



Roj: **SAP AV 283/2023 - ECLI:ES:APAV:2023:283**

Id Cendoj: **05019370012023100282**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2023**

Nº de Recurso: **5/2022**

Nº de Resolución: **52/2023**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **JAVIER GARCIA ENCINAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00052/2023

-

PL/ DE LA SANTA NÚM 2

Teléfono: 920-21.11.23

Correo electrónico: audiencia.s1.avila@justicia.es

Equipo/usuario: EQ5

Modelo: N85860

N.I.G.: 05019 41 2 2020 0003428

PO PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000005 /2022

Delito: AGRESIONES SEXUALES

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, Olga

Procurador/a: D/Dª , ESTHER ARAUJO HERRANZ

Abogado/a: D/Dª , FERNANDO SERGIO CASTRO PORRES

Contra: Patricio

Procurador/a: D/Dª MARIA TERESA JIMENEZ HERRERO

Abogado/a: D/Dª ÁNGEL FRANCISCO SOUSA LEÓN

SENTENCIA NÚM. 52/2.023

ILMOS. SRES. PRESIDENTE:

D. JAVIER GARCÍA ENCINAR MAGISTRADOS:

D. ANTONIO DUEÑAS CAMPO

D. JESÚS MARTÍNEZ PURAS

En Ávila, a diez de octubre de dos mil veintitrés

La Audiencia Provincial de Ávila, compuesta de los Ilmos. Sres. magistrados consignados al margen, ha visto las actuaciones seguidas en sumario registrado con el número 1/2022 del Juzgado de Instrucción número uno de Ávila, dimanante de su procedimiento Diligencias Previas 541/2020, rollo penal número 5/2022, seguido por un delito de agresiones sexuales contra Patricio , nacido el día NUM000 de 1987, en Ávila, hijo de

Sixto y Inmaculada con D.N.I. número NUM001 y en situación de libertad por esta causa, habiendo estado representado por la procuradora Dña. Teresa Jiménez Herrero y defendido por el Letrado D. Ángel Francisco Sousa León, ejerciendo la acusación particular Olga representada por la procuradora Dña. Esther Araujo Herranz y defendida por el letrado D. Sergio Castro Porres, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal en ejercicio de la acción pública.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D.Javier García Encinar**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones se iniciaron en virtud de atestado instruido por la Policía Nacional de Ávila, dando lugar a la incoación de las diligencias previas penales registradas con el número 541/2020 del Juzgado de Instrucción número uno de Ávila, posteriormente transformadas en procedimiento sumario ordinario registrado con el número 1/2022, en el que se dictó auto de procesamiento contra Patricio y auto declarando concluso el sumario; remitidas las actuaciones a esta Audiencia y confirmado el auto de conclusión, se decretó la apertura del juicio oral, presentando el Ministerio Fiscal y la defensa del procesado escritos de conclusiones provisionales, señalándose para la celebración de la vista el día 04 de octubre del año 2023 a las 10:00 horas de su mañana.

SEGUNDO.- En la fase de conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales de los artículos 181-1, 4 y 5 en relación con la circunstancia 3ª del artículo 180 y artículo 74, todos ellos del Código Penal.

Estimó responsable en concepto de autor a Patricio y sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Interesando se le impongan las siguientes penas:

- La pena de 10 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena,
- prohibición de aproximarse a menos de 200 metros a Olga, su domicilio o cualquier lugar en que la misma se encuentre, así como de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por un tiempo superior en 5 años al de la pena de prisión efectivamente impuesta.
- De conformidad con el artículo 192,1 del Código Penal se imponga al procesado la medida de libertad vigilada por tiempo de 6 años, a concretar y ejecutar con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192, 3 se imponga al procesado una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo, con personas menores de edad, por un tiempo 10 años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta en sentencia.
- Así como el abono de las costas procesales. - Y en concepto de responsabilidad civil, el procesado indemnizará a Olga en 20.000 euros, por los daños morales ocasionados.

TERCERO.- En el mismo trámite la acusación particular calificó los hechos constitutivos de un delito de abuso sexual previsto y penado en los artículos 181 apartados 1, 2, 4 y 5 en relación con la circunstancia 3ª del artículo 180.1 y artículo 74, todos ellos del Código Penal en su redacción vigente en el momento de los hechos, considerando responsable de tal delito, en concepto de autor (artículo 28 CP), el procesado, Patricio y no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Interesó imponer al acusado las siguientes penas:

- Diez años de prisión, accesorias de inhabilitación para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Prohibición de comunicarse con Olga por cualquier medio y acercase a una distancia inferior de 500 metros de la misma, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar en que la misma se encuentre por plazo de cinco años superior a las penas de prisión impuestas en sentencia.
- De conformidad con lo establecido en el artículo 192, 1 del Código Penal, interesó se le imponga además la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años, a concretar y ejecutar con posterioridad a las penas privativas de libertad.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192,3 del Código Penal se le imponga la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior en diez años a las penas de prisión impuestas en sentencia.
- En cuanto a la responsabilidad civil, el acusado indemnizará a Olga en la cantidad de 20.000,00 - veinte mil euros por los daños morales causados.

Así como el abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- Por su parte la defensa, manifestó su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, considerando que no se ha cometido ningún delito o falta por su mandante, así como que no se ha producido infracción penal alguna, ni como delito ni como falta, de la que sea responsable su defendido, no pudiendo hablarse de autoría o participación interesando la libre absolución del acusado con todos los pronunciamientos a su favor, declarándose de oficio las costas procesales.

QUINTO.- En el acto del juicio oral las partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales.

SEXTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Olga , nacida el NUM002 de 2.004, mientras residía en un centro de menores en la localidad de Soria, mantuvo contacto con Patricio , mayor de edad, con antecedentes penales no computables, dado que un sobrino de éste, menor de edad, se encontraba también residiendo en dicho centro y ambos menores eran amigos.

Con motivo del traslado de la menor Olga a la provincia de Ávila, ésta se comunicó por medio de Instagram con Patricio a principios de noviembre del año 2.020, poniendo en su conocimiento que se encontraba cursando estudios en el IES DIRECCION000 de esta capital y proponiéndole encontrarse en el recreo y hablar, verificándose dicho encuentro el día 2 de diciembre siguiente en las inmediaciones del centro escolar, desarrollándose el mismo durante un breve lapso de tiempo.

El día 17 de diciembre volvieron a concertar un encuentro en el mismo horario, esto es, alrededor de las 12:00 horas, y también en las inmediaciones del centro, acudiendo Patricio conduciendo el vehículo de su propiedad, marca Opel, modelo Insignia, matrícula NUM003 , ocupando Olga voluntariamente el asiento del copiloto. Tras discurrir por algunas calles de DIRECCION001 , el vehículo se dirigió al aparcamiento de la plaza de toros, donde Patricio estacionó y mantuvieron una charla en cuyo curso salieron a la luz las cicatrices que la menor presentaba en distintas partes del cuerpo, en concreto, antebrazos, abdomen y muslos, producto de autolesiones y que se debían a que, según la propia Olga , autolesionarse la tranquilizaba. Tras mostrar a Patricio alguna de las cicatrices que tenía en los brazos, ambos pasaron al asiento trasero del vehículo sin apearse del mismo y, una vez allí, Olga se bajó voluntaria y parcialmente el pantalón vaquero de color negro que portaba y procedió a mostrar a Patricio las cicatrices que presentaba en los muslos. Tras ello mantuvieron contacto sexual en cuyo discurso Patricio , en un primer momento, introdujo sus dedos en la vagina de Olga para, posteriormente, proceder a penetrarla con el miembro viril por vía bucal y vaginal, sin utilizar preservativo y llegando a eyacular en el interior de la vagina de aquella.

Concluido ello, ambos se trasladaron de nuevo a la parte delantera del vehículo, sin salir al exterior, y Olga pidió a Patricio que la llevase de regreso al instituto, lo que éste hizo y allí se despidieron sobre las 12:55 horas.

Tras ponerse en contacto con la orientadora del centro de menores y en unión de ésta, Olga fue asistida en el HOSPITAL000 de DIRECCION001 en la misma mañana del día 17 de diciembre, presentando, por lo que aquí interesa, erosión superficial de 8 mm parauretral izquierda con equimosis y sin sangrado activo dolorosa a la palpación, vagina normal, cérvix bien epitelizado sin sangrado procedente de cavidad endometrial, con flujo aparentemente normal, y tacto bimanual doloroso, limitado por el dolor y abdomen con defensa, sin que en la exploración general se apreciaran lesiones ni signos de defensa o lucha.

Olga está diagnosticada de inestabilidad emocional con rasgos disfuncionales de personalidad, DIRECCION002 , CLINICA000 , DIRECCION003 de comienzo en la infancia y la adolescencia, teniendo pautado tratamiento psiquiátrico que se complementa con apoyo multidisciplinar que recibe en el centro de menores. Por otra parte, tiene reconocida una discapacidad del 35% de carácter emocional, sin que se haya establecido en la red de salud mental aún un diagnóstico diferencial definitivo, si bien la constelación de circunstancias y de síntomas que presenta podrían asociarse a rasgos límite de la personalidad y trauma complejo, que la convierten en una persona muy vulnerable desde el punto de vista psicológico, con afectación social pero es capaz de diferenciar cuando una relación sexual es o no aceptada por ella.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar, dada la evolución legislativa acaecida desde el momento de acaecimiento de los hechos, 17 de diciembre de 2.020, procede fijar el marco normativo que ha de presidir la presente resolución.

Tras la comparativa correspondiente, en concreto del Art. 181 Cp, en la redacción vigente en el momento de los hechos, y de los Arts. 178, 179 y 180 del mismo cuerpo legal, en la redacción dada por las Leyes

Orgánicas 10/2.022, de 6 de septiembre, y 4/2.023, de 27 de abril, resulta más beneficiosa para el reo, tanto en la configuración del tipo como en la penalidad asignada al mismo, la primera de las citadas.

Por otra parte, dadas las exigencias y limitaciones impuestas por el principio acusatorio que rige en el proceso penal español, se hace necesaria la referencia a la calificación que los hechos merecen en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y de la acusación particular. Así, por el Público Ministerio se califican los hechos como un delito continuado de abusos sexuales de los Arts. 181-1, 4 y 5, en relación con la circunstancia 3ª del Art. 180 y Art. 74 del Cp, es decir, de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal y bucal e introducción de miembros corporales siendo la víctima especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación. A su vez, la acusación particular califica los hechos como un delito de abuso sexual, previsto y penado en el Art. 181, apartados 1, 2, 4 y 5, en relación con la circunstancia 3ª del Art. 180.1 y Art. 74, todos ellos del Cp, esto es, de un delito de abuso sexual ejecutado sobre una persona que se halle privado de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare con acceso carnal por vía vaginal y bucal e introducción de miembros corporales siendo la víctima especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

SEGUNDO.- Esta Sala ha apreciado, según su conciencia, las pruebas practicadas en el acto del juicio, las razones expresadas por la acusación pública y la defensa, y lo manifestado por el propio acusado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Art. 741 Lcrim, y ha llegado a la conclusión de estimar que no hay base suficiente que permita declarar probados, más allá de toda duda razonable, los graves hechos objeto de acusación, es decir, que el acusado hiciere objeto de abusos sexuales a la menor en el mes de diciembre de 2.020.

En realidad, no es que en el presente proceso no se hayan desarrollado pruebas de cargo, puesto que efectivamente, a petición de la Acusación pública y de la acusación particular, y sin perjuicio de las pruebas propuestas por la Defensa, este Tribunal admitió la práctica de pruebas para su desarrollo en el acto del juicio oral, y en concreto las siguientes: la declaración del acusado (que reconoció la existencia del contacto sexual), el interrogatorio de Olga, hoy mayor de edad, la testifical de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, con nº carnet profesional NUM004 y NUM005, encargados de la elaboración del acta de inspección técnico-policia (atestado inicial) y que procedieron a la recogida tanto de restos biológicos como huellas dactiloscópicas en el vehículo del acusado; e, igualmente, la pericial de las médicas integrantes del Equipo Forense y de las psicólogas del Equipo Psicosocial adscrito al Instituto de Medicina Legal de Ávila. No fue necesaria la evacuación de la pericial de los técnicos facultativos integrantes de la Unidad Central de análisis científicos del laboratorio de biología de ADN de la Comisaría General de Policía Científica, habida cuenta de que no fueron impugnados los resultados que arrojó dicha pericia y que todas las partes renunciaron a su práctica.

Sin perjuicio del análisis que de dichos medios probatorios efectuaremos posteriormente, ya anticipamos que los mismos no han resultado ser suficientes para considerar que, en el supuesto que nos ocupa, pueda considerarse existente una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado por exigencias del Art. 24 C.E.

TERCERO.- El delito de abusos sexuales, en el que se fundamenta la acusación, aparece tipificado en el Art. 181.1 Cp, en la redacción vigente a la fecha de los hechos, y a través de él se sancionan los actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona cuando fueran ejecutados sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento. De este modo existe un primer presupuesto negativo constituido por la ausencia de violencia o intimidación, pues si llegaran a concurrir los hechos deberían incardinarse en el delito de agresión sexual. Y además debe concurrir un segundo elemento, también de carácter negativo, constituido precisamente por la ausencia de consentimiento, de modo que si éste existiera y, además, fuera un consentimiento válido, daría lugar a una conducta lícita cuando se trataran de sujetos con capacidad y autonomía propia para desenvolverse con libertad y pleno conocimiento en la esfera y en el ámbito sexual. Pero es precisamente en relación a la validez del consentimiento cuando el apartado segundo de este mismo precepto establece una presunción iure et de iure, al decir que no existe ni puede existir consentimiento cuando los actos se ejecuten sobre menores de trece años o sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare, de modo que en estos casos aunque existiera una apariencia de consentimiento resultaría que ni éste ni su validez podría ser reconocida legalmente a estos efectos, del mismo modo que tampoco existe consentimiento ni apariencia de tal cuando se trate de personas que se hallen privadas de sentido.

Por otra parte, como dice la STS de 21 de marzo de 2.007, es preciso que en los casos de ausencia de consentimiento conste, de un lado, con claridad la negativa de la víctima a los actos sexuales, y de otro que ésta negativa se produzca de forma que pueda ser adecuadamente percibida por el autor, puesto que si bien es cierto que no se puede exigir a la víctima ningún acto de resistencia heroica, sí que puede demandarse algún gesto o palabra que permita al autor ser consciente de que aquello que está haciendo lo hace en contra de su voluntad (STS de 24 de febrero de 2004). Ad ex la STS núm. 408/2007, de 3 de mayo, establece que "el



rechazo de la víctima no puede sujetarse anticipadamente a reglas estereotipadas que sirvan de arriesgado criterio a la hora de decidir si un determinado episodio sexual ha sido o no efectivamente consentido. Bastará con que la víctima rehúse o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato con el que ese rechazo se escenifique, para que el delito pueda reputarse cometido. Será indispensable, eso sí, que la ausencia de consentimiento sea captada por el autor y, pese a todo, éste haga prevalecer su afán libidinoso frente a la objeción de la víctima, menoscabando con ello su libertad sexual". Y, en segundo lugar, pero muy relacionado con lo anterior, es que el dolo del delito requiere, además de la ausencia del consentimiento de la víctima, que esa falta de consentimiento sea captada por el autor (STS 12 de mayo de 2010).

Pues bien, en el presente caso aunque del resultado de la prueba puede llegar a afirmarse la existencia del contacto sexual del acusado con la menor, habida cuenta del reconocimiento del mismo hecho por Patricio en el acto del juicio oral y ratificado por el incontestable e incontestado resultado de las pruebas de ADN, que muestran vestigios del mismo procedente del acusado tanto en el interior de la vagina como de la boca de Olga, así como en las partes interiores anterior y posterior de la braga portada por ésta, y en el asiento posterior del vehículo propiedad de aquel, por contra no puede llegar a afirmarse, por lo menos con el suficiente grado de certeza y seguridad, que para ello hubiera al menos una manifestación externa que evidenciara de alguna forma la negativa y oposición de la menor a consentirlo.

En efecto, si bien en la exposición inicial de hechos y la inmediata denuncia formuladas ante la Comisaría de Policía Nacional de Ávila, y también en la declaración prestada en la fase de instrucción, la menor relató con más o menos detalle lo acaecido, lo cierto es que en el acto del juicio oral lo que manifestó es que pasó voluntariamente al asiento trasero del vehículo, sin apearse del mismo para ello, y que, una vez allí, tras intentar infructuosamente subirse las perneras, se bajó, también voluntariamente, el pantalón vaquero que portaba para enseñar a Patricio las cicatrices que presentaba en los muslos y que, a partir de entonces, no se acordaba de nada de lo ocurrido, porque se quedó "bloqueada", que no supo reaccionar y que lo único que recordaba era la presencia de sangre en las manos de Patricio -sangre cuya presencia tampoco ha sido objeto de acreditación-, sin saber si dijo algo, no pudiendo afirmar si hubo penetración (lo que se ha constatado por el propio reconocimiento del acusado), aunque cree que sí, no recordando tampoco haberse vestido. En definitiva, no consta acreditado que concurriera ningún vestigio, acto, indicio o manifestación, por nimia o liviana que fuere, de que la menor exteriorizase su negativa u oposición a participar en un acto de naturaleza sexual.

No duda la Sala de que Olga se sintiere sexualmente abusada pero como la presunción de inocencia también debe regir sobre el conocimiento o percepción de la falta de consentimiento por parte de la víctima, pues para que los hechos sean constitutivos del delito de abuso sexual, se exige que el autor realice actos de contenido sexual pese a conocer la falta de consentimiento, y en el caso que enjuiciamos no ha quedado acreditado que la menor transmitiera su rechazo, existiendo dudas de que el procesado estuviera en condiciones de conocer negativa u oposición por parte de la víctima, ello hace que no quepa descartar que se interpretase erróneamente por el acusado como consentimiento, lo que determina a estimar que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia.

CUARTO.- Respecto a los supuestos en que, ex lege, es indiferente que concurra o no consentimiento habida cuenta de que, aún de concurrir, carece de eficacia exoneradora alguna, comenzando por la circunstancia tipificada en el nº 2 del Art. 181 Cp, esto es, hallarse la víctima privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, la jurisprudencia ha señalado que no es un proceso en el que haya de concurrir la ausencia total y absoluta de conciencia, sino de pérdida o inhibición de las facultades intelectivas y volitivas, en grado de intensidad suficiente para desconocer o desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a los impulsos sexuales trascendentes. En este sentido, la STS de 28 de octubre de 1991, establece que si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente o inerte, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios; y la Sentencia de 15 de febrero de 1994 precisa que la correcta interpretación del término «privada de sentido» exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad... los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios".

Y sigue diciendo la sentencia: "Desde el plano jurídico, la falta de sentido que hemos exigido en nuestra jurisprudencia debe consistir en una situación de total aturdimiento y falta absoluta o muy relevante de capacidad de autocontrol, al punto de que se parifica esta situación en el art. 181.2 del Código Penal, con el trastorno mental o con la ingestión de fármacos o drogas que, en cualquier caso, anulen la voluntad de la víctima".

Más recientemente, indica la STS de 15 de junio de 2.022: "En nuestra reciente STS 294/2022, de 24 de marzo, recogíamos que el derecho a una vida sexual, y a una expectativa reproductiva en su caso, está vinculado a la dignidad de las personas y, por tanto, es también reconocible, como no podía ser de otra manera, a las personas con discapacidad.

Así es objeto de reconocimiento en la resolución 48/1996 de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprobó las "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad".

En su artículo 9 recuerda que los Estados deben promover el derecho de las personas con discapacidad a su "...integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación".

Añade el apartado 2 del mismo precepto que "...las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos" y "...deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo".

Y el apartado 4 recuerda que "...las personas con discapacidad y sus familias necesitan estar plenamente informadas acerca de las precauciones que se deben tomar contra el abuso sexual y otras formas de maltrato. Las personas con discapacidad son particularmente vulnerables al maltrato en la familia, en la comunidad o en las instituciones y necesitan que se les eduque sobre la manera de evitarlo para que puedan reconocer cuándo han sido víctimas de él y notificar dichos casos".

Recordamos también la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante Instrumento de noviembre de 2007, que incluye entre sus principios informadores "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" (art. 3). Del mismo modo, su artículo 23 establece que "1. los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás".

En el derecho interno, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE 289, de 3 de diciembre de 2013), en su artículo 6, bajo el epígrafe "Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad", proclama lo siguiente: "1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. 2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones".

A partir del marco jurídico de los derechos de las personas con discapacidad tal y como ha sido descrito en el epígrafe precedente, nuestra sentencia advertía del reconocimiento legal de su derecho a decidir en la esfera sexual, por ser una dimensión inseparable de la propia dignidad de las personas. Por consiguiente, decíamos, lo que se exige es de discernir si el contacto sexual mantenido por una persona con discapacidad psíquica deriva de su propia determinación o si, por el contrario, sólo encuentra explicación en la prevalencia abusiva del acusado que, conocedor de esas limitaciones, logró hacer realidad el encuentro que le permitió satisfacer sus apetencias sexuales.

5.3. En coherencia con esta tradicional doctrina de la Sala, en nuestra STS 127/2017, de 28 de febrero, que cita el recurrente, destacábamos que el delito de abuso sexual del artículo 181.1 y 2 del Código Penal se caracteriza porque la víctima consiente y acepta la relación sexual, si bien el consentimiento está radicalmente viciado por existir una significativa minusvalía mental que se proyecta tanto sobre las facultades intelectivas

como volitivas de quien asume la relación, impidiéndole comprender la naturaleza del acto sexual que va a realizar o sus consecuencias, así como privándole de cualquier posibilidad de autodeterminación sexual. Afirmamos así que para que exista el abuso sexual, el déficit intelecto- volitivo de la víctima debe de proyectarse necesariamente sobre la significación del acto sexual y sobre la capacidad de decidir del sujeto, con independencia de cuáles sean las motivaciones últimas que le lleven a mantener la relación.

Esta doctrina, aplicada igualmente en el resto de sentencias que el recurrente destaca, deriva de la voluntad del legislador de buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas que son igualmente rechazables: que una persona con déficit cognitivo no pueda tener jamás relaciones sexuales con personas normalmente imputables, ya que de hacerlo serían responsables de un delito de abuso sexual, y que las personas responsables no puedan aprovecharse impunemente de la singularidad psíquica de la víctima con olvido de la protección que tales personas merecen para que puedan ejercer su actividad sexual con un profundo respeto a su personalidad (STS 344/2005, de 18 de marzo).

En la evaluación de esta dicotomía hemos dicho que contar con una madurez sexual básica no significa que se desconozca el alcance sexual de los actos. Para la validez del consentimiento sexual la ley penal no exige de un profundo conocimiento de la sexualidad, sino de un conocimiento básico (STS 542/2007, de 11 de junio). Y resulta evidente también que, en una sociedad libre y respetuosa con los derechos del individuo, la sexualidad de cada sujeto no tiene que estar regida por determinados estándares morales vinculados a aspectos como el amor, la descendencia o la monogamia, por referencia a los más habituales, sino que cada sujeto conduce tal faceta de su personalidad de un modo soberano en el ejercicio de su autodeterminación sexual".

Aplicada la indicada doctrina a este supuesto, no puede eludirse que la menor, aún cuando con una discapacidad del 35% de carácter emocional, según manifestaron las peritos psicólogas que depusieron en el acto del juicio oral, no está carente de una capacidad de autodeterminación sexual, habida cuenta de que, conforme a dicho informe pericial psicológico (que obra en autos pag. 4), diferencia cuando una relación sexual es o no aceptada por ella.

Pero es que, a mayor abundamiento, la tipicidad de estos comportamientos, Art. 181.2 Cp en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, en uno y otro caso, viene determinada por la concurrente existencia de otros factores: por ejemplo: cuando los actos se ejecutan sobre personas que se hallan privadas de sentido, cuando se cometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos o de cuyo "trastorno mental" se abusare. Todas estas circunstancias, para que pueda predicarse con razón la responsabilidad del autor, deben ser, naturalmente, abarcadas por el dolo (ha de conocer, por ejemplo, que la víctima se encuentra dormida y, pese a ello, abordarla sexualmente). Pues bien, en el presente caso, tampoco concurre prueba alguna de que el acusado tuviere conocimiento de la situación emocional de la menor y, conociéndola, decidiese a provecharse de la misma para satisfacer sus lúbricos deseos, habida cuenta de que, como se recoge en el relato de hechos probados, el contacto que habían mantenido uno y otra había sido muy esporádico y breve en el tiempo, limitándose a un encuentro de escasos minutos en los primeros días de diciembre de 2.020 y al del acaecimiento de los hechos, siendo así que ambos han ofrecido versiones contradictorias sobre si se llegaron a conocer físicamente mientras la menor se encontraba en Soria, posibilidad ésta negada por la propia menor. Por otra parte, conforme a la pericial psicológica anteriormente referenciada y según depusieron las peritos en el acto del juicio oral, la situación emocional de Olga, aún cuando profundamente vulnerable, no era apreciable "a simple vista" ni se ha acreditado que el acusado tuviere conocimiento de la misma. Si a ello se une la tipología del mecanismo relacional establecido entre ambos, limitado a conversaciones a través de una red social y a dos encuentros físicos, el primero de muy breve duración (minutos) y el segundo el de los hechos enjuiciados, hace que no pueda considerarse acreditado que en el ánimo del acusado estuviere presente un conocimiento de las particulares condiciones de la menor y la voluntad de aprovecharse de las mismas, por lo que la aplicación del principio in dubio pro reo debe llevar, también en este caso, al dictado de una sentencia absolutoria.

QUINTO.- Por último, respecto a la circunstancia 3ª del Art. 180 Cp, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, sin dejar de reconocer que la menor era y es una persona vulnerable, no es menos cierto que tal constituye una circunstancia cualificativa para cuya apreciación es necesaria la concurrencia del tipo, de tal manera que, a diferencia del supuesto contemplado en el Art. 181.2 Cp, por sí sola no determina la concurrencia de éste y carece de operatividad sustantiva tipológica propia y autónoma ante la no concurrencia de la conducta penalmente relevante cuya penalidad agrava.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, y en resumen, siendo así que las pruebas practicadas son insuficientes, por los motivos ya examinados, para acreditar los hechos objeto de acusación, la única conclusión posible y respetuosa con el principio de presunción de inocencia es que procede dictar sentencia absolutoria para el acusado.



SÉPTIMO.- Es igualmente procedente declarar de oficio las costas procesales causadas en el presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 239 y 240 Lcrim, en relación con el Art. 123 Cp.

FALLO

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Patricio del delito continuado de abuso sexual previsto en el Art. 181 Cp del que venía acusado, declarando de oficio las costas procesales del presente procedimiento y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas, librándose los despachos oportunos.

Por esta sentencia lo acordamos, mandamos y firmamos.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ