos probados de la sentencia recurrida que afirma que el retraso que padece Lidia "no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual" es consecuencia de una valoración errónea de la citadas periciales.

La doctrina de esta Sala 2ª respecto al cauce procesal utilizado la recoge, entre otras muchas, la STS 656/2013 de 28 de junio. En palabras de ésta, que cita otras anteriores como la STS 209/2012 de 23 de marzo o la 128/2013 de 28 de febrero, para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el artículo 741 de la LECrim .; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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 modificar.

La finalidad del motivo previsto en el artículo 849 . 2º LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

La STS 463/2014 de 28 de mayo analiza la incidencia de este motivo cuando, como en este caso, se basa en la errónea interpretación de un informe pericial y afirma que de manera excepcional esta Sala le atribuye a los informes periciales la capacidad de modificar el apartado fáctico de una sentencia. Cuando el tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero los haya incorporado a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que su sentido originario quede alterado relevantemente. O bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes de las comprendidas en los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen ( STS 1017/2011 de 6 de octubre , y las que en ella se mencionan). Y resalta, como lo hizo la STS 301/2011 de 31 de marzo , que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas, consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba. No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la pericial haya sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación ( SSTS núm. 301/2011 de 31 de marzo ó 993/2011 de 11 de octubre ).

En este caso la Sala sentenciadora ha sustentado la afirmación fáctica controvertida en la valoración de los dos informes periciales que fueron ratificados en el acto del juicio oral. Las conclusiones de los peritos fueron coincidentes, sin que pueda sostenerse que los ha incorporado de modo fragmentario.

La limitación en las capacidades cognitivas de la víctima la sustenta la Sala sentenciadora sobre el diagnóstico coincidente de un trastorno mental moderado que, como especificaron los forenses, determina un deterioro cognoscitivo, una incapacidad para la resolución de problemas y un déficit en el razonamiento y en el juicio. En definitiva una limitación suficiente para concluir que su consentimiento no se conformó libremente. Todo ello teniendo en cuenta, además, que los hechos ocurrieron cuando contaba entre 13 y 15 años.

Por lo tanto, los documentos no demuestran un error al establecer los hechos probados. Además no constituyen la única prueba, pues el Tribunal dispuso de las aclaraciones realizadas por los peritos en sus declaraciones en el plenario, lo cual, aun cuando no pueda



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

valorarse como prueba diferente, constituye un complemento, con la naturaleza propia de la prueba personal, de la pericial documentada.

El motivo se desestima.

#### **Décimo tercero.**

Por el cauce de los artículos 849.1 y 852 de la LECrim . y 5.4 de LOPJ , en relación con el artículo 24.1 y 2 CE denuncia vulneración de la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión por falta de motivación de la sentencia en lo que se refiere al alcance del retraso mental de la víctima y la percepción de este extremo por los acusados.

Sobre esta cuestión nos remitimos íntegramente a lo razonado al resolver el recurso precedente, y, en particular, a lo expuesto en el fundamento sexto, por lo que el motivo va a ser rechazado.

#### **Décimo cuarto.**

Como cuarto motivo al amparo del artículo 849,1 LECrim denuncia aplicación indebida de los artículos 180,1-3 °, 181-2 °, 182-2 ° y 74 del CP . El motivo se subdivide en tres apartados.

El primero de ellos incide en la insuficiencia del trastorno mental de la víctima para sustentar la aplicación del artículo 181.2 del CP . El cauce elegido exige la plena aceptación del relato de hechos probados. Y en este se afirma que Lidia padece " un retraso mental moderado desde su nacimiento, que no le permite consentir y comprender las circunstancias e implicaciones de un acto sexual" suficiente para afirmar que los contactos sexuales mantenidos lo fueron abusando del retraso mental de la víctima.

Como explica la reciente STS 411/2014 de 26 de mayo , no toda relación sexual con persona que sufre una debilidad mental es constitutiva de delito, ya que la ley penal no puede impedir a estas personas ejercer su sexualidad conminando a su pareja en todo caso con pena de prisión. Es una materia en la que confluyen diversos derechos fundamentales y en la que la prudencia se impone. Por ello el Legislador, con buen criterio, no considera delictiva toda relación sexual con personas que sufren trastorno mental (entre las que la doctrina jurisprudencial ha incluido la debilidad mental), sino exclusivamente los supuestos de abuso. Y para valorar este abuso ha de tomarse en consideración la naturaleza de la relación entre ambos, en concreto la diferencia de edad y condición, que es la que configura la relación sexual como manifiestamente abusiva.

Y así ocurre en este caso en el que el trastorno de Lidia no puede analizarse aisladamente sino en conjunción con las restantes circunstancias de los hechos, en particular su edad cuando estos ocurrieron, el lugar donde se desarrollaron, al que fue llevada a tal fin por los acusados, y que los tres mantuvieron contacto sexual con ella. Los hechos se repitieron al menos dos ocasiones, en lo que Juan Carlos se refiere. En todas ellas, cuando los contactos sexuales concluyen, la joven fue intimidada para que no relatase lo ocurrido. De ahí que el motivo en el apartado analizado se desestime.

En segundo lugar este mismo motivo sostiene que no existe constancia de que el recurrente conociera la situación de la víctima. Este extremo ha sido analizado al resolver el recurso anterior, en concreto en el fundamento noveno, y a él nos remitimos, con la consecuente desestimación. Lo allí dicho es totalmente aplicable al acusado Juan Carlos quien, según la sentencia, reconoció al igual que Pedro Miguel que Lidia era muy niña.

Por último se denuncia vulneración del principio non bis in idem. También en este punto hemos de remitirnos a lo expuesto en el fundamento décimo, en este caso con estimación del submotivo.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Décimo quinto.**

Por último, al amparo del artículo 849.1 el recurso que nos ocupa cuestiona el quantum de la indemnización fijada en la sentencia recurrida. Lo hace por el cauce del artículo 849.1 de LECrim . en relación con los artículos 109 , 110 y ss del CP .

Considera el recurrente que el relato de hechos de la sentencia recurrida no concreta daños indemnizables y que las bases sobre las que se ha calculado la indemnización se han fijado de manera genérica, sin la adecuada especificación.

Esta Sala, en palabras de la STS 251/2014 de 18 de marzo , tiene establecido sobre este tema de la cuantificación de la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, que únicamente se permite el control en casación en el supuesto de que se pongan en discusión las bases o los diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva. Es decir, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza ( SSTS. 105/2005 de 26 de enero , 131/2007 de 16 de febrero , 957/2007 de 28 de noviembre , 396/2008 de 1 de julio y 833/2009 de 28 de julio ). Y con respecto al daño moral se tiene argumentado que su traducción en una suma de dinero solo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada ( SSTS 752/2007 de 2 de octubre , 264/2009 de 12 de marzo , 915/2010 de 18 de octubre y 254/2011 de 29 de marzo ).

La Sala sentenciadora fija la indemnización no para reparar secuelas graves, porque los psicólogos no las apreciaron en la víctima, sino para compensar el daño moral derivado de los episodios por ella vividos. Lo que supone que los presupuestos en los que se basó el pronunciamiento indemnizatorio, están contenidos en el relato de hechos probados. Lo mismo ocurre con las bases fijadas para el cálculo de su cuantía, la pluralidad de acometimientos y los dos años durante los que se prolongó la situación latente de ansiedad y temor que ella experimentó. Tales extremos están comprendidos en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, que el cauce casacional elegido obliga a respetar. Y la suma fijada ni es desproporcionada ni arbitraria una vez tomadas en consideración las circunstancias expuestas. Ahora bien, surge una particularidad derivada de la estimación parcial del motivo primero, en cuanto que el ahora recurrente solo consta que interviniera en dos de los tres acometimientos sexuales que se declaran probados, por lo que su contribución al total de la indemnización fijada ha de modularse proporcionalmente a su aportación al ilícito que se sanciona en conjunto. Por ello el motivo va a ser parcialmente estimado.

#### **Décimo sexto.**

La estimación parcial del recurso en lo que respecta a la vulneración del principio non bis in idem, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 903 de la LECrim va a aprovechar también al tercer condenado que no ha recurrido, por encontrarse en la misma situación que los que lo han hecho y resultar favorable para el mismo la decisión ahora adoptada .

#### **Décimo séptimo.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 de la LECrim. se declaran de oficio las costas de este recurso

### **III. FALLO**



**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Que ESTIMAMOS EN PARTE los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional promovidos por las representaciones legales de Pedro Miguel y Juan Carlos contra la sentencia de fecha 10 de junio de 2013, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el Rollo de Sala 5/2009 , declarando de oficio las costas del recurso

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar D. Alberto Jorge Barreiro Dª. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Ana Maria Ferrer Garcia, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.