



Roj: **SAP B 8110/2019 - ECLI: ES:APB:2019:8110**

Id Cendoj: **08019370202019100204**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **20**

Fecha: **23/04/2019**

Nº de Recurso: **54/2017**

Nº de Resolución: **437/2019**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **MARIA CELIA CONDE PALOMANES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8110/2019,**
AAAP B 4932/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN VIGÉSIMA BARCELONA

Rollo Sumario núm. 54/2017

Sumario núm. 1/2016

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vilafranca del Penedès

SENTENCIA N.º.437/2019

MAGISTRADOS:

José Emilio Pirla Gómez

Manuel Álvarez Rivero

María Celia Conde Palomanes

En la ciudad de Barcelona, a 23 de abril del año dos mil dieciocho.

Vista en Juicio Oral y público ante la Sección Vigésima de esta Audiencia Provincial la presente causa, Rollo Sumario nº 54/2017, procedente del Sumario núm. 1/2016, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vilafranca del Penedès, seguida por un delito de abuso sexual a persona con discapacidad (artículo 74 y 181.1.2.4 y 5 del CP en relacion con el artículo 180.1.3 y 4 del CP en su redacción anterior a la reforma efectuada por LO 1/2015) y un delito de exhibicionismo y provocación sexual a persona con discapacidad necesitada de especial protección previsto en el artículo 186 del CP , contra el procesado, Isidoro , con DNI NUM000 , mayor de edad, nacido el día NUM001 de 1957 en Sant Martí Saroca, hijo de Justiniano y Elvira , carente de antecedentes penales, representado por la Procuradora Marta Navarro Roset y defendido por el Letrado Josep Font Gabarro. Han comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal y como acusación particular la Fundació Catalana Tutelar Aspanias representada por el Procurador Josep María Cortal Pedra y defendida por el Letrado Antonio Manuel Ferrer Lorenzo.

La Magistrada María Celia Conde Palomanes, expresa el parecer unánime del Tribunal, previa deliberación y votación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En el día señalado al efecto, se celebró el juicio oral y público que deriva de la causa referida en el encabezamiento tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Vilafranca del Penedès.



SEGUNDO. - El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual a persona discapacitada prevaleciendo de la vulnerabilidad de la víctima y de la relación de parentesco y superioridad, previsto y penado en los artículos 181 apartados 1, 2, 4 y 5 del CP en relación con el artículo 180.1 apartado 3 y 4, y 74 del CP en la redacción anterior a la efectuada en la LO 1/2015 de 30 de marzo, y un delito de exhibicionismo y provocación sexual previsto en el artículo 186 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La acusación pública solicitó la imposición al procesado por el primer delito DIEZ AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación absoluta mientras dure la condena y conforme al artículo 57 del CP la prohibición de aproximarse a Isidora y a su domicilio a una distancia inferior a 1000 metros, a cualquier lugar frecuentado por ésta, y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, ambas prohibiciones por un periodo de tiempo superior en un año a la pena de prisión que se le imponga y la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, guarda y curatela por tiempo de 6 años, de acuerdo con el artículo 192. 3 del CP; y por el segundo delito la pena de 10 MESES DE PRISIÓN y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

De conformidad con el artículo 192 del CP el Ministerio Fiscal pidió que se imponga al procesado la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años.

La acusación particular se adhirió al escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

TERCERO. - Por su parte la defensa del acusado calificó definitivamente los hechos como no constitutivos de infracción penal, solicitando la libre absolución de su defendido.

El procesado en la última palabra manifestó que Isidora no dijo en juicio que lo vio desnudo porque nunca lo vio; que él nunca se masturbó delante de Isidora; que Isidora tiene afán de protagonismo y no es consciente de lo que ha hecho; y que si los hechos denunciados fueran ciertos, Isidora no lo llamaría a escondidas para que fuera a buscarla a la residencia.

QUINTO. - En el presente procedimiento se han observado todas las normas y prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - Resulta probado y así se declara que el procesado Isidoro, nacido el día NUM001 de 1957, con DNI NUM000, carente de antecedentes penales, y cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de esta resolución, está casado con Purificación desde hace más de veinte años; y entre febrero de 2013 y septiembre de 2014 vivían en la masía DIRECCION000 del BARRIO000 del término municipal de Sant Martí Sarroca con el hijo común de ambos ya mayor de edad.

Los padres de Purificación en el año 1975 acogieron a Isidora nacida el NUM002 de 1969, que se encontraba en una situación de desamparo. Isidora padece un retraso mental moderado que motivó que en sentencia de 18 de mayo de 1992 dictada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona se la declarara incapacitada para regir su persona y bienes, y que el 12 de mayo de 1993 se le nombrase tutora a la madre de Purificación, Ángela; tutela que Ángela desempeñó hasta el 2 febrero de 2010, fecha en que la asumió la Som-Fundació Catalana Tutelar Aspanias. A pesar de ello Isidora, siguió integrada en su familia de acogida siendo tanto Purificación como el procesado y el hijo común de ambos los únicos referentes familiares con los que Isidora tenía relación, una vez que su madre de acogida falleció en el año 2013 y su padre se puso enfermo de Alzheimer.

Por Resolución de 21 de enero de 2008 del Departament de Acció Social i Ciutadania, Equip de Valoracions dAdults de Barcelona de la Generalitat de Catalunya se reconoció a Isidora un grado de discapacidad del 66%.

El retraso mental que padece Isidora es apreciable a simple vista y al entablar cualquier conversación con ella, y le dificulta determinarse libremente en el ámbito sexual.

SEGUNDO. - Desde el año 2009 Isidora reside en Llar-Residència Mas Albornà sita en Les Cabanyes y entre febrero de 2013 y septiembre de 2014 pasaba algunos fines de semana completos o algún día de los fines de semana en casa de su hermana de acogida Purificación y del procesado. Durante estos fines de semana el procesado con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos y aprovechando los momentos en que estaba solo con Isidora, bien porque quedaban en casa solos cuando Purificación iba a trabajar los sábados y domingos por la mañana o porque iban solos al que había sido domicilio de los padres de acogida de Isidora sito en la CALLE000 de Sant Martí Sarroca, mantenía relaciones sexuales con ella penetrándola vaginalmente con el pene a pesar de que Isidora le decía que no quería y que le hacía daño, aprovechándose para hacerlo de la discapacidad de Isidora que le impedía decidir libremente en el ámbito sexual y la influencia que tenía sobre



ella al ser una de cuatro personas a las que Isidora consideraba su familia (el procesado, su hermana, su sobrino y su padre enfermo de Alzheimer).

No se ha probado que el procesado obligase a Isidora a hacerle felaciones, solo se ha probado que un día en estando en casa de los padres de Isidora el procesado le pidió que le hiciera una felación, ésta se negó, y no se la hizo.

No se ha probado que el procesado viese una película pornográfica en presencia de Isidora ni que le obligase en ese momento a mantener relaciones sexuales con él introduciéndole el pene en la vagina.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - En primer lugar, debemos documentar la decisión que adoptamos "in voce" tras celebrar una vista previa al inicio de juicio oral pues las acusaciones solicitaron que la testigo Isidora declarase tras una mampara sin que pudiese ver ni ser vista por el procesado. En dicha vista celebrada en presencia de las partes, oímos a Isidora quien manifestó que no quería ver ni que le viera su cuñado explicando que estaría más tranquila si lo no lo veía.

Ninguna de los partes se opuso a que la testigo declarara protegida por una mampara.

En aplicación del art. 25.2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito decidimos que la testigo declarara en el juicio protegida mediante una mampara evitando la confrontación visual con el procesado, pues apreciamos en esta primera declaración de la testigo un potencial peligro psicológico para ella, al tener que narrar hechos de la naturaleza de los que aquí se han enjuiciado, teniendo a la vista y siendo vista por el procesado. Y además tuvimos en cuenta que el retraso mental que presenta Isidora determina que el riesgo de daño psicológico para ella que puede derivarse de una declaración en la que vea y sea vista por el procesado, sea mayor que para otros testigos que no tengan este retraso.

SEGUNDO. - Al inicio del juicio el Ministerio Fiscal pidió que se alterase el orden de la práctica de la prueba y que antes de declarar Isidora se practicara la pericial psicológica a cargo de Salvador e Victoria, psicólogos de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo-Valcárcel. Explicó el Ministerio Fiscal que uno de los objetos de tal pericial es precisamente informar de las limitaciones que Isidora por su retraso mental puede tener para exponer los hechos, y el otro objeto de la pericial es dar pautas o recomendaciones para tomarle declaración a Isidora; y además que el psicólogo Salvador es la persona que las acusaciones pidieron que durante el interrogatorio acompañase a Isidora para proporcionarle tranquilidad en el momento de la declaración con lo que tiene que declarar con carácter previo a la denunciante. A esta petición se adhirió la acusación particular y se opuso la defensa.

Accedimos a esta petición del Ministerio Fiscal por las razones expuestas por las acusaciones en juicio y que acabamos de reseñar.

La defensa del procesado planteó dos cuestiones previas. En primer lugar, se opuso a que se permitiera a la denunciante declarar asistida por el psicólogo Salvador de la Unidad de Atención a la Víctima con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcárcel tal y como se había acordado en el auto de admisión de pruebas de 12 de julio de 2018. En juicio mantuvimos que la declaración testifical de la denunciante se prestara con asistencia de dicho profesional con base al artículo 4. 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, ahora bien limitando la intervención del mismo a mero acompañante de la denunciante para que la misma pudiera declarar más tranquila; sin que en ningún caso dicho profesional pudiera intervenir en la práctica del interrogatorio (aclarando preguntas que Isidora no entendiese) ya que en el informe forense y en el presentado por la acusación particular constaba que la denunciante tenía capacidad para entender y contestar a las preguntas siempre que las mismas fuesen claras y cortas. Aun así, la defensa formuló protesta ante esta decisión del Tribunal.

En la segunda cuestión previa planteada por la defensa al inicio del juicio implícitamente se pedía la nulidad del informe pericial elaborado por los forenses, argumentando que a los mismos el instructor les había pedido únicamente que informaran si Isidora tenía capacidad para declarar, y estos se excedieron de su cometido e informaron sobre otras cuestiones como la capacidad de fabulación o no de la denunciante. No declaramos la nulidad de esta prueba pues siendo cierto que lo que el instructor pidió a los forenses fue que informasen sobre la capacidad de Isidora para declarar como denunciante, y el informe no se limitó a esta cuestión, también lo es que este informe fue incorporado inicialmente a la causa, la defensa lo conoció desde el primer momento y pudo pedir aclaraciones, ampliaciones e incluso una nueva exploración de la denunciante con intervención de la defensa y con intervención de los peritos del EATP y no lo hizo. Incluso durante la instrucción se le advirtió expresamente a la defensa que podía pedir ampliación o aclaración del informe forense en concreto así se hizo en el auto de 28 de junio de 2016, página 506. La defensa al respecto solo pidió durante la instrucción



que se permitiera a los peritos designados por tal parte una entrevista con la denunciante, diligencia que se denegó correctamente, porque la finalidad de la misma era valorar la credibilidad de la denunciante o fiabilidad de su relato y ello compete exclusivamente al Tribunal. Someter a cualquier víctima a una pericial de parte con el objeto de evaluar la credibilidad de su testimonio es improcedente en todos los casos y más aún en el presente que estamos hablando de una persona declarada incapacitada; y la defensa, como acabamos de decir, pudo pedir durante la instrucción una nueva exploración judicial de la denunciante con intervención del EATP y que los profesionales de este organismo oficial elaborasen un informe sobre su testimonio.

Asimismo, cuestiona la defensa el informe psicológico de la Unidad de Atención a la Víctima con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcárcel aportado por la acusación particular, argumentando que lo aportó por propia iniciativa sin que el instructor se lo pidiera. Poco recorrido tiene esta alegación pues como la propia defensa aduce al exponer esta cuestión previa dicho dictamen se presentó en octubre de 2015, y se incorporó a la instrucción por lo que es evidente que se trata de una diligencia de instrucción admitida por el instructor, diligencia que la defensa conocía desde ese momento y ninguna indefensión le generó su admisión.

TERCERO.- Las pruebas practicadas en el juicio oral, valoradas en conciencia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 741 y 973 de la L.E.Cr así como las diligencias de instrucción practicadas con todas las garantías las cuales han sido traídas a las sesiones del plenario en condiciones tales que permiten dar satisfacción a los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción, acreditan unos hechos que encajan en uno de los tipos por el que formulan acusación las acusaciones, un delito continuado de abuso sexual sobre persona declarada incapacitada con penetración; aunque como veremos no acreditan la comisión un delito de exhibicionismo y provocación sexual previsto en el artículo 186 del CP .

La única prueba directa de los hechos que tenemos es la declaración de Isidora ; prueba que por las razones que expondremos es suficiente para fundar una condena por un delito de abuso sexual con penetración. Nos encontramos en este caso con dificultades añadidas a la que habitualmente aparecen en delitos de esta naturaleza en las que solo se cuenta con la declaración de la víctima, porque en este caso la víctima es una persona declarada incapaz; porque se tardó mucho en denunciar, demora no imputable a la denunciante sino a sus tutores (pasan siete meses desde que Isidora revela los hechos a los responsables de la residencia donde vivía hasta que se formula denuncia); y porque la instrucción tiene carencias importantes, particularmente la ausencia de un informe del Equipo de Asesoramiento Técnico Penal que en un caso como el presente sería de extraordinaria ayuda, o un examen médico ginecológico de Isidora ya que solo contamos al respecto con referencias vagas de la testifical y de la documental a un examen ginecológico efectuado a Isidora después de que revela los hechos y antes de la denuncia. Todas estas circunstancias que dificultan la prueba en ningún caso pueden perjudicar al procesado; dice el Ministerio Fiscal, en el informe, en relación con alguna de estas cuestiones, que las mismas no pueden perjudicar a la denunciante puesto que no le son imputables, pero tampoco son imputables al procesado y el principio de presunción de inocencia no permite interpretaciones más laxas por cuestiones como las reseñadas. Aun, así como decimos el testimonio de Isidora permite acreditar un abuso sexual con penetración vaginal.

Dicho esto, vamos a exponer en este fundamento resumidamente la prueba con la que contamos.

Tenemos la declaración exculpatoria del procesado que niega haber realizado cualquier conducta de naturaleza sexual sobre la denunciante, hermana de acogida de su esposa. En concreto relata que está casado con la hermana de acogida de Isidora , que conoce a Isidora desde hace 25 o 26 años, que él sabía que tenía una discapacidad mental, que cuando sus suegra murió hace unos seis años llevaron a Isidora a un centro, y él y su mujer iban a buscarla muchos fines de semana, en concreto iban los sábados a medio día, y Isidora prefería que fuese él a recogerla pero iban indistintamente él y su mujer, Isidora pernoctaba solo una noche en casa, casi nunca él se quedaba solo con ella, su mujer trabajaba a veces los sábados y domingos por la mañana pero en casa estaba su hijo y la novia de éste. Admitió el procesado que él y Isidora fueron dos o tres veces solos al domicilio de sus suegros para quitar los muebles de la casa pues la iban a alquilar.

En relación a los hechos propiamente denunciados dice que nunca penetró vaginalmente a Isidora , no le pidió que le hiciera felaciones ni le efectuó tocamientos, no se paseaba desnudo por la vivienda, los fines de semana a veces le decía a Isidora que la llevaba a los chinos a comprar alguna chuchería, una vez la llevó al McDonald, él a veces veía un canal de películas eróticas, nunca delante de Isidora pero puede que viera una película erótica algún domingo por la mañana. Sigue diciendo el procesado que un fin de semana su mujer fue a buscar a Isidora , llegó sola y le explicó que Isidora lo había denunciado por abuso sexual, él llamó al centro y lo citaron a una reunión con profesionales del centro en la que también estaba Isidora , en esa reunión los profesionales del centro le dijeron que el día antes de que Isidora dijera que él abusaba de ella, le habían dado un curso sobre abusos sexuales, también le dijeron que la exploración ginecológica de Isidora no era concluyente. Señala el procesado que él en esa reunión solo dijo que una vez vio una película erótica y



que creía que Isidora no la vio, pues él estaba pendiente y si oía que entraba apagaba la tele, que no dijo en esa reunión que se masturbó delante de Isidora porque nunca lo hizo y nunca lo dijo.

Añade que la relación con Isidora era buenísima (minuto 12.25 video 1 del juicio); que a Isidora le gusta agrandar, que es mentirosa, y que le pillaron al menos tres o cuatro veces mintiendo, por ejemplo, cuando su suegro vivía con ellos ella le cogía pastillas, se las metía en el bolsillo y después decía que era su suegro quien las escondía.

Para finalizar explica el procesado que la habitación de su hijo estaba al lado de la habitación donde dormía Isidora, su hijo tiene un oído muy fino y si hubiese pasado algo lo hubiese oído; que las primeras veces que Isidora vino a casa también vivía en casa su suegro y que cada dos por tres éste se levantaba al baño; que después de la denuncia ella llamaba a su casa y preguntaba por él, llamaba a escondidas preguntando por qué no iban a buscarla pero desde que él declaró en instrucción y dijo que Isidora lo llamaba ya no volvió a llamar; que su suegra nunca impidió a Isidora que se sentase a su lado; y que Isidora en una ocasión ya denunció a un tío de su mujer, dijo que la tocaba, pero nunca se llegó a demostrar; y que él en esa época tenía relaciones sexuales con su mujer pero no muchas.

A continuación, se practicó la prueba pericial psicológica a cargo de Salvador e Victoria, psicólogos de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo-Valcárcel. Estos peritos ratifican el dictamen unido en la página 210 y siguientes explicando que mantuvieron una entrevista de una hora o dos horas con Isidora en la que no hablaron de los hechos denunciados, solo valoraron las limitaciones que podía tener a la hora de declarar y concluyeron que Isidora se muestra muy nerviosa ante situaciones que son nuevas, tiene dificultad para entender preguntas muy largas con términos jurídicos o dobles negaciones, pero puede contestar a preguntas simples, y cortas. En el informe que estos peritos ratifican se constatan extremos como los siguientes: Isidora conoce los días de la semana pero tiene dificultades para poder decir el mes y el año; su capacidad de imaginación es limitada mostrando dificultades para imaginar de forma libre y cuando lo hace recupera objetos concretos que conoce; elabora correctamente las frases pero las que emplea son sencillas de cinco o seis palabras; tiene memoria episódica y es capaz de ofrecer detalles suficientes pero hace referencia más a la parte central que a los detalles periféricos y la información que aporta sobre sucesos que se encuentran alejados en el tiempo es mucho menor y con menos detalles; muestra una alta deseabilidad social no siendo capaz en determinadas ocasiones de contradecir al interlocutor, ni decirle que no aunque no esté de acuerdo, y puede ser sugestionable cuando la información es difusa y sutil.

A la vista de esta pericial el presidente del Tribunal veló porque las preguntas a Isidora se efectuasen de manera concreta, clara y corta.

Vamos a reproducir lo más literalmente posible las manifestaciones de Isidora en juicio (quedó registrada su declaración en el video 3 a partir del minuto 33) ya que es la prueba esencial con la que contamos. En concreto declaró la denunciante en juicio que vive en Les Cabanyes desde hace mucho, siempre está allí, que se acuerda que un día acudió a dependencias de los mossos desquadra a Vilafranca y les contó que pasó una cosa, su cuñado le tocaba aquí (señala la zona vaginal) cuando estaban en casa de su madre, de su hermana y en el coche, la tocaba y la quería violar, la tocaba aquí abajo, le hacía cosas que no eran, que no son, la tocaba con la mano, le hacía daño, la tocaba con la mano y otras cosas, le hacía daño, le quitaba la ropa cuando estaban en casa de su madre, su madre ya no estaba, en casa de su hermana también se lo hacía cuando su hermana estaba trabajando, se enteró su hermana de esto cuando se lo dijo ella, le quitaba la ropa y le tocaba con la mano, el hijo de su hermana, Gonzalo, no estaba, ella no lo vio, esto pasaba los sábados y domingos por la mañana, ella iba a casa de su hermana los viernes y pasaba con ellos el sábado y el domingo, una vez vio la televisión con su cuñado, le puso una película de video, no sabe de qué era la película, de *guarrerías*, tonterías, salía una mujer haciendo el amor, haciendo el guarro, solo la vio una vez.

Sigue diciendo Isidora que estos hechos tenían lugar en el comedor, en su habitación no, él estaba desnudo, lo enseñaba todo, le metía la mano ahí, siempre era lo mismo, se llevaba mal con su cuñado porque le hacía cosas que no le gustaban, la tocaba aquí abajo (vuelve a señalar la zona vaginal), le tocaba más cosas, ella le decía que le hacía daño aquí (zona vaginal), le hacía cosas que no le gustaban, en casa de su madre le hacía cosas en la habitación de matrimonio, se ponía ella debajo y él encima, le hacía daño, los dos desnudos sin ropa, él se ponía encima, hacía cosas (hace gesto muy significativo e indicativo de una relación sexual con un penetración vaginal con el pene, minuto 46.55 del video 3 de juicio), las manos cuando le hacía eso las tenía aquí abajo (señala la zona vaginal), ella nunca le vio el pene a su cuñado, una vez le dijo que se lo chupara cuando estaban en la habitación de su madre pero no se lo chupó, abusó de ella estando casado con su hermana, él la obligaba a hacerlas, ella se lo contó a Maite porque necesitaba una persona para contarle, sacarlo de dentro, también se lo contó a Delia, a Purificación le contó que se lo hacía en casa de ella, de su madre y en el coche, lo contó delante de él, él decía que era mentira pero ella decía que era verdad, en la residencia hubo un taller sobre sexo,



desde que denunció no volvió a casa de su hermana, sus tutores no quieren, Delia y Maite le decían que no debía contar mentiras pero ella decía la verdad, en la cama de la casa de su madre había sábanas estaban ya puestas, cuando vio la película de guarrerías su cuñado estaba desnudo, le decía si le gustaba y le decía lo hacemos o no, y ella decía que no, que no le gusta hacerlo, él insistía que sí, ella tiene novio, no lo ve porque él está en su casa, que su cuñado le tocaba todo (concreta solo la vagina), al centro la iba a recoger su cuñado los viernes, no estaba contenta de que la fuera a recoger él, cuando se encuentra mal o alguien le hace daño ella se lo dice a la psicóloga.

La testigo, Maite, es la psicóloga referente de Isidora, y explica que tiene relación profesional bastante íntima con ella porque la conoce desde el año 2009; y que Isidora tiene retraso mental moderado, no sabe equipar su retraso a una edad cronológica mental, de poder equiparse la edad de Isidora a una edad cronológica sería de unos cinco o seis años como máximo. En relación a los hechos dice la testigo que un viernes de septiembre de 2014 Isidora habló con ella y le dijo que mantenía relaciones sexuales con penetración con su cuñado, que esto pasaba en el domicilio del cuñado cuando su hermana no estaba y en el domicilio de los padres de ella, que cuando ocurrían los hechos en el dormitorio de sus padres él ponía una toalla en la cama para no manchar la cama y cerraba las persianas para que no los vieran los vecinos, que Isidora también le dijo que veía películas pornográficas que le ponía su cuñado en el domicilio, y que contaba esto porque creía que su sobrino los escuchó y tenía miedo de que su sobrino se lo dijera a su hermana y su hermana le riñera.

A lo largo del interrogatorio matiza la testigo que Isidora no le dijo expresamente que tenía relaciones sexuales con penetración con su cuñado, que lo que le dijo fue que hacían el *ñaca ñaca*, o *tú ya sabes*, pero que en una ocasión llegó a decir espontáneamente que le metió el pene dentro de la vagina sin preguntarle directamente ella (minuto 3 del video 4), que Isidora no le dijo que veía películas pornográficas sino películas porno; y que ella no le formuló ninguna pregunta directa para evitar el riesgo de que Isidora se dijese lo que ella piensa que ella quiere escuchar, pues Isidora quiere agradar siempre a quien le pregunta.

Admite la testigo que al principio ella no se creyó lo que decía Isidora porque nunca había hablado con ella de nada referente a la sexualidad, pero como la conoce desde hace años y no le resulta difícil acabar descubriendo la verdad, esperó unos días para volver a hablar del tema y al siguiente lunes Isidora expuso lo mismo, por lo que ella lo comunicó a sus superiores. Cuenta la testigo que ella se lo dijo a una compañera Delia y ésta habló con Isidora por separado y le contó lo mismo, Isidora también empezó a decirlo a diferentes monitores, incluso a los compañeros del taller laboral y a pesar de que ella le dijo reiteradamente que lo que estaba diciendo era muy grave, Isidora insistía en que decía la verdad; que Isidora a veces miente para llamar la atención y para que estén pendientes de ella, dice mentiras muy infantiles por ejemplo dice que le han robado el bocadillo y después descubren que fue ella quien lo tiró, pero nunca mintió en algo de la trascendencia de lo que contó en relación a su cuñado; que antes de que Isidora contase este hecho, en concreto en el mes de julio se realizó en el centro un taller de sexualidad en el que se explicaba la diferencia entre afectividad y sexualidad, entre relaciones sexuales con y sin penetración, se informaba sobre métodos anticonceptivos, y prevención de abusos sexual.

En otro orden de cosas explica la testigo que una vez que Isidora le cuenta que su cuñado abusa de ella desde el centro convocaron a una entrevista a la hermana, en esa entrevista en la que ella estuvo presente, Isidora narró a su hermana lo que antes le había contado a ellas, y cuando ésta le preguntaba detalles Isidora se los daba, su hermana reconoció que no tenía relaciones sexuales con su pareja, y a ella le dio la sensación de que la hermana dudaba, cuando su hermana se fue Isidora lloró desconsoladamente, ella nunca la había visto así; que tuvieron otra reunión pero con intervención del cuñado, y Isidora explicó lo mismo, el cuñado se mostró tranquilo, dijo que quizá Isidora podía estar confundida porque un día él vio una película pornográfica en el comedor y se masturbó pero ella estaba dormida aunque pudo haberse despertado y haberlo visto. Indica asimismo la testigo que desde el centro llevaron a Isidora al ginecólogo para poder examinarla y ver si se podría comprobar algo de lo que decía pero no se pudo, cree que en esa época Isidora no tomaba anticonceptivos; que Isidora tenía un novio en la residencia y para ella tener pareja era cogerse de la mano, darse *un pico* en la boca pero no iba más allá; y que desde que la conoce Isidora nunca se mostró desinhibida sexualmente, y aclara que Isidora sabe lo que es la vagina y lo que es el pene.

Finalmente expone la testigo que Isidora se llevaba bien con su hermana y su cuñado, estaba deseando que llegara el fin de semana para ir a verlos, y que a veces Isidora se contradice. En todo caso insiste la testigo en que cree que Isidora no tiene capacidad para fabular una cosa así añadiendo que es posible que Isidora mantuviera los hechos en secreto hasta septiembre de 2014.

En un sentido similar declara Delia, directora de la residencia donde vive Isidora. Manifiesta esta testigo que tiene trato con Isidora desde el año 2010, que Isidora realizaba visitas en el domicilio de su hermana, los fines de semana, iba los viernes a veces volvía los sábados o el domingo, a veces iba los sábados y volvía los domingos. En relación a los hechos expone esta testigo que a ella en septiembre de 2014 la psicóloga



referente de Isidora , Maite , le explicó que Isidora le contó que su cuñado abusaba sexualmente de ella, que habló con Isidora y le contó lo mismo que le había contado a Maite . Dice la testigo que a ella en concreto Isidora le dijo que su cuñado le hacía hacer cosas que ella no quería, la llevaba al domicilio de su madre, en la casa bajaba la persiana, la desnudaba a ella, se desnudaba él y se ponía encima suyo y ella no quería, que cuando su hermana no estaba en el domicilio, su cuñado veía películas pornográficas y se masturbaba, ella decía que eran películas porno, le decía que eran películas donde se veían a mujeres desnudas con hombres que hacían lo mismo que él le hacía a ella en casa de su madre.

Igual que la testigo anterior dice esta testigo que ella estuvo presente en la entrevista con Purificación , y le sorprendió la reacción de Purificación pues le dio la sensación de que ella se lo esperaba; y que Purificación en esa entrevista dijo que no tenía relaciones con su pareja. Esta testigo también estuvo presente en una entrevista días después con el procesado e indica que le pareció sorprendente su reacción, pues dijo que era la palabra de Isidora contra la de él, pero reconoció que un día Isidora podía haberse despertado y haberlo visto masturbándose.

Finalmente coincide la testigo con la psicóloga al decir que le parece que lo que dijo Isidora es cierto porque les contó la misma historia siempre y porque antes nunca había hablado de temas sexuales; que Isidora decía que tenía un novio pero no es sexualmente desinhibida; que al principio creyeron que podía decirlo para llamar la atención pero luego les pareció que lo que le decía era verdad, pues se lo explicó en momentos distintos y les daba los mismos detalles (le relataba con detalle lo ocurrido en casa de la madre, por ejemplo que el procesado ponía una toalla para no manchar y que cerraba la ventana, o que se lo decía porque su sobrino los había visto); que aunque Isidora dice mentiras al final ella misma se descubre, (por ejemplo les dijo un día que un compañero embozó el lavado y acabó reconociendo que fue ella); que después de todo esto Isidora lo pasó mal porque se le terminaron las visitas, y hasta ese momento Isidora tenía relación perfecta con su cuñado y su hermana, siempre les hablaba bien de ellos; y que Isidora por el tipo de minusvalía que padece no tiene capacidad para elaborar un relato como éste de no ser cierto.

Rita , fue la tutora de Isidora y quien presentó la denuncia en dependencias de los mossos desquadra, relata que tuvo conocimiento de los hechos en septiembre de 2014, que tardaron tiempo en denunciar porque querían hablar bien con Isidora para cerciorarse de lo que decía y asesorarse con abogados; que a ella en particular Isidora le contó que su cuñado abusaba sexualmente de ella, que la llevaba a la cama, que al contárselo Isidora le hacía un gesto introduciendo un dedo entre un círculo formulado por otros dos, (véase minuto 28.32 video 5 la testigo reproduce el gesto), que los abusos se cometían en casa de su hermana en concreto en la habitación de Isidora cuando su hermana se iba a trabajar, que su cuñado se acercaba a su cama, y también en la casa de los padres, que la obligaba a hacer felaciones viendo una película, y que durante los siete meses desde que se lo contó hasta que interpusieron la denuncia, Isidora siempre decía lo mismo aunque no explicaba siempre los mismos detalles.

La hermana de acogida de Isidora , Purificación , explica que Isidora vivió en su casa tutelada por sus padres, pero también estuvo épocas viviendo en centros por la situación de salud que tenía. En relación los hechos enjuiciados dice que hasta septiembre de 2014 tanto ella como su marido tenía una buena relación con Isidora , venía los fines de semana a casa, normalmente algunos viernes y la mayoría de sábados y domingos, ella trabajaba los fines de semana de 7 menos cuatro de la mañana a dos y cuarto de la tarde, por las mañanas Isidora quedada con su marido, por la tarde estaban todos en casa o salían, su hijo estaba todos los fines de semana en su casa, Isidora dormía en una habitación al lado de su hijo, cuando su padre vivía con ellos a Isidora le ponían una cama plegable al lado habitación de su hijo; que alguna vez Isidora le dijo que fue a McDonald o de compras su marido, y en otras ocasiones Isidora y su marido fueron a casa de su madre para sacar los muebles porque querían alquilar el piso; que normalmente su marido no ve películas eróticas, y que su hermana a veces veía comedias y cuando veía a una pareja que se daba un beso o estaban en la cama decía que era un película porno.

Describe la testigo las dos reuniones que tuvo con el personal del centro y con Isidora , aunque no de manera exactamente igual que las profesionales del centro que participaron en las mismas. En efecto solo coincide esta testigo con las anteriores testigos al decir que en una primera reunión Isidora dijo que su marido le tocaba, que había tenido relaciones con ella; pero niega haber dicho ella en esta entrevista que no tenía relaciones con su marido pues tenían relaciones sexuales. Con respecto a la segunda entrevista en la que también estaba su marido admite la testigo que Isidora contó todo de nuevo, pero niega que su marido reconociese que se había masturbado delante de Isidora , explicando que su marido dijo que cuando esto pasó Isidora estaba en otra habitación durmiendo. También manifiesta la testigo que Isidora le decía que tenía novio, que se cogían de la mano y le daba un beso, que desde el centro nunca le dijeron que Isidora fuese sexualmente desinhibida, en otra residencia que había estado le daban anticonceptivos pero desconoce si era una norma del centro o existía otro motivo; y que no sabe la razón por la que Isidora denunció a su marido, solo sabe que fue a raíz de



una conferencia de educación sexual que dieron en la residencia. Añade al respecto la testigo que ella también cree que puede ser por celos ya que Isidora se había encariñado con su marido y siempre quería que la fuera a buscar él a la residencia. En otro orden de cosas dice la testigo que su hijo nunca le comentó que hubiese visto a su padre en alguna actitud sexual con Isidora. Finaliza la declaración diciendo que desde que murió su madre Isidora estaba más abierta, incluso en el Centro le dijeron que había pasado bien el duelo por la muerte de su madre y que le sentaba bien que la llevaran a casa los fines de semana; y que cree que si lo que cuenta Isidora fuese cierto se lo hubiera dicho a ella antes que a la psicóloga de la residencia.

Los últimos testigos que depusieron en juicio fueron Gonzalo, el hijo del procesado y de Purificación, y la novia de éste, Felicísima, y ambos coinciden con el procesado y con su mujer al decir que cuando Isidora estaba en casa los fines de semana nunca o casi nunca se quedaba solas con el procesado, que ellos casi siempre estaba en casa, que como mucho se iban a comer algún día fuera de casa y salían sobre las doce y media (esta última manifestación la hace la novia del hijo del procesado), que dormían al lado de la habitación donde dormía Isidora y nunca oyeron nada extraño. E igual que Purificación cuentan estos testigos que Isidora decía que tenía un amiguito en la Residencia que le daba besitos, pero nada más. El hijo del procesado añade que Isidora era un poco mentirosa, por ejemplo, hace muchos años en una cena de Navidad en la que estaba su tía y sus dos hijos discapacitados, Isidora escondió una figura del pesebre diciendo que había sido uno de sus primos, cuando pasaron varios meses dijo que había sido ella. Y también dice este testigo que desconoce si su padre veía películas eróticas o pornográficas.

La pericial corrió a cargo de los médicos forenses Modesto y Marisol que ratifican el informe pericial obrante en la página 43 y siguientes de la causa en el que concluyen que observan criterios clínicos en Isidora compatibles con un retraso mental leve moderado y que no han constatado déficits amnésicos o alteraciones psíquicas de entidad suficiente que le impidan declarar sobre los hechos vividos ni observan fabulación. En juicio explican que el Juzgado les pidió que informaran solo si Isidora podía declarar, pero también concluyeron que no fabulaba; que para elaborar el informe realizaron una exploración física-psíquica de la paciente, le efectuaron preguntas abiertas y alguna pregunta cerrada, no la sometieron a ningún test porque no lo consideraron necesario al ser evidente el cuadro psicopatológico. Añaden que el paso del tiempo y el retraso en denunciar puede justificar que Isidora no recuerde con exactitud las cosas por su propia enfermedad; que los abusos sexuales no tienen necesariamente que desencadenar secuelas somáticas como insomnio o trastornos alimenticios, aunque podría desencadenarlos; y que el hecho de que Isidora explicara a varias personas los hechos y vea que le prestan atención pudo ayudarla a superar los mismos. Preguntados por la edad mental de Isidora dicen que tal equiparación solo puede hacerse por aproximación y podían estar hablando de la edad mental de una adolescente.

Los peritos de la defensa, Jose Daniel especialista en psiquiatría forense y María Rosa psicóloga forense, ratificaron el informe unido en la página 92 y siguientes del rollo de Sala en el que dictaminan que el procesado no padece trastornos de personalidad, que no le detectaron alteraciones en la esfera sexual, que no le constan antecedentes de delito sexuales, y que no cumple criterios de persona agresiva o psicópata. Al respecto detallan en juicio que realizaron tres entrevistas al procesado, le suministraron una prueba psicométrica de personalidad, el Inventario de Evaluación de la Personalidad (PAI).

En segundo lugar, en el informe de la defensa se analiza el testimonio de Isidora concluyendo que resulta extraño que de ser ciertos los hechos ésta tardara años en denunciar, siguiese manteniendo el contacto con el supuesto agresor, y que no tenga secuelas al no ser habitual que un abuso sexual como el descrito no haya ocasionado síntomas de desestabilización psicológica en Isidora ni cambios conductuales como sería el rechazo inmediato al agresor o conductas de evitación. Les sorprende a los peritos que no haya en Isidora indicadores físicos ni conductuales propios de víctimas de abusos sexuales por ejemplo miedos, y que no haya dato objetivo que demuestre que la denunciante fue objeto de abuso sexual. También ponen de relieve que la denunciante tenía conocimiento sexual previo porque había asistido a un curso sobre relaciones sexuales, pero preguntados los peritos si conocían el contenido del curso dicen que no. Observan los peritos de la defensa inconsistencia en el testimonio de Isidora porque en unas declaraciones dice que el sobrino presencié los hechos y en otras no. Y por último los peritos de la defensa critican la pericial del forense explicando que para informar sobre la credibilidad tendría que haberse efectuado a Isidora una entrevista grabada libre y espontánea por dos psicólogos y a partir de allí analizar la credibilidad del testimonio; y reconocen que no han entrevistado a Isidora, pero de la documental resulta que Isidora siempre procura agradar al interlocutor.

Contamos asimismo como documental con la Resolución del Departamento de Acció Social i Ciutadania, Equip de Valoracions d'Adults de Barcelona de la Generalitat de Catalunya que reconoce a Isidora un grado de discapacidad del 66% (página 17), con la sentencia de incapacitación del 18 de mayo de 1992 (página 86), y con el auto de 2 de febrero de 2010 en el que tras la renuncia de Ángela al cargo de tutora, se acuerda



la remoción de la misma y el nombramiento a la entidad Som-Fundació Catalana Tutelar Aspanias tutora de Isidora (página 90).

CUARTO. - De lo expuesto en el fundamento de derecho anterior se desprende que la prueba principal respecto a los abusos sexuales es la declaración que Isidora prestó en juicio y tal prueba es apta para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. Otros hechos declarados probados como la situación de incapacitación de Isidora, quienes fueron y son los tutores, donde vive, la relación que tenía con Purificación y con el procesado no resultan controvertidos; y los prueban sin dificultad las declaraciones testificales y la documental. Y también ha quedado probado que entre febrero de 2013 y septiembre de 2014 Isidora pasaba algunos fines de semana completos o algún día de los fines de semana en casa de su hermana y del procesado, pues si bien éste dice que siempre iba los sábados y solo pasaba una noche en casa, tanto Isidora, como los responsables del centro e incluso Purificación manifiestan que a veces iba los viernes; manifestaciones estas últimas a las que damos más fiabilidad siendo relevante que la propia mujer del procesado admite este extremo negado por él.

La declaración de Isidora reúne los parámetros básicos exigidos a la declaración de la víctima cuando es la única prueba y recogidos, entre otras muchas, en la STS de 16 de abril de 2013 al decir que *esta Sala ha señalado reiteradamente que, en principio, la declaración de la víctima es hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos impide en ocasiones disponer de otras pruebas y a que las víctimas participan al Tribunal unos hechos de los que han sido testigos directos.*

Con el fin de garantizar su fiabilidad y tutelar eficazmente el derecho constitucional a la presunción de inocencia esta Sala ha señalado la necesidad de que el Tribunal "a quo", como en toda actividad probatoria, debe efectuar una cuidada valoración de dicho testimonio atendiendo, entre otros posibles factores, a los siguientes criterios: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil espurio en la acusación; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la avalen; 3º) persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. (Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de 1988, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, 3 y 15 de abril de 1996, 23 de marzo y 22 de abril de 1999, 6 de abril de 2001, núm. 578/2001, 1854/2001, de 19 de mayo etc.).

Estos criterios son proporcionados por la jurisprudencia de esta Sala para procurar la racionalidad en la valoración de la prueba conforme al art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL1882/1, pero no suponen que el principio de valoración en conciencia y racional de la prueba (arts. 741 y 717 de la ley procesal) sea sustituido por unas reglas de valoración como las que se expresan en la sentencia y en la impugnación. Se trata de criterios que esta Sala proporciona a fin de comprobar y ayudar a la racionalidad de la valoración de la prueba pero que no sustituyen a la inmediatez en la práctica de esta.

Trasladando tal jurisprudencia al supuesto enjuiciado vemos que en la declaración de Isidora concurre *ausencia de incredibilidad subjetiva*.

Tenemos que partir de que la denunciante fue declarada incapaz para regir su persona y bienes por sentencia del 18 de mayo de 1992 (página 86) y sometida a tutela debido al retraso mental moderado que padece. En este sentido consta además en la causa la Resolución del Departament de Acció Social i Ciutadania, Equip de Valoracions d'Adults de Barcelona de la Generalitat de Catalunya que reconoce a Isidora un grado de discapacidad del 66% (página 17). Pero estas deficiencias psíquicas de Isidora según informe de los médicos forenses no le impiden declarar sobre los hechos vividos; en igual sentido se pronuncian los psicólogos Salvador e Victoria, de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo-Valcárcel que llegan a la conclusión que la discapacidad de Isidora no le impide realizar un relato de hechos vividos, siempre que se le hagan preguntas muy simples y cortas. Tampoco los peritos de la defensa cuestionan que el retraso mental de Isidora le permita hacer un relato de hechos vividos, sin perjuicio de las consideraciones que hacen acerca de la fiabilidad de tal relato, pero no efectúan ninguna reserva sobre la posibilidad de Isidora de declarar sobre hechos vividos.

Partiendo por tanto de que Isidora tiene capacidad para relatar un hecho vivido, no aprecia la Sala en ella ningún móvil espurio ajeno a narrar los hechos tal y como sucedieron. Tanto la propia denunciante como todos los testigos que declararon en juicio e incluso el procesado, coinciden al decir que antes de que la denunciante relatar los hechos aquí enjuiciados, la relación de ésta con su cuñado era muy buena (el procesado la califica literalmente de *buenísima*).

La defensa alude a la posible influencia que pudo tener en el relato que efectúa Isidora un curso sobre sexualidad impartido en julio de 2014 en la residencia donde ella vive; no descartamos que el curso haya tenido



influencia para que Isidora se atreviera a relatar hechos vividos (de todas formas el curso se imparte dos meses o mes y medio antes de que Isidora contara los hechos tal y como dice la psicóloga que lo sitúa en julio de 2014, no el día anterior como dijo el procesado). Pero difícilmente puede un curso motivar a la denunciante a denunciar falsamente a una persona en concreto, imputándole unos hechos muy concretos y sobre todo a mantener invariablemente tal relato, a pesar de las consecuencias negativas que para ella se derivaron de lo que contó. En efecto Isidora una vez que cuenta que su cuñado abusa de ella dejó de salir del centro los fines de semana, salidas que según todos los testigos eran de su agrado, extremo que no solo relata su hermana sino todos los profesionales del centro, incluso alguna de las profesionales como veíamos afirmó en juicio que Isidora estaba deseando que llegara el fin de semana para irse con su familia.

Igualmente apunta la defensa a un deseo de protagonismo de Isidora, o una llamada de atención como origen del relato de hechos que efectúa y de la denuncia. Ciertamente la psicóloga de referencia de Isidora declaró en juicio que a veces ésta contaba mentiras para llamar la atención, pero eran muy simples e infantiles, fácilmente detectables, a veces ella misma se descubría, y nunca de este calibre, añadiendo que nunca le había hablado de sexualidad. Y en este caso a pesar del tiempo transcurrido desde que Isidora revela los hechos, 2014, hasta el día del juicio celebrado en 2019, ésta defendió invariablemente su relato sin desdecirse, con lo que no puede sostenerse que la razón del mismo fuese llamar la atención, sobre todo porque este relato le provocó a Isidora sufrimiento, con lo que si hubiera sido una simple llamada de atención se hubiera desdicho como hacía cuando contaba las mentiras infantiles que menciona la psicóloga. En este sentido la prueba deja claro que la denunciante una vez que cuenta los hechos tuvo que enfrentarse en una primera reunión a su hermana, y sostuvo la versión que le había dado a la psicóloga y a la directora del centro, a pesar de que era consciente de que su hermana se enfadaría (le dice a una de las psicólogas que si su hermana se entera se enfadaría y le reñiría) y ella por su personalidad y el retraso que padece siempre quiere agradar a las personas con las que habla (así lo manifiesta la psicóloga y consta en el informe pericial de la acusación). De hecho esta entrevista con su hermana le generó un gran disgusto tal y como acredita la declaración de la psicóloga presente en la misma al decir que cuando su hermana se fue Isidora lloró desconsoladamente. Y aun así Isidora volvió a enfrentarse a su hermana y a su cuñado en una segunda reunión y expuso la misma versión de los hechos (su propia hermana admite que en las dos entrevistas Isidora dijo las mismas cosas) delante de su cuñado que negaba los hechos. Estos datos son muy significativos la hora de descartar un deseo de llamar la atención como móvil de la revelación de los hechos y de la denuncia.

En otro sentido la mujer del procesado apunta a unos posibles celos de la denunciante porque se había encariñado con su marido y quería que siempre fuese él al centro a recogerla. No hay ningún dato en la causa del que se infiera que la razón de la denuncia fuesen celos, o que Isidora se hubiese encariñado con el procesado a nivel sentimental o de pareja, pues de ser así resulta absurdo pensar que iba a denunciarlo y a decir que no quería verlo, pues ello suponía y de hecho supuso que se rompiera cualquier vínculo con el procesado.

Y ningún móvil espurio apreciamos en los profesionales del centro donde reside Isidora ni en su tutora; ni que éstos directa o indirectamente pudieran influenciar a Isidora para relatar unos hechos no ciertos. Es revelador al respecto que los profesionales que comparecieron en juicio (psicología, directora del centro y tutora) antes de denunciar quisieron cerciorarse de que lo decía Isidora no era una mentira de la que después se retractase o que acabaran ellos descubriendo rápidamente. Y esto no solo resulta de la declaración de la psicóloga, directora y tutora sino incluso de las manifestaciones del propio procesado y de su mujer que reconocen que antes de la denuncia los profesionales del centro los citaron a dos reuniones en las que estaba presente Isidora, y le dieron oportunidad al procesado de escuchar lo que Isidora decía y de rebatirlo antes de presentar la denuncia. Por otra parte, la demora en denunciar de siete meses (en septiembre de 2014 Isidora cuenta en el centro lo ocurrido y la denuncia no se interpone hasta abril de 2015), que si bien nos parece difícilmente justificable también demuestra que no existió ninguna motivación abyecta por parte de los responsables del Centro hacia el procesado o hacia la familia de Isidora. En definitiva, la denuncia solo se entiende si los hechos denunciados realmente ocurrieron ya que contar estos hechos y sobre todo mantener el relato lo único que provocó en la vida de Isidora fue sufrimiento; en un primer momento porque tuvo que enfrentarse a su hermana y a su cuñado y decir cosas que sabía que ellos no querían oír; después porque dejó de visitarlos, visitas que a ella le agradaban; y finalmente porque se rompió el contacto con su hermana y su cuñado que eran sus únicos referentes familiares.

El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en la verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en la corroboración de datos objetivos de carácter periférico (coherencia externa).

En este caso la declaración de Isidora en cuanto relata que el procesado, aprovechándose de la ocasión que le propiciaba ser el marido de su hermana y convivir con ella los fines de semana, la obligó a mantener relaciones sexuales con penetración y realizó diversos tocamientos en la zona vaginal cuando ambos iban en el coche



solos (no recogimos este extremo en los hechos probados pues ninguna de las acusaciones lo incluye en el escrito de acusación), cuando estaban en casa del procesado los sábados o los domingos por la mañana solos, y cuando iban a casa de los padres de Isidora , es lógica y coherente, y está avalada periféricamente por datos externos a su testimonio que provienen en primer lugar del reconocimiento del procesado, de su mujer e incluso de su hijo de determinadas circunstancias presentes en el relato de Isidora .

Así reconocen el procesado y su mujer que muchas veces el procesado iba solo a buscar a Isidora al centro, por tanto, estaban solos en el coche, y que a veces fueron a casa de los padres de Isidora ellos dos solos donde la denunciante ubica parte de los abusos. Trata sin embargo el procesado y su defensa de acreditar que él casi nunca estaba solo en su casa con Isidora porque estaba su hijo; no obstante, su hijo y la novia de su hijo reconocen que a veces se iban a comer fuera y la novia concreta que cuando comían fuera salían de casa sobre las doce y media y la mujer del procesado no llegaba hasta las dos y cuarto. Además el propio procesado reconoció en juicio que puede que viera películas eróticas algún domingo por la mañana en el comedor por lo que no parece muy lógico pensar que estuviera el hijo (el hijo manifestó que no sabe si su padre veía películas eróticas), y en todo caso si tenía intimidad para ver las películas eróticas también podía tenerla para realizar actos sexuales sobre Isidora .

En segundo lugar, ha quedado probado por testifical de la psicóloga y directora del centro, que el procesado en la entrevista que mantuvieron con él les reconoció que en alguna ocasión puede que se masturbara delante de Isidora , pero estando ella dormida. Aunque este hecho lo negaron en juicio el procesado y su esposa también presente en tal entrevista, nos ofrecen más garantías las declaraciones de las dos profesionales del centro (como hemos dicho anteriormente actuaron en todo caso con prudencia y no se creyeron gratuita ni inmediatamente las manifestaciones de Isidora) que las del procesado y su mujer pues observamos en ésta un deseo de no perjudicarlo. En definitiva, estos datos proporcionados en algún caso por el procesado, su mujer y su hijo, y otros por las profesionales del centro avalan tangencialmente el relato de Isidora .

Pero el dato más significativo a la hora de valorar este parámetro resulta de las declaraciones de la psicóloga de referencia y de la directora del centro donde vive Isidora , personas que la conocen desde el año 2009 y 2010 respectivamente, y que son muy claras cuando dicen que Isidora por su patología no puede elaborar un relato tan detallado como el que les hizo de los hechos y mantenerlo en el tiempo. Es verdad que ambas profesionales afirman que en algunas ocasiones Isidora contaba mentiras, pero dicen que enseguida la descubrían y ponen ejemplos de algunas de tales mentiras (dijo que le robaron el bocadillo y lo había tirado ella, dijo que un compañero embozó el baño y había sido ella); ejemplos que no tienen nada que ver con los hechos aquí relatados. También el procesado y su hijo ponen ejemplos de mentiras que contaba Isidora y las mismas tienen exactamente el mismo carácter infantil que las relatadas por las profesionales del centro (dicen que le escondía las pastillas a su padre cuando estaba enfermo y se lo atribuía a él, o que un día escondió una figura del pesebre de Navidad y culpó a unos primos); siendo muy indicativo asimismo que el procesado diga que en los más de veinte años que conoce a Isidora la descubrió mintiendo solo tres o cuatro veces. El procesado relató en juicio, aunque muy someramente, un hecho de mayor trascendencia al decir que en una ocasión Isidora dijo que familiar de su mujer abusaba de ella, pero no existe la mínima prueba de este hecho, más allá de las manifestaciones del procesado, pues ni siquiera a la mujer del procesado se le preguntó por el mismo.

Nos resulta asimismo revelador que según dicen las profesionales del centro, y la mujer del procesado, Isidora no hablaba nunca de sexo, que aunque decía que tenía novio para ella tener novio era darle un beso (la psicóloga habla de un pico), cogerlo de la mano y nada más, y que no era una persona desinhibida sexualmente. En efecto tales aseveraciones reflejan que el conocimiento que Isidora tenía de la sexualidad debía ser muy escaso. Y si a ello unimos que según el informe pericial de los psicólogos de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo-Valcárcel la capacidad de imaginación de Isidora es limitada, necesariamente hay que entender que Isidora por su discapacidad no podría hacer un relato como el que hace sin haberlo vivido y por todo lo expuesto no parece que lo haya vivido con alguien ajeno al procesado. Dice la hermana de la denunciante que en otro centro a Isidora le daban anticonceptivos, pero añade que no sabe si había un motivo concreto o bien se los daban como norma a todos los internos; desconocemos este extremo no obstante de haber existido una razón específica por la que a Isidora le hubieran dado en el pasado anticonceptivos parece lógico pensar que su hermana la conocería. En todo caso la toma de anticonceptivos por Isidora en el pasado no genera duda alguna sobre su testimonio. Y, es más, aunque entendemos que es significativo lo expuesto acerca del poco conocimiento de sexualidad que parece que tiene la denunciante, tampoco es definitivo y en caso de que existiera tal conocimiento previo por haber tenido otras relaciones sexuales ello no merma la fiabilidad del relato de Isidora básicamente porque se mantiene en el esencial durante años a pesar del retraso mental que padece.

Concurre por último el tercer criterio de valoración consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, exigiéndose, por una parte: a) ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones



prestadas por la víctima; b) concreción en la declaración; c) ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.

En el caso actual concurre dicha persistencia, y es un parámetro esencial atendiendo a la patología que padece Isidora pues como señalan las personas del centro que más la conocen, ésta no es capaz de mantener un relato que no sea veraz mucho tiempo y en este caso lo mantuvo una y otra vez cuando se lo contó a los distintos profesionales de la Residencia donde vivía (psicóloga, directora, tutora) que se entrevistaron con ella por separado, cuando se lo contó a su hermana, y cuando lo volvió a contar al cabo de unos días, y a pesar de lo violento que para ella tuvo que ser, delante de su cuñado. De igual manera Isidora sostuvo la misma versión de los hechos en la denuncia, siete meses después de que los contara la primera vez, y en el juicio más de cuatro años después. Dice Isidora en todas las declaraciones que su cuñado mantenía relaciones sexuales con ella con penetración vaginal cuando iban a casa de sus padres o cuando se quedaban en casa de su hermana solos. Ciertamente en juicio observamos que Isidora no introduce detalles que parece que aportó al personal del centro en los primeros momentos y relató en instrucción, pero esta circunstancia a la vista del tiempo transcurrido y del retraso mental de la testigo no puede extrañar, y no merma la fiabilidad del relato. Al respecto en el informe pericial psicológico de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo-Valcárcel se indica que la denunciante tiene memoria episódica y es capaz de ofrecer detalles suficientes, pero hace referencia más a la parte central que a los detalles periféricos y la información que aporta sobre sucesos que se encuentran alejados en el tiempo es mucho menor y con menos detalles (página 215)

Como decíamos en este caso y a pesar de la ausencia de detalles de los hechos en la declaración que presta la denunciante en juicio, la persistencia está especialmente reforzada atendiendo a la patología de la denunciante que según la psicóloga (que es la persona que tiene contacto diario con ella desde hace diez años) la hace equiparable a una niña de 5 o 6 años. El Tribunal teniendo en cuenta la exploración judicial efectuada en juicio y también el informe pericial psicológico presentado por la acusación particular (en este informe constan extremos como que Isidora sabe los días de la semana pero no sabe ubicar los hechos en meses o años, o que utiliza frases de cinco seis palabras) y con todas las salvedades que pueden hacerse a la hora de equiparar la edad de Isidora con una edad cronológica coincidimos con el criterio de esta psicóloga y no así con el forenses que indican que la edad mental de Isidora sería equiparable a una adolescente. Esta manifestación que se efectúa en juicio por los forenses y no consta en el informe pericial no nos ofrece suficientes garantías por dos razones. La primera porque vimos y escuchamos a Isidora en juicio y difícilmente puede equiparse su relato, su actitud, su comprensión de las preguntas y su forma de responder con la de una adolescente; y en segundo lugar porque esta manifestación de los forenses no se consigna en el informe sino que la hacen por primera vez en juicio habiendo transcurrido casi cuatro años desde que en el año 2015 exploraron a la denunciante con lo que no podemos descartar el olvido de una exploración de las muchas que hacen. E insistimos tanto la psicóloga como el propio Tribunal simplemente a la vista de Isidora y sin más consideraciones puede afirmar que la forma de contestar no se corresponde con una adolescente sino con una niña pequeña. Y en estas circunstancias es especialmente significativo que Isidora mantenga el relato durante casi cinco años.

Alega la defensa en el informe que Isidora no dijo en juicio que existiera penetración, y que incluso dijo que nunca le vio el pene a su cuñado. Y efectivamente dijo que no le vio el pene, pero también dijo que lo vio desnudo y aunque no dijo literalmente que la penetrara vaginalmente con los dedos o con el pene, sí manifestó que en casa de su madre el procesado se ponía desnudo encima de ella, y que le hacía cosas *que no son* y cuando se le pregunta que hacía él cuando estaba encima de ella, ambos desnudos, hizo un gesto que no deja lugar a dudas pues apunta inequívocamente a penetración vaginal con el pene, y no a meros rozamientos o frotamientos del pene con la zona vaginal estando desnudos. Si a ello unimos que Isidora declaró en juicio una y otra vez que su cuñado le hacía daño en la vagina no tenemos duda alguna de lo ocurrido. Como adelantábamos no tenemos un informe forense ginecólogo, solo contamos con una referencia que figura en el informe de la Asociación Mas Alborna, página 28, según la cual el 23 de septiembre de 2014 una vez que Isidora relata los hechos la llevan a una ginecóloga y que ésta les dice que tras la exploración no puede saber si ha tenido o no relaciones sexuales con penetración. Pero esto, aunque hubiera sido deseable que a Isidora se le hubiera efectuado un examen ginecológico forense, no nos impide declarar probado la penetración vaginal, porque insistimos en juicio Isidora dijo como había dicho desde el primer momento que relató los hechos que le hacía daño y representó a través de un gesto incontestable una penetración vaginal.

En este sentido Isidora salvo en una ocasión que según cuenta su psicóloga le dijo que el procesado le metió el pene en la vagina nunca habló literalmente de penetración vaginal, sino que se refirió a ello con términos como *ñaca ñaca, tú ya sabes*, o con gestos (la tutora dice que le hizo un gesto muy significativo con los dedos con el que los niños se suelen referir a las relaciones sexuales con penetración). Además, las tres profesionales del centro señalan un detalle que viene a confirmar la existencia de penetración al decir que Isidora les dijo que el procesado colocaba una toalla para no manchar la cama cuando ella tenía la menstruación. En el informe



el letrado de la defensa argumenta que este detalle Isidora lo negó en juicio y ello no es así, Isidora no lo mencionó, pero no lo negó porque nadie le preguntó expresamente por este extremo y la ausencia de un detalle en el relato, en este caso a la vista del tiempo transcurrido y del retraso mental de Isidora no es significativo.

Informa la defensa de contradicciones entre la psicóloga y la directora pues la primera dice que Isidora les relató que los hechos ocurrían en el domicilio de la madre y hermana, y la segunda dice que Isidora les dijo que los hechos solo ocurrían en el domicilio de la madre. Esta contradicción alegada por la defensa no existe pues las dos testigos afirman que Isidora le contó que los hechos ocurrieron en ambos domicilios, tal y como señala Isidora. Sí es cierto que la directora de la residencia en juicio ubica solo los abusos con penetración en la casa de los padres y sitúa en la casa de la hermana solo la exhibición de material pornográfico, no obstante, esta divergencia en ningún caso afecta a la fiabilidad del testimonio de Isidora ni al de la testigo que en instrucción dijo claramente que Isidora le refirió que en casa de la hermana su cuñado también abusaba de ella (página 184). Esta mínima divergencia en el relato de la testigo en juicio respecto a las manifestaciones de instrucción puede estar justificada por múltiples causas la principal por el transcurso del tiempo. También le sorprende a la defensa que la psicóloga de Isidora que tiene contacto permanente con ella no detectara que algo le estaba pasando y que Isidora no dijera nada; pero la psicóloga, que insistimos es una de las personas que mejor conoce a la denunciante, a preguntas de la propia defensa dice que es posible que no se lo dijera al principio. Y el hecho de que la psicóloga no detectara ningún síntoma que puede ser indicativo de abuso en la denunciante no implica que el abuso no existiera porque el abuso sexual no siempre lleva aparejados cambios de comportamiento o deja secuelas, tal y como señalan los forenses en juicio. Aduce la defensa basándose en el informe pericial que presentan que resulta muy extraño que Isidora no tenga secuelas, que no haya tratado de evitar a su cuñado una vez que se produce el primer acto de abuso, y que en el relato no aparezca una progresión en el abuso. Ninguno de estos argumentos priva de fiabilidad al relato de Isidora. Así la narración de los hechos de Isidora no permite descartar una progresión en el abuso, pues no relata hechos ordenados cronológicamente sino que los describe conjuntamente, y además tampoco es consustancial al abuso una progresión aunque pueda ser frecuente; y lo mismo ocurre con la ausencia de conductas de evitación, pues en este caso la experiencia demuestra que no siempre la persona que sufre un abuso trata de alejarse de la persona que se le causa, y más en supuestos como éste en que el autor era el marido del referente familiar más próximo de Isidora y que la sacaba del centro los fines de semana.

Con respecto a las conclusiones de los peritos de la defensa sobre el testimonio de la víctima poco cabe decir pues en su informe analizan en primer lugar si el procesado tiene o no características típicas de un abusador sexual con lo que esta primera parte del informe condiciona la segunda. En efecto tras concluir los peritos que el procesado no tiene características de un abusador sexual difícilmente podían concluir que les parece fiable la declaración de la denunciante. En todo caso la ausencia de patología en el procesado no implica que no puede cometer abuso sexual. Y en relación a la parte del informe de la defensa en el que se analiza el testimonio de la denunciante, a lo ya expuesto hay que añadir que los peritos no han explorado a la denunciante.

Considera la defensa en el informe que no puede tenerse por válida la conclusión de los forenses según la cual no aprecian fabulación, porque no sometieron a Isidora a ningún test, no le realizaron una entrevista grabada, en la exploración no intervinieron dos psicólogos, ni le realizaron un análisis del testimonio. Adelantamos anteriormente que echamos en falta un informe del EATP, pero estos informes psicológicos como señala la STS de 20 de noviembre de 2015 son solo un instrumento de auxilio al Tribunal en la formación de su convicción acerca de la credibilidad del testimonio principal de cargo; pero la valoración de la fiabilidad del relato compete al Tribunal, y como decíamos en este caso el Tribunal no duda del testimonio de Isidora aunque carezcamos de dicho informe. La conclusión a la que llega el Tribunal no obstante coincide con las de las profesionales que mejor conocen a la denunciante (la psicóloga y la directora del centro donde Isidora vive dicen que difícilmente puede elaborar un relato como éste de no ser cierto por la discapacidad que tiene) y también con la de los dos forenses que tras la entrevista indican que no aprecian fabulación.

Sin embargo, no quedó claro en juicio que el procesado obligase a la denunciante a efectuar felaciones pues en este caso Isidora lo único que dijo en juicio fue que en una ocasión su cuñado le pidió que le hiciera una felación, aunque no llegó hacérsela y no la obligó. Y tampoco ha quedado probado que el procesado exhibiese películas pornográficas a Isidora y se masturbase delante de ella. Con respecto a la masturbación ninguna alusión se hace a la misma en los escritos de acusación. Y en relación a la exhibición de películas pornográficas, que sí se recoge en los escritos de acusación, dice Isidora en juicio que en una ocasión su cuñado le puso una película que define como de *guarrerías, tonterías (40.54) en la que salía una mujer haciendo el amor, haciendo el guarro*. El problema que nos encontramos en este caso es que desconocemos que entiende Isidora por películas pornográficas y la que describe en juicio no apunta inequívocamente a una película pornográfica ni siquiera erótica. Ciertamente el procesado reconoció en la entrevista con los profesionales del centro e incluso en juicio haber visto una película erótica estando Isidora en la casa, pero



matiza que ella no la vio; y las manifestaciones de Isidora en juicio no permiten acreditar que el procesado le exhibiera material pornográfico.

En definitiva el Tribunal considera que el relato de la denunciante por la información que aporta, contrastada tangencialmente como decíamos, es fiable en lo referente a la relación sexual con penetración, pero tal relato no es suficiente para entender que el procesado exhibió material pornográfico a la denunciante no tanto porque pongamos en tela de juicio lo que dice Isidora sino porque desconocemos si sabe lo que es una película pornográfica y la escena de la película que describe en juicio puede ser de una película pornográfica o de cualquier otra.

QUINTO. - Los hechos que han resultado probados son constitutivos de un delito de abusos sexuales del art. 181.1. 2. 4. 5 del Código Penal (el apartado segundo y cuarto redactados por la LO 5/2010) .

Tal precepto dispone en su redacción en la fecha de los hechos y más favorable que la actual:

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código

Concurren en los hechos todos los elementos exigidos por el tipo penal.

En primer lugar un elemento objetivo. En este sentido conviene recordar tal y como dice la sentencia STS 345/2018 de 11 de julio que el tipo penal del abuso sexual, por todas la sentencia 612/2016, de 8 julio , se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. Conductas que se sancionan más gravemente cuando ese acto consista en penetración bucal, vaginal o anal (STS 142/2013, de 26 de febrero).

En el presente caso no solo existe un contacto corporal o tocamiento impúdico con evidente significante sexual ya que el tocamiento es en la vagina, sino que además la declaración de Isidora prueba que existió penetración vaginal. Como señalábamos anteriormente carecemos de informe ginecológico y contamos solo con una mera referencia a un examen médico que parece que no es concluyente sobre la existencia de relaciones sexuales con penetración previas de Isidora ; pero el lenguaje gestual de la denunciante y verbal (refiere dolor) nos permite concluir que existió introducción del pene en la vagina y no solo tocamientos con el dedo o frotamientos con el pene. En este sentido la STS 239/2018 de 23 de mayo explica que la jurisprudencia reciente de esta Sala ha interpretado el concepto de "penetración" desde consideraciones esencialmente normativas y no puramente anatómicas, de manera que concurre cuando, desde aquel punto de vista, la acción pueda ser considerada como una grave afrenta a la intimidad sexual del sujeto pasivo. Es decir, no es necesario para su consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos; se trata, por el contrario, del momento en el que ya se ha agredido de una manera decisiva el ámbito de intimidad de la víctima representado por las cavidades de su propio cuerpo, si bien es menester valorar las circunstancias de cada caso concreto, con objeto de poder deducir que los hechos enjuiciados ya han alcanzado un nivel que justifique la represión prevista en el tipo agravado. Como decíamos en los fundamentos anteriores el lenguaje gestual de Isidora en juicio es muy claro.

En segundo lugar el precepto requiere una ausencia de violencia o intimidación en el ataque contra la libertad o indemnidad sexual, así como de consentimiento por parte del ofendido, bien porque en su estado es incapaz de consentir, bien como ocurre en el presente caso porque se abusare del trastorno mental que padece. En este caso el retraso mental de Isidora que motivó la declaración de incapacitación para todos los actos de su vida, descrito en la pericial psicológica la Unidad de Atención a la Víctima con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcárcel y apreciado en el juicio por el Tribunal entendemos que le dificulta



de manera importante determinarse libremente en la esfera sexual y encaja en el trastorno mental al que se refiere el artículo 181.2 del CP .

En todo caso queremos dejar claro es que tal y como tiene declarado el TS por ejemplo en la Sentencia 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.*

Pero en este caso la enfermedad de Isidora , con todo lo que comporta (no solo la declaración de incapacidad sino las limitaciones que aparecen en el informe pericial de la acusación), no le permitía determinarse libremente en la esfera sexual y de estas circunstancias abusó el procesado. En este sentido la STS 530/2015 de 17 de septiembre de 2015 indica que *el concepto de trastorno mental al que se refiere el precepto no puede quedar circunscrita, por identificación, con los límites de la imputabilidad penal. Hemos dicho que aquella expresión "... quizás no demasiado afortunada, no reduce su ámbito de aplicación a la persona que padece genuinas enfermedades mentales, sino que debe ser interpretada en el sentido de que tienen cabida en la misma, todos aquellos supuestos en los que las deficiencias psíquicas permitan deducir razonablemente que quien las padece se encuentra impedido de prestar un consentimiento consciente y libre a aquello que se le propone" (STS 545/2000, 27 de marzo). Dicho con otras palabras, "... no se trata de una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de sus facultades intelectuales y volitivas, en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones, al menos en lo que atañen a impulsos sexuales trascendentes, aunque las tenga en otros aspectos relacionados con la vida doméstica o laboral (STS 331/2000, 3 de marzo).* Nos remitimos en este caso a lo expuesto en el fundamento anterior sobre una posible equiparación del retraso mental que padece Isidora con la edad cronológica de una niña de cinco o seis años según la psicóloga de la Residencia donde vive Isidora . Pero además en todas las declaraciones que Isidora prestó relató que ella le decía a su cuñado que no quería que le hiciera ningún acto de contenido sexual porque le hacía daño, y su cuñado aprovechando su retraso hizo caso omiso a esta negativa.

Concurre el supuesto agravado del artículo 181. 5 en relacion con el artículo 180.4 (*cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*).

En este caso el procesado se valió de una situación de superioridad no solo por ser el marido de la hermana de acogida Isidora con el que ésta tenía una estrecha relacion, sino porque era uno de los pocos referentes familiares de la denunciante (en concreto los referentes familiares de Isidora eran su hermana, el procesado, su sobrino y su padre enfermo de Alzheimer) pues su madre de acogida había fallecido (así resulta de las declaraciones del propio procesado y de su mujer), y de las pocas personas ajenas a la residencia donde estaba con las que tenía contacto. Circunstancias que le otorgaban superioridad sobre Isidora , que evidentemente conocía el procesado y de las que necesariamente se aprovechó.

Entendemos que no concurre sin embargo la agravación del artículo 180.3 del CP (cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.) cuya aplicación piden las acusaciones ya que la vulnerabilidad de la víctima deriva de su enfermedad mental que tuvimos en cuenta para la calificación de los hechos como constitutivos del artículo 181.2 del CP .

Los hechos constituyen un delito continuado al haber quedado probada una reiteración de actos ilícitos y punibles homogéneos, que atacan el mismo bien jurídico protegido y que responden a un único plan de autor; todos los abusos sexuales sufridos por la denunciante se inscriben en este marco del delito continuado porque "el artículo 74.3 del Código Penal no exceptúa de la figura de delito continuado las infracciones contra la libertad sexual aunque las mismas ofenden, evidentemente, bienes eminentemente personales. Se dan todos los requisitos para la aplicación de tal figura recogidos entre otras en la STS de 10 de diciembre de 2012 como los que aquí nos ocupan, a saber:

a) *uno de carácter personal, en concreto el que la víctima ha de ser siempre la misma persona, pues la " excepción a la excepción " que para esta clase de infracciones rige, expresamente requiere, a tenor del apartado 3, párrafo 1º "in fine", del artículo 74 que la " ofensa " afecte "... al mismo sujeto pasivo " , tras la reforma operada por la LO 1572003,*

b) *otro requisito circunstancial, que hace referencia no sólo al dolo y plan de ejecución unitarios y a la identidad entre los diferentes tipos penales infringidos sino también a la semejanza comisiva en cuanto a las circunstancias de lugar, ocasión, etc. que las caractericen.*



c) y un tercero de naturaleza temporal, de modo que no se produzcan importantes cesuras o soluciones de continuidad dilatadas entre los distintos hechos, o grupos de ellos, que habrán de integrar la continuidad delictiva.

Dicho esto, en el presente supuesto comprobamos cómo se cumplen tales requisitos, ya que son hechos cometidos por el procesado sobre la misma persona, la denunciante; en los mismos lugares, (domicilio del procesado, domicilio de los padres de Isidora); varios fines de semana; y las circunstancias, lugar, ocasión, mecánica comisiva, de tales hechos fueron del todo iguales.

Por lo que resulta de plena aplicación el artículo 74 del Código Penal , conformando los delitos cometidos por el procesado un delito continuado.

Como adelantamos al examinar la prueba no ha quedado probado que el procesado le exhibiera material pornográfico a Isidora , por lo que procede la absolución por el delito del artículo 186 del CP que se le imputaba. En efecto la STS 264/2012 de 3 de abril con remisión a la STS de 20 STS. 20.10.2003 enseña que *la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS. 10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal . Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991 , llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil .*

Por tanto, el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo.

Y en este caso la descripción que Isidora hace de la película que vio con su cuñado no permite concluir que se trate de una película pornográfica.

SEXTO. - Es autor criminalmente responsable de este delito el procesado por haber ejecutado personal, consciente, voluntaria, directa y materialmente los hechos configuradores de los mismos, conforme a los arts. 27 y art. 28 del C. Penal .

SEPTIMO. - No se han invocado y, no cabe apreciar ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

OCTAVO. - Procede imponer al acusado por el delito continuado de abuso sexual aprovechándose del trastorno mental de Isidora y de la superioridad que le otorgaba la relación estrecha que tenía con ella al ser integrante de la familia de acogida, la pena de ocho años y seis meses de prisión; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; nueve años y seis meses de prohibición de aproximarse a la denunciante, a su domicilio y lugar de trabajo a menos de 500 metros; nueve años y seis meses de prohibición de comunicarse con la denunciante por cualquier medio o procedimiento directamente o por persona interpuesta por el mismo tiempo; y 7 años de libertad vigilada.

El artículo 181.1. 2. y 4 prevé una pena de cuatro a diez años de prisión, y al concurrir una de las circunstancias previstas en el artículo 180.4 conforme al artículo 181.5 habría de imponerse en la mitad superior (de 7 años de prisión a diez años); pero además se trata de un delito continuado que según el artículo 74 del CP determina la imposición de la pena anterior en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Dentro de este marco penológico le imponemos la pena mínima es decir ocho años y medio de prisión pues no apreciamos circunstancias distintas a las que determinan las agravaciones del delito que veíamos anteriormente que justifiquen el incremento de la pena mínima.

Procede asimismo imponerle al procesado la inhabilitación especial para el ejercicio de derecho a sufragio pasivo conforme al artículo 156,2 del CP .

Le imponemos al procesado la prohibición de acercarse a Isidora , a su domicilio y lugar de estudios o de trabajo a menos de 500 metros y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante 9 años y seis meses conforme al artículo 57.2 del CP . Estimamos absolutamente necesaria no solo la prohibición de



aproximación de carácter imperativo sino la de comunicación atendida la naturaleza de los hechos, el retraso mental que padece la denunciante y el posible sufrimiento que le generaría volver a hablar con el procesado. La extensión de estas penas las señalamos según el escrito de las acusaciones que la fijan en la mínima.

También procede de conformidad con lo establecido en el artículo 192.1º del Código Penal imponer además al procesado tal y como piden las acusaciones la medida de libertad vigilada, durante el periodo de 7 años, extensión que fijamos en proporción a la pena de prisión impuesta, que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

No consideramos procedente la imposición con base al artículo 192.3 del CP de la inhabilitación para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, guarda y curatela solicitada por las acusaciones, al no tener el procesado ni la tutela, ni la curatela de la denunciante.

NOVENO. - La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga al responsable de este a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados (arts. 109.1 y 116.1 del C.P .). No procede fijar cantidad alguna al no existir ninguna petición al respecto,

DECIMO. - La condena en costas deviene imperativa para los condenados en mérito de lo dispuesto en el art. 123 y 124 del CP , en la proporción que se dirá en el fallo y con expresa inclusión de las costas procesales devengadas por la Acusación Particular.

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY,

FALLAMOS

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Isidoro como autor criminalmente responsable un delito continuado de abuso sexual con penetración prevaleciendo del trastorno mental de la víctima y con abuso de superioridad, previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A Isidora , A SU DOMICILIO Y LUGAR DE ESTUDIOS O DE TRABAJO A MENOS DE 500 METROS DURANTE NUEVE AÑOS Y SEIS MESES; PROHIBICION DE COMUNICARSE CON ELLA POR CUALQUIER MEDIO O PROCEDIMIENTO DIRECTAMENTE O A TRAVES DE PERSONA INTERPUESTA DURANTE NUEVE AÑOS Y SEIS MESES .

Le imponemos asimismo la LIBERTAD VIGILADA DURANTE 7 AÑOS.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Isidoro DEL DELITO DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACION SEXUAL QUE SE LE IMPUTABA.

Le condenamos, al pago de la mitad de costas procesales causadas en este procedimiento, con inclusión de las devengadas por la Acusación Particular.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente constituida en Audiencia Pública, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe.