



Roj: **SAP LO 20/2019 - ECLI: ES:APLO:2019:20**

Id Cendoj: **26089370012019100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2019**

Nº de Recurso: **10/2017**

Nº de Resolución: **19/2019**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **FERNANDO SOLSONA ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LOGROÑO

SENTENCIA: 00019/2019

-

C/ MARQUÉS DE MURRIETA, 45-47, MÓDULO C (NORTE), 3ª PLANTA

Teléfono: 941 296484/486/487

Correo electrónico: audiencia.provincial@larioja.org

Equipo/usuario: CAU

Modelo: 787530

N.I.G.: 26089 43 2 2017 0001838

PO PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000010 /2017

Delito: ABUSOS SEXUALES

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, Teodosio

Procurador/a: D/Dª, MARIA LAURA REINARES LLANOS

Abogado/a: D/Dª, RAQUEL ASENSIO CALVO

Contra: Víctor

Procurador/a: D/Dª REGINA DODERO DE SOLANO

Abogado/a: D/Dª MARIA TERESA ORTEGA MARRODAN

SENTENCIA Nº 19/2019

=====

ILMOS/AS SR./SRAS.

Magistrados/as

Dª MARÍA DEL CARMEN ARAÚJO GARCÍA

D. FERNANDO SOLSONA ABAD

Dª MARÍA DEL MAR PUYUELO OMEÑACA

=====

En la ciudad de LOGROÑO, a seis de febrero de dos mil diecinueve



VISTA en juicio oral y público, ante esta Audiencia Provincial, la causa instruida con el número **10/17** procedente de PROCEDIMIENTO ORDINARIO (SUMARIO) nº002/17, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ORDINARIO por el delito de abuso sexual contra **Víctor**, nacido en DIRECCION008 (La Rioja) el día NUM009 de 1962, con DNI Nº NUM010, mayor de edad, sin antecedentes penales, detenido por esta causa el 4 de abril de 2017 y puesto en libertad provisional por Auto de 5 de abril de 2017 con obligación "apud acta" de comparecer judicialmente "cuantas veces fuera necesario", resolución en la que además se acordó contra el mismo medida cautelar de prohibición de acercamiento. En el presente procedimiento Víctor está representado por la Procuradora Sra. Dodero de Solano y está asistido del letrado Doña María Teresa Ortega Marrodán. Es parte acusadora como acusación pública el Ministerio Fiscal, y como acusación particular, el incapaz **[[A-1]]** (asistido por su tutor **[[tío de A-1]]**) procesalmente representado por la procuradora Sra. Reinares y asistido de la letrado Sra. Asensio. Es ponente el Magistrado de esta Audiencia Provincial Ilmo Sr. **D. FERNANDO SOLSONA ABAD**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-PREVIO.-OMISIÓN DEL NOMBRE Y APELLIDOS DE LA PERSONA DECLARADA INCAPAZ AFECTADA POR LOS HECHOS ASÍ COMO DE SUS LEGALES REPRESENTANTES

Conviene advertir que la persona afectada en calidad de víctima por los hechos objeto de enjuiciamiento ha sido judicialmente declarado totalmente incapaz por sentencia firme de fecha 5 de diciembre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, cuya copia obra a partir del folio 164 del presente Rollo de Sala. Dicha sentencia también nombró tutor del mismo a su tío. El menor convive con sus tíos.

El art. 681.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece:

"Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares."

Con base en dicho precepto, y teniendo en consideración también las consideraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016 (que aunque referidas a menores son trasladables al caso), no vamos a incluir en esta resolución el nombre y los apellidos completos de la víctima incapaz. Tampoco el de sus tíos, con los cuales convive, puesto que su mención supondría indirectamente revelar la identidad del incapaz, que queremos preservar al objeto de respetar su intimidad presente y futura.

En definitiva, a estas personas nos vamos a referir en esta resolución de la siguiente manera:

- 1º) Al incapaz víctima lo mencionaremos como **[[A-1]]**
- 2º) Al tío y tutor del incapaz, que testificó en el plenario, nos referiremos como **[[tío de A-1]]**
- 3º) A la tía de **[[A-1]]**, que testificó en el plenario, nos referiremos como **[[Tía de A-1]]**

A fin de que las partes puedan conocer los nombres de las personas a las que nos referimos con esas menciones, **en diligencia separada de esta resolución, que se notificará a las partes el mismo día que la presente resolución, reflejaremos la identidad** del joven discapacitado y la de sus tíos, que también declararon en el plenario, debiendo las partes preservar el sigilo acerca de esta identidad, prohibiéndose a las mismas la divulgación de esta información.

SEGUNDO.- La presente causa, instruida por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño fue finalmente elevada a esta Audiencia Provincial tras el cumplimiento de los trámites correspondientes, fue remitida a este Tribunal para la celebración del correspondiente juicio oral. Se siguió su tramitación de conformidad con las Leyes procesales.

En virtud de Auto de 27 de agosto de 2018 (folio 73 y ss) la prueba propuesta para el juicio oral por las partes se admitió toda ella excepción hecha de la testifical de la presunta víctima **[[A-1]]** que había propuesto la defensa. Se motivó esta decisión de no admisión de esta prueba en el hecho de que en la fase de instrucción ya se practicó esta prueba como preconstituida, con intervención y asistencia de todas las partes, y fue debidamente grabada, por lo que se reproduciría esa grabación en juicio oral, tratándose de evitar así la victimización secundaria innecesaria de **[[A-1]]**, a la vista de la naturaleza de los presuntos hechos objeto del proceso y sobre todo, al tratarse este testigo de una persona que padece una severa limitación psíquica.

Se señaló fecha para la celebración del Juicio Oral los días 14, 15 y 16 de enero de 2019 citándose a los acusados y demás partes.



Por todas las partes se solicitó la celebración del juicio a puerta cerrada, y así se acordó por Auto de 27 de agosto de 2018.

TERCERO.- En las fechas previstas se celebró juicio oral con la presencia de las partes indicadas en el encabezamiento de esta resolución con el resultado que consta en la grabación audiovisual en la que se registró la vista.

Por el Tribunal se dio cuenta a las partes de la aportación por la acusación particular de un documento consistente en sentencia de incapacidad de [[A-1]] dictada el 5 de diciembre de 2018 y el dictamen médico forense emitido en dicho procedimiento de incapacidad. La Sala admitió dicho documento como prueba.

Tras ello, por la defensa del encausado Víctor se planteó cuestión previa, con base - según expresamente dijo- en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicitando de nuevo que se admitiese y practicase en el plenario testifical de [[A-1]]. Por la Sala, previa deliberación, se acordó no haber lugar a admitir esa prueba, pues al margen de que el artículo 786.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal es propio del procedimiento abreviado y no del sumario ordinario en que nos encontramos, seguían concurriendo las razones ya expuestas en el auto de 27 de agosto de 2018 (la víctima era una persona discapacitada a la que no procedía someter a una innecesaria victimización secundaria, la prueba testifical antedicha estaba debidamente preconstituida en fase de instrucción, con intervención de todas las partes, y se había grabado y se iba a reproducir la grabación en juicio) .

La defensa de Víctor formuló protesta.

Es de significar que la petición de esta prueba que realizó la defensa de Víctor en este momento procesal, NO se basó en que se le hubiera causado indefensión al desarrollarse la prueba preconstituida, ni tampoco en que se le hubieran denegado en aquel momento por el instructor ciertas preguntas por impertinentes. La defensa de Víctor no alegó nulidad de la prueba preconstituida ni de ninguna otra prueba practicada.

Tras la práctica de la prueba en el plenario de la forma que consta en la grabación del juicio, todas las partes dieron la documental por reproducida.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, la acusación particular y la defensa elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas.

Conforme a su calificación, el Ministerio Fiscal vino a calificar los hechos de la siguiente forma: Víctor es autor de UN DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES CON ACCESO CARNAL a persona discapacitada tipificado y penado en los Artículos 181, 1º, 2º, 4º y 5º en relación con el Artículo 180.3 a y Artículo 74 del Código Penal, por el que procede imponerle las penas siguientes: DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, INHABILITACIÓN ESPECIAL para cualquier profesión u oficio sea retribuido o no que conlleva el contacto regular y directo con menores por tiempo de 15 AÑOS y PROHIBICIÓN DE ACERCARSE a menos de 150 metros a la persona, domicilio, lugar de estudios o trabajo y lugares que frecuente [[A-1]] , así como PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE por cualquier medio, AMBAS POR TIEMPO DE 15 AÑOS. (Artículo 57 del Código Penal) y LIBERTAD VIGILADA POR TIEMPO DE SEIS AÑOS de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 192 y 106 del Código Penal con la obligación de asistir a un programa de educación sexual.

Por VÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL procede que el procesado indemnice a [[A-1]] en 20.000 euros por los daños morales causados, con aplicación de los intereses legales del Artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- Por su parte, la acusación particular, que elevó a definitiva su calificación provisional, calificó los hechos del modo siguiente: Víctor es autor de un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal a persona discapacitada tipificado y penado en los artículos 181.1º, 2º, 4º y 5º, en relación con el 180.3º y 74, todos ellos del Código Penal, solicitando las siguientes penas: 10 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier trabajo u ocupación que suponga contacto con personas con discapacidad intelectual por tiempo de 15 años. Procede imponerle también la prohibición de acercarse a menos de 150 metros de la persona, domicilio, lugar de estudio o de trabajo y lugares que frecuente [[A-1]] así como prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, ambas por tiempo de 15 años, en los términos de los artículos 57 y 48 del Código Penal. Solicitó que en el caso de que se imponga una privación de libertad superior a 5 años de duración, se aplicase lo previsto en el artículo 36.2 del Código Penal. Por aplicación del artículo 192.1 del Código Penal, solicitó que se impusiera al procesado la medida de Libertad Vigilada, artículo 106.1 e), f) y j), que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, por plazo de 10 años con la obligación de asistir a un programa de educación sexual y la prohibición de acercarse y comunicarse con [[A-1]]. Solicitó que



el procesado indemnizase a [[A-1]] por los daños morales causados a éste en 20.000,00 €, con aplicación del interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEXTO.- Por la defensa de Víctor se elevó a definitivas sus conclusiones provisionales en las que pedía la libre absolución.

SÉPTIMO.- Tras ello el Ministerio Fiscal, la letrado de la acusación particular y el letrado del acusado emitieron informe de la forma que consta en la grabación. Después se dio la palabra a Víctor quien ejerció su derecho a la última palabra de la forma que consta en la grabación del juicio. Tras ello el procedimiento quedó concluso para sentencia.

OCTAVO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales siendo ponente el magistrado de esta Audiencia Provincial **Don FERNANDO SOLSONA ABAD**.

HECHOS PROBADOS.-

Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declaran probados los hechos siguientes:

PRIMERO.- [[A-1]] nació el NUM011 de 1997 y tenía 19 años de edad en el momento de los hechos objeto de enjuiciamiento.

SEGUNDO.- El 16 de mayo de 2002, como consecuencia de un incendio acaecido en su domicilio familiar, falleció su madre, con la que vivía, mientras que [[A-1]], que entonces tenía 4 años de edad, precisó hospitalización durante varios meses por inhalación de humo, que le afectó al cerebro. A raíz de esto, desde entonces presenta un DIRECCION015 de etiología tóxica disminución de eficiencia visual por alteración del campo visual de etiología toxica y DIRECCION012 con repercusión intensa de en funciones ejecutivas. Por esta razón le fue reconocida la Consejería de Políticas Sociales, Familia, Servicios Sociales, Igualdad y Justicia de la Comunidad Autónoma de La Rioja una discapacidad del 77% por resolución de fecha 8 de febrero de 2016. En ese porcentaje total del 77% de incapacidad, incide su deficiencia de capacidad visual, pero sobre todo y mucho más, su discapacidad intelectual, la cual sitúa en torno al DIRECCION014 moderado o como mínimo, en las franjas más severas del DIRECCION014 ligero. Como consecuencia de todo esto, tanto en la fecha de los hechos que son objeto de enjuiciamiento en este juicio, como en la actualidad, el joven [[A-1]] a pesar de tener 19 años y un aspecto físico normal, presenta las capacidades cognitivas e intelectivas propias de una edad mental de un niño de nueve o diez años de edad.

En cuanto a su dificultad de visión, se manifiesta en una denominada "visión en túnel" o "visión en escopeta", que le limita más para ver lo que tiene cerca, aunque no existe constancia de que [[A-1]] no tuviera aptitud visual para poder visionar un video de una pantalla de móvil a la distancia en la que habitualmente se mira la pantalla de estos aparatos.

TERCERO.- Esa limitación relevante de sus capacidades cognitivas e intelectivas, que es irreversible y crónica, es necesariamente evidente y notoria para cualquier persona en cuanto se interactúa mínimamente con [[A-1]], pues si bien su aspecto físico es el normal de un joven de su edad, con una mínima conversación o interacción con él necesariamente se advierte por cualquiera que se trata de una persona que presenta esa relevante discapacidad.

CUARTO.- Las consecuencias y manifestaciones probadas de la discapacidad de [[A-1]] son las siguientes:

a) El joven [[A-1]] presenta una gran vulnerabilidad: es confiado, muy accesible, ingenuo, muy influenciado, manipulable y fácil de engañar. Presenta una gran deseabilidad social, quiere agradar y "no es capaz de decir que no" puesto que siempre quiere proyectar una imagen positiva de sí mismo. No es consciente de sus limitaciones, y magnifica sus capacidades. Carece de capacidad de anticipación y no sabe gestionar una posible situación de peligro en la que se encuentre.

b) El pensamiento de [[A-1]] es un pensamiento concreto. No es capaz de pensamiento abstracto. La capacidad de realizar pensamiento abstracto se genera en los menores a partir de entre los 12 y 13 años de edad, pero [[A-1]], que tiene una edad mental de un niño de nueve o diez años, carece de dicha capacidad. Eso determina que aunque es capaz de analizar un caso concreto, no es capaz de trasladarlo a otros casos. No es capaz de generalización. Tampoco es capaz de planificación ni de estructurar una estrategia a medio o largo plazo. Debido a esta limitación para el pensamiento abstracto, su capacidad de fantasear es muy limitada; aunque capaz de mentir en pequeñas cosas concretas vivenciadas, carece de capacidad para llevar a cabo un plan mendaz, o para fantasear o inventar una idea de modo planificado o estructurado. En suma, la capacidad de inventiva de [[A-1]] es muy baja, singularmente en relación a algo que no le hubiera sucedido.



c) Aunque no es capaz de cuantificar las cosas y hechos con un número concreto, sí es capaz de distinguir entre el concepto "uno" y el concepto "varios". Puede decir si una cosa ha sucedido una vez o más, pero tiene problemas para poder cuantificar exactamente cuántas veces ha sucedido.

d) El joven [[A-1]] carece de conocimiento sobre su situación económica, porque aunque es capaz de distinguir monedas y billetes y sabe que los billetes son más valiosos que las monedas, no tiene capacidad funcional para valorar el dinero; sus tíos, con los que vive, nunca le daban más de uno o dos euros para que llevara encima.

e) [[A-1]] es dependiente: así, por ejemplo, depende de los demás para seguir una dieta o para tomar medicamentos; no puede manejar vehículos.

f) La memoria a largo y medio plazo de [[A-1]] es manifiestamente limitada. Puede recordar hechos recientes, pero en cuanto pasa algo de tiempo, más dificultades tiene para recordar las cosas. No obstante, es capaz de identificar un sitio en el que ha estado.

g) El conocimiento sexual que tiene [[A-1]] es básico. Conoce las partes del cuerpo y en el Colegio de educación especial " DIRECCION009 " al que asistió durante años, se les hablaba a los alumnos de temas sexuales, pero su conocimiento y sus conceptos son básicos. De otro lado, al hablar de temas sexuales exterioriza manifiestamente pudor y vergüenza.

QUINTO.- Desde que murió su madre a raíz del incendio, [[A-1]] ha sido atendido y cuidado por sus tíos maternos, al haberse quedado huérfano de padres. Por Acta de 17 de septiembre de 2010 se formalizó el Acogimiento familiar permanente por sus tíos.

En fecha 13 de junio de 2013 se dictó Auto por la Titular del Juzgado de Primera Instancia de Logroño (Juzgado de Familia) nombrando tutores del entonces menor [[A-1]] a sus tíos maternos

Una vez que [[A-1]] fue mayor de edad, se promovió un procedimiento de incapacidad (juicio verbal de incapacidad 309/18 del Juzgado de Primera Instancia de Logroño) en el que ha recaído sentencia firme de fecha 5 de diciembre de 2018 por la que se declara a [[A-1]] a todos los efectos legales, total y absolutamente incapaz para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes y para el ejercicio del derecho de sufragio. En esa misma sentencia se nombró tutor al tío materno de [[A-1]].

SEXTO.- En la fecha de los hechos, [[A-1]] estaba escolarizado en el Colegio de educación especial " DIRECCION009 " de Logroño, centro en el cual llevaba matriculado desde 2008 y en el que ha permanecido hasta que recientemente, al cumplir 21 años, ha pasado a estar matriculado en DIRECCION010 .

SÉPTIMO.- El joven [[A-1]] y sus tíos estuvieron viviendo durante un tiempo en un piso situado en el nº NUM012 de la AVENIDA001 de Logroño, aunque en marzo de 2017 ya no vivían allí sino en otro edificio de esa misma calle. No obstante, [[A-1]] seguía yendo los fines de semana a jugar en los alrededores del nº NUM012 de la AVENIDA001 de Logroño.

El procesado Víctor y su familia (su esposa, su hijo y su hija), han residido desde hace años, y siguen residiendo ahora, en el indicado edificio del nº NUM012 de la AVENIDA001 .

El procesado Víctor conocía al joven [[A-1]] porque este vivió en su mismo edificio y además porque lo veía jugando al fútbol en las inmediaciones con los niños de esa zona.

Siendo Víctor totalmente consciente de la discapacidad intelectual de [[A-1]] y de las limitaciones del mismo, entre ellas su falta de capacitación de [[A-1]] para aceptar eficazmente el mantenimiento de relaciones sexuales, guiado por el ánimo de aprovecharse de estas limitaciones y satisfacer así sus deseos sexuales, se acercaba al lugar en el que sabía se encontraba [[A-1]] jugando con sus amigos, y le ofrecía a [[A-1]] un billete de cinco euros si se iba con él y le acompañaba. El propósito del procesado era llevar a [[A-1]] hasta un piso deshabitado propiedad de su madre del que el procesado tenía llaves, sito en el NUM013 del edificio de la CALLE001 nº NUM014 de Logroño, y una vez allí, mantener relaciones sexuales con [[A-1]]. Si bien [[A-1]] no quería ir con Víctor, este le insistía a [[A-1]] para que cogiera los cinco euros. Debido a esa insistencia y a las intrínsecas dificultades que tiene [[A-1]] debido a su discapacidad para negarse a hacer lo que un adulto le pide, finalmente [[A-1]] cogía dinero que el procesado le ofrecía, y accedía a irse con él. A continuación, el procesado y [[A-1]] subían al vehículo propiedad de Víctor, marca Toyota con matrículaKKN, de color gris, con el que el procesado llevaba a [[A-1]] hasta la ya indicada vivienda sita en la CALLE001 NUM014, NUM013 de Logroño. Una vez allí, Víctor procedía a enseñar a [[A-1]] unos videos de contenido pornográfico (parejas copulando, mujeres desnudas etc.) en la pantalla del teléfono móvil del procesado. Después, el procesado se desnudaba de cintura para abajo y quitaba también los pantalones a [[A-1]]. En esa situación, aprovechándose la vulnerabilidad que padecía [[A-1]] derivada de su discapacidad, Víctor acariciaba el pene de [[A-1]] y a continuación introducía el pene de [[A-1]] en su boca.



Los hechos que acabamos de describir sucedieron varios días, en fechas no determinadas, sin que pueda concretarse el número exacto de veces en que se produjeron. Sucedieron siempre en fin de semana (las primeras veces los domingos y después los sábados), en torno al mes de marzo 2017.

Está probado no obstante que la última de las veces en que sucedieron estos hechos, fue el día 25 de marzo de 2017, día en el que Víctor y [[A-1]] estuvieron en el piso donde sucedieron los hechos durante 59 minutos.

OCTAVO.- El domingo día 26 de marzo de 2017, la [[tía de A-1]] encontró un billete de cinco euros entre la ropa de [[A-1]].

Sus tíos le preguntaron de dónde había sacado el dinero, a lo que el joven [[A-1]] inicialmente se negó a decir nada; pero ante la insistencia de sus tíos, acabó por contar que se lo había dado un hombre. No obstante, mostraba vergüenza y no les dijo nada más. En esa situación, los tíos de [[A-1]] al día siguiente (27 de marzo, lunes) se pusieron en contacto con el Colegio de educación especial " DIRECCION009 " al que asistía el joven, para contar lo sucedido.

El día 27 de marzo de 2017, la Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", que por razón de su profesión durante los últimos años venía teniendo trato diario con [[A-1]] y se había ganado su confianza, procedió a entrevistar a [[A-1]]. En el curso de esa entrevista, y ante los datos que el menor comenzó a referirle espontáneamente, que tenían una inequívoca significación sexual, la orientadora escolar decidió en ese momento terminar inmediatamente la entrevista y activar el protocolo de aviso al denominado Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, con el que dicho colegio mantenía relación. Inmediatamente se personaron en el centro escolar dos psicólogas de dicho Equipo, que procedieron a entrevistar al joven [[A-1]], grabando la entrevista así realizada en soporte DVD. Tras ello, se interpuso denuncia en la Policía en fecha 30 de marzo de 2017, facilitando a la Policía la grabación de la entrevista del joven que le habían realizado las psicólogas.

NOVENO.- A la vista de los datos descriptivos que [[A-1]] había ido ofreciendo en el curso de la entrevista acerca de diversos aspectos (datos sobre domicilio, descripción del vehículo, lugar donde estaba el apartamento de lo llevaba, descripción del portal), la Policía concluyó que la persona a la que se refería [[A-1]] podía ser el procesado, e identificó el inmueble donde sucedieron los hechos como el del NUM014 de la CALLE001 de Logroño, que está al lado de la discoteca " DIRECCION011 ". La Policía intervino las grabaciones de las tres cámaras de seguridad que existían en el edificio del NUM014 de la CALLE001 correspondientes exclusivamente a los días 19, 25 y 26 de marzo de 2017. En las grabaciones correspondientes al día 25 de marzo de 2017, se observa que Víctor y [[A-1]] entran juntos en el portal del edificio, y acceden al ascensor para subir. Unos 59 minutos más tarde, se observa que ambos, después de bajar a la planta calle, salen de nuevo juntos del ascensor para irse, sin que se advierta que al salir [[A-1]] lleve consigo en la mano ninguna bolsa ni objeto de ninguna clase.

El día 25 de marzo de 2017 Víctor estuvo con [[A-1]] en la vivienda de su madre sita en la CALLE001 durante 59 minutos.

DÉCIMO.- Tras la realización de una diligencia policial de reconocimiento fotográfico para identificación del presunto autor de los hechos, que fue grabada en soporte audiovisual, y en la que [[A-1]] señaló la fotografía del procesado, en fecha 4 de abril de 2017 Víctor fue detenido junto al garaje de su casa por los Agentes de Policía nacional nº NUM015, núm. NUM016 y nº NUM017, los cuales informaron al procesado verbalmente y con claridad de que estaba detenido por un presunto delito de abuso sexual, y le informaron de sus derechos. Tras ello le condujeron en eh policial a las dependencias de Comisaría.

Una vez en las dependencias policiales, las Agentes de la Policía Nacional nº NUM017 y núm. NUM016, a efectos de documentar el acta, le volvieron a informar de que estaba detenido por un delito de abuso sexual y comenzaron a informarle de nuevo de sus derechos. En ese momento, el procesado Víctor dijo espontáneamente a las indicadas agentes de Policía Nacional que *"no entendía por qué esto era un delito, ya que había sido de manera voluntaria y consentida"*.

UNDÉCIMO.- Por Auto de 5 de abril de 2017 del Juzgado de Instrucción Número Uno de Logroño en funciones de guardia acordó la libertad provisional del investigado e impuso la medida cautelar siguiente: *"ante la proximidad de los domicilios procede imponer la prohibición al investigado de aproximarse a la víctima, a su domicilio o a su lugar de estudios en un radio de 50 metros en todos los casos, así como de comunicarse con ella por cualquier medio"*.

DÉCIMO SEGUNDO.- Con base en un informe adjuntado al atestado, emitido por las dos psicólogas que entrevistaron al joven, en el que se hacía mención de la necesidad de proteger al discapaz [[A-1]] de la reexperimentación traumática que pudiera padecer al verse expuesto de forma repetida a distintas declaraciones, y en el que se acababa recomendado por ello la preconstitución de la declaración, por el



Juzgado de Instrucción competente se acordó preconstituir como prueba la declaración testifical de [[A-1]], decisión que no fue recurrida.

Dicha prueba testifical preconstituida se practicó en fecha 8 de junio de 2017 con intervención de todas las partes, las cuales pudieron dirigir por escrito a [[A-1]] las preguntas que el instructor declaró pertinente. Si bien el instructor acordó la inadmisión de cuatro de las veinte preguntas que propuso la defensa del procesado, dictando una providencia al efecto, la defensa no recurrió sin embargo dicha providencia que acordaba esa inadmisión. Todas las preguntas declaradas pertinentes fueron realizadas a [[A-1]] con intervención de dos psicólogas, que hacían llegar las preguntas al joven. La prueba testifical preconstituida fue presenciada simultáneamente a su realización por el juez instructor, Ministerio Fiscal, la letrado de la acusación particular, la letrado de la defensa del procesado, todo ello con fe pública del Letrado de la Administración de Justicia. El instructor, tras la realización de las preguntas previamente admitidas, dio a todas las partes la posibilidad de hacer nuevas preguntas, facultad que las partes declinaron. La testifical preconstituida fue grabada en soporte audiovisual y reproducida en juicio oral.

DÉCIMO TERCERO.- Con anterioridad a los hechos objeto de este procedimiento, los tíos de [[A-1]] no conocían a Víctor, ni este conocía personalmente a aquellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA PLANTEADA POR LA DEFENSA: RAZONES DE LA INADMISIÓN DE LA DECLARACIÓN TESTIFICAL EN JUICIO ORAL DE [[A-1]] PROPUESTA POR LA DEFENSA.

Consideramos necesario recordar que, como hemos indicado en el antecedente de hecho primero PREVIO, el nombre y referencias de identidad de [[A-1]] y de sus tíos no se van a mencionar a lo largo de esta resolución, al objeto de respetar su intimidad (artículo art. 681.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Una vez recordado esto, comenzamos.

1.- Planteamiento.-

Entre las pruebas que había propuesto la defensa del procesado Víctor en su escrito de defensa para su práctica en el juicio oral, se encontraba la testifical de [[A-1]].

Dicha prueba, sin embargo, fue inadmitida por Auto de fecha 27 de agosto de 2018 (ver folios 73-75 del Rollo de esta Sala), resolución contra la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 659 Ley de Enjuiciamiento Criminal, no cabe más recurso que el de casación, previa protesta.

No obstante, la defensa del encausado Víctor, al inicio de la vista del juicio oral, solicitó como cuestión previa, de nuevo, que se admitiera la prueba testifical de [[A-1]] en el plenario e invocaba a tal fin el artículo 786.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su petición se hacía referencia a la necesaria garantía del principio de contradicción y de su derecho de defensa.

Por esta Sala, tras deliberación y en el mismo acto del juicio, "in voce" se resolvió a continuación que no procedía admitir la referida testifical; para ello nos remitíamos a lo razonado en el Auto de 27 de agosto de 2018, y nos remitíamos en suma a la prueba que se había ya practicado por el juez de instrucción como preconstituida, la cual se había desarrollado con plena intervención y contradicción de todas las partes, y que se había grabado en un DVD que se iba a reproducir durante el juicio oral.

La defensa de Víctor formuló protesta a eventuales efectos de apelación, y por esta Sala- como no puede ser de otra manera- se tuvo por hecha.

Sin embargo, posteriormente, tras la práctica de la prueba admitida en juicio oral, y ya en el turno del informe final (conclusiones) tras la práctica de la prueba, la letrado de la defensa volvió a realizar alegaciones acerca de esta cuestión, invocando un pretendido quebranto de su derecho de defensa y de su derecho de contradicción, que derivaría de no habersele admitido esta prueba para su práctica en el juicio oral, pese a haberse preconstituido la misma durante la instrucción. Alegó así que los eventuales derechos de [[A-1]] no podían prevalecer sobre el derecho del acusado a la defensa y a la contradicción y, con invocación de doctrina jurisprudencial, señalaba que actualmente existen técnicas que pueden permitir esa declaración. Citó al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo 527/16 y la Sentencia del Tribunal Supremo 71/15, e insistió en la necesidad de garantizar el derecho de contradicción, añadiendo, además, que en este caso no existía ningún informe médico o psicológico que justificase la no declaración de [[A-1]] en el plenario.

La abogada de la defensa también manifestó en conclusiones algo que hasta entonces no había alegado - nada al respecto indicó cuando introdujo la cuestión previa al inicio de la vista- y es que durante la prueba preconstituida, la inadmisión que hizo el instructor de las preguntas o posiciones que dicha parte propuso



para que se dirigieran al testigo [[A-1]] y que se referían a las cuestiones relativas a su previa experiencia y conocimientos sexuales (las posiciones propuestas por dicha parte con los números 8, 9, 19 y parte de la 16), le había causado indefensión, al no permitir que [[A-1]] fuera interrogado sobre algo tan relevante, a su juicio, como era su previa experiencia sexual.

Por todas estas razones, y sin perjuicio de que nos ratificamos en lo que razonamos para inadmitir la prueba tanto en nuestro Auto de 27 de agosto de 2018 como ya en aquel momento inicial de la vista en que decidimos esa cuestión previa, vamos a abordar con el pormenor que merece esta alegación (que resulta tan relevante desde la perspectiva de la defensa, hasta el punto de que dedicó parte de sus conclusiones a reiterarla), sobre todo porque con base en ella se está alegando una situación de vulneración de derechos (el de defensa y contradicción), que de ser cierta trascendería a la mera cuestión procesal de la inadmisión de una prueba, pero que adelantamos ya que creemos que en nuestro caso no concurre en absoluto, y ello por los motivos que vamos a pasar a exponer a continuación.

2.- Antecedentes fácticos concurrentes:

Para resolver esta alegación conviene detallar los **antecedentes fácticos concurrentes** que debemos de tener en cuenta.

a) El testigo [[A-1]], presunta víctima de los hechos, padece una relevante discapacidad intelectual.-

Aunque luego nos vamos a detener mucho más en este aspecto, debemos adelantar ya que la presunta víctima de los hechos [[A-1]], de 19 años de edad en el momento en que estos se produjeron, padece una relevante discapacidad intelectual.

El 16 de mayo de 2002, cuando tenía 4 años de edad, como consecuencia de un incendio acaecido en su domicilio familiar en el que falleció su madre, padeció una inhalación de humo que le ha generado un DIRECCION016 de etiología tóxica disminución de eficiencia visual por alteración del campo visual de etiología tóxica y DIRECCION012 con repercusión intensa de en funciones ejecutivas (así podemos verlo, por ejemplo, en el informe del Gobierno de la Rioja sobre formalización de acogimiento familiar de 17 de septiembre de 2010, folio 79 de la causa, y más específicamente, en el informe emitido por el Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia del Gobierno de La Rioja (Consejería de Política Social), obrante al folio 212).

Pero sobre todo, el alcance de esta discapacidad ha quedado probado en virtud de una serie de medios de prueba, a los que más tarde y a lo largo de esta resolución tendremos que referirnos con pormenor. Baste por el momento citarlos: (i) declaración en juicio de la psicóloga Asunción y declaración en juicio de la psicólogo Azucena ; (ii) informe emitido por el Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo (suscrito por las mencionadas psicólogas Sras. Azucena y Asunción) obrante al folio 54 y ss de la causa; (iii) la sentencia de incapacidad de 5 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño (folios 159-165 del rollo de Sala); (iv) informe del médico forense Dr. Melchor emitido en dicho procedimiento de incapacidad (folios 155-158 del rollo de Sala); (v) declaración de la Psicóloga Forense Sra. Diana en el plenario y declaración del médico forense Dr. Melchor en el plenario; (vi) informe de la Psicóloga Forense Sra. Diana , ratificado por el médico forense Dr. Melchor , obrante a los folios 215 y siguientes; (vii) declaración testifical del psicólogo Jose Augusto que suscribió en ya mencionado dictamen del Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia del Gobierno de La Rioja obrante al folio 212.

De todo este elenco probatorio -como luego explicaremos en detalle- resulta probado que la presunta víctima [[A-1]] de los abusos sexuales que estamos enjuiciando presenta una discapacidad intelectual encuadrable en DIRECCION014 moderado o como mínimo, en las franjas más severas del DIRECCION014 ligero, que es DIRECCION016 y crónica, de forma que presenta las capacidades cognitivas e intelectivas propias de una *edad mental de un niño de nueve o diez años de edad*.

b) Desde el principio de las actuaciones, consta un informe psicológico de fecha 30 de marzo de 2017 aconsejando la preconstitución de la prueba para evitar que [[A-1]] pudiera sufrir una re-experimentación traumática de los hechos, y en el que ya se indica que [[A-1]] presenta problemas de memoria, en el sentido de que "a medida en que el recuerdo es más lejano, los detalles son más escasos".

Tal como podemos ver al folio 54 y siguientes de la causa, junto con el atestado que contenía la denuncia, fue remitido al Juzgado de Instrucción competente un dictamen emitido por las dos psicólogas (Asunción , Azucena) ambas integrantes del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, las cuales intervinieron en la entrevista de [[A-1]] que fue grabada y que asimismo se remitió con dicho atestado.

En este informe, emitido por las psicólogas Asunción y Azucena , se dice literalmente que "[[A-1]] en recuerdo libre ofrece pocos detalles, aunque centrales, del evento y en ocasiones los presenta de forma desordenada, con



dificultades en la secuenciación. A medida en que el recuerdo es más lejano, los detalles son más escasos". (ver folio 60 de la causa).

Y posteriormente, en el apartado 7 " **recomendaciones** ", se dice (ver folios 63 y 64 de la causa): "desde el equipo valoramos y recomendamos como necesarias la inclusión de una serie de adaptaciones durante el proceso judicial para garantizar la obtención de una prueba testifical en condiciones, la pertinencia de dichas adaptaciones responde a las características cognitivas de [[A-1]]. La no inclusión de dichas adaptaciones puede suponer un obstáculo para garantizar la obtención de la prueba testifical [...] Por ello, desde el Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo se recomienda: [...] " **Realización de prueba preconstituida:** En el caso de que la declaración de [[A- 1]] se considere necesaria, y con el fin de protegerle de la reexperimentación traumática al verse expuesto de forma repetida a distintas declaraciones desde el equipo se considera conveniente realizarle una prueba preconstituida".

[El énfasis en negrita está en el original, el subrayado es nuestro] .

Precisamente por eso, y como veremos en el apartado siguiente, el Titular del Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño competente, en cuanto recibió el atestado con dicho informe, dictó Auto de incoación de diligencias previas de fecha 13 de junio de 2013 (folios 125 y 126 de la causa), en cuya parte dispositiva además acordó la preconstitución de la prueba testifical de [[A-1] .

Por lo tanto, debemos ya llegar a una conclusión: si por estas dos psicólogas se está recomendando, debido a las características intelectivas de [[A-1]], que se preconstituya la prueba "con el fin de protegerle de la reexperimentación traumática al verse expuesto de forma repetida a distintas declaraciones", es evidente que si se sigue esa recomendación y se preconstituye la prueba garantizando en esa preconstitución el derecho de defensa y contradicción del encausado, ningún sentido tiene que ese testigo discapaz vuelva a declarar luego otra vez en juicio oral, so pena de convertir la prueba preconstituida en algo inútil, y someter al testigo incapaz precisamente a aquello que se quería prevenir mediante la preconstitución de la prueba, esto es, a múltiples interrogatorios sobre los hechos, con el riesgo más que factible de que se produjera en el testigo esa reexperimentación traumática a la que aludían las psicólogas.

Dicho de otra manera, en un caso como este, solo se cumple el fin pretendido con la preconstitución de la prueba si luego, tras dicha preconstitución (en la que se garantizase el derecho de contradicción), se dispensa ya al testigo de cualquier otra declaración judicial.

c) El Auto de fecha 13 de junio de 2013 acordó preconstituir la prueba testifical de [[A-1]] y no fue recurrido por nadie, tampoco por la defensa de Víctor .

Literalmente en dicho Auto se acordó, lo siguiente: "a efectos de preservar el testimonio del perjudicado, se acuerda preconstituir como prueba su declaración. Siendo explorado por S.Sª en presencia del Ministerio Fiscal y la letrada de la defensa, a través de la psicóloga del Instituto de Medicina Legal".

Si la defensa de Víctor no recurrió y se aquietó a la decisión del instructor de preconstituir de la prueba, y si esa decisión se justificó por el instructor en la necesidad de "preservar el testimonio del perjudicado", es evidente que con ello estaba aceptando que ya no iba a declarar el juicio oral, pues insistimos: ningún sentido lógico tiene el preconstituir una prueba testifical para preservar al testigo discapaz, si luego se impone otra vez a este la obligación de declarar en el plenario.

d) Por diligencia de ordenación de 4 de mayo de 2017 (folio 136) se dio traslado a las partes para que cada una de la partes personadas y el Ministerio Fiscal aportase posiciones o preguntas tras cuya declaración de pertinencia se realizarían a [[A-1]] en la prueba preconstituida.

De nuevo, esta diligencia de ordenación *tampoco fue recurrida y devino firme.*

Y no solo eso. Cumpliendo el tenor de esta diligencia de ordenación, la defensa de Víctor luego *presentó veinte posiciones* para que fueran hechas a [[A-1]] en la prueba preconstituida

En concreto, las posiciones o preguntas aportadas por la defensa que fueron propuestas al instructor para su admisión, obran a los folios 145 y 146 de la causa.

e) Por providencia de 24 de mayo de 2017 el instructor resolvió sobre las posiciones o preguntas propuestas por las partes, y *del total de 20 preguntas que había propuesto la defensa de Víctor se declararon impertinentes la 8 y 9, parte de la pregunta la 16 (la parte relativa a la hija) y la 19.*

Es muy importante destacar que *esta providencia NO fue recurrida y devino firme.*

En concreto, la providencia indicada declaró no pertinentes las preguntas que hacían referencia a los conocimientos o experiencias sexuales previos de [[A-1]] así como a su conocimiento de la hija del procesado.



Su tenor literal era el siguiente: 8.- *¿Ha mantenido en alguna ocasión relaciones sexuales?. En caso afirmativo, con quien y cuantas veces.* 9.- *¿Alguna vez ha practicado, o le han practicado alguna felación?* 16.- *Ud. dice "que ese señor tiene un hijo", pero conoce que también tiene una hija, a la cual se la queda mirando cada vez que pasa, ¿le gusta la chica?.* 19.- *¿Le gusta el sexo?. ¿Le gusta practicarlo?*

La defensa del encausado sostuvo en fase de conclusiones en juicio oral que la no admisión de estas preguntas, y la falta de posibilidad que ha tenido de interrogar a [[A-1]] sobre lo que versaban estas preguntas (es decir, sobre su vida sexual o conocimientos sexuales previos a los hechos), le habrían causado indefensión, en la medida en que según vino a sostener dicha parte, era importante para su defensa que el testigo hubiera sido preguntado y evaluado sobre estos aspectos.

Sin embargo, sobre esto debemos hacer tres consideraciones que nos abocan inexorablemente a concluir que no ha existido indefensión de clase alguna:

- i.-) La primera, es que la defensa de Víctor, cuando le fue notificada la providencia de 24 de mayo de 2017 en la cual expresamente se inadmitían esas preguntas, no la recurrió.

Es decir, se aquietó a lo decidido en dicha resolución.

Por consiguiente, no puede alegar indefensión por no haber podido hacer unas preguntas sobre cuyo rechazo o inadmisión por el instructor, dicha parte se mostró conforme.

No puede por lo tanto la defensa del procesado alegar indefensión por no haber podido preguntar al testigo incapaz sobre la vida sexual conocimientos previos del procesado, o sobre si [[A-1]] miraba o no miraba a su hija, cuando resulta que se conformó con la decisión del juez que inadmitió estas preguntas sobre estos extremos, la cual no quiso recurrir, pudiendo haberlo hecho.

- ii) La segunda es que, como enseguida veremos en detalle, resulta que cuando se practicó la prueba preconstituida, después de que se le hicieran a [[A-1]] las preguntas que habían sido declaradas pertinentes, el instructor preguntó a las partes si tenían alguna pregunta más que hacer. Y ninguna de las partes (la defensa tampoco) quiso hacer ya ninguna otra pregunta a [[A-1]].

Por eso, desde el momento en que la defensa de [[A-1]] declinó en aquel momento la posibilidad de que se le brindaba de hacer nuevas preguntas a [[A-1]], difícilmente puede luego alegar indefensión por no haber podido preguntar a [[A-1]] sobre tal o cual cosa.

- iii) La última razón no es menos relevante que las anteriores. Y es que cuando ya en el juicio oral, la defensa de Víctor solicitó como cuestión previa que se admitiera en el plenario la testifical de [[A-1]] que ya le había sido denegada mediante Auto de 27 de agosto de 2018, la razón que adujo fue, genéricamente, su derecho de contradicción pero no hizo referencia para nada a que no se le había permitido interrogar a [[A-1]] sobre las cuestiones que había plantado en las preguntas 8,9,16 y 19 que le habían sido inadmitidas por el instructor en la prueba preconstituida. Es decir, las razones que justificó para que se le hubiera admitido la prueba testifical de [[A-1]] en el plenario, nada tuvieron que ver con el hecho de que por el instructor se le hubieran denegado estas posiciones en su momento mediante una providencia que, insistimos, no recurrió, sino que se fundaban en consideraciones generales relativas a la necesidad de la práctica de esa prueba en el plenario. Fue solo al final del juicio oral, en fase de informe o conclusiones, cuando la defensa del procesado, al abordar de nuevo la inadmisión en el plenario de la testifical de [[A-1]], hizo referencia novedosa a que se habría mermado su derecho de defensa al no haber podido preguntar a [[A-1]] sobre su vida sexual y conocimientos sexuales previos, al habersele inadmitido con ocasión de la prueba preconstituida las posiciones o preguntas que hacían referencia a estos extremos (8, 9, 19). Ni que decir tiene que la introducción de este alegato en dicho momento procesal fue extemporánea, cuando resulta que nunca recurrió la inadmisión de dichas preguntas en la testifical preconstituida, y cuando al plantear la cuestión previa tampoco hizo alusión a esta circunstancia.

Cabe añadir, siquiera a título de "ex abundancia", que la inadmisión de la pregunta nº 16 no pudo ser más correcta, debido a la improcedente redacción (equivoca y capciosa) de esta pregunta, pues aunque lo que se acaba preguntando es si le gusta la chica, en realidad pretende que indirectamente se tengan por ciertos los asertos previos que se contienen en el enunciado la pregunta, -como es si el joven se quedaba mirando a esa chica-, en lugar de preguntar directa y abiertamente por esa cuestión.

f) En fecha 8 de junio de 2017 se practicó la declaración testifical de [[A-1]] como prueba preconstituida, con asistencia y posibilidad de contradicción de todas las partes, incluida la defensa de Víctor, procediéndose a la grabación audiovisual de dicha prueba.

Tal como resulta del acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción (folio 191), tal como se ve en la grabación de dicha prueba que fue reproducida en el acto del juicio oral, y tal como muy claramente explicó la Psicóloga Forense Sra. Diana en el acto de juicio oral a preguntas del



Ministerio Fiscal (ver grabación de la segunda sesión del juicio, a partir aproximadamente de las 3 horas 56 minutos y 50 segundos hasta aproximadamente las 3 horas, 59 minutos y cinco segundos), dicha prueba se desarrolló del modo siguiente: con el testigo [[A-1]] y en una habitación estaban presentes la Psicóloga Forense Sra. Diana y también la designada como facilitadora, psicólogo Azucena .

Lo que sucedía en esa dependencia en la que se practicó la prueba fue grabado en soporte audiovisual. Lo que sucedía en esa habitación era visto y escuchado simultáneamente mientras sucedía, mediante circuito cerrado de TV, por el juez instructor, Ministerio Fiscal, la letrado de la acusación particular, la letrado de la defensa de Víctor , todo ello con fe pública del Letrado de la Administración de Justicia.

Tras informar al joven [[A-1]] de su deber de decir verdad, y de que debía decir todo aquello que no entendiera le fueron hechas en lenguaje comprensible para sus capacidades todas las preguntas que habían sido declaradas pertinentes por el Juez de Instrucción, adaptadas al lenguaje del menor, adaptación que también el juez instructor había examinado previamente.

Tal como expuso en juicio oral la Psicóloga Forense Sra. Diana (ver grabación de la segunda sesión del juicio , a partir aproximadamente de las 3 horas 56 minutos y 50 segundos hasta aproximadamente las 3 horas, 59 minutos y cinco segundos), que estuvo presente con [[A-1]] en la práctica dicha prueba testifical preconstituida, después de que se le hicieran todas las posiciones declaradas pertinentes, el Juzgado de Instrucción preguntó a las partes (Ministerio Fiscal, acusación particular y letrado de la defensa) si deseaban a continuación hacer nuevas preguntas, ante lo cual las partes manifestaron que no. Tras ello el juez de instrucción dio aviso telefónico a las psicólogas par indicarles que la prueba había terminado.

Como vemos, la posibilidad de contradicción y de defensa de Víctor estuvo en todo momento garantizada, y la prueba preconstituida se celebró con todo los estándares de defensa y contradicción necesarios. A nuestro juicio, el quehacer del titular del Juzgado de Instrucción nº 3 de Logroño en la organización y desarrollo de la prueba preconstituida fue impecable.

No puede alegarse cabalmente por la defensa de Víctor merma del derecho de defensa ni de contradicción, cuando resulta que (i) tuvo plenas posibilidades de hacer preguntas a [[A-1]], (ii) se hicieron todas las preguntas que fueron declaradas pertinentes de las que propuso (ya hemos dicho que dicha parte no recurrió la decisión del instructor de declarar impertinentes cuatro de las preguntas que propuso) y luego, (iii) tras el interrogatorio de [[A-1]] en relación a las posiciones declaradas pertinentes, se le brindó a la defensa de Víctor , como a todas las demás partes, la oportunidad de volver a preguntar a [[A-1]] , facultad que todas las partes (también la defensa de Víctor) declinaron.

g) La grabación audiovisual se emitió en juicio oral, a presencia del procesado (que visionó y escuchó la prueba), de este tribunal, y de todas las partes, incluido la abogada de la defensa de Víctor .

En el trámite de informe o conclusiones, todas las partes pudieron hacer alegaciones sobre esta prueba, como de resto de la prueba practicada.

h) Como complemento a todo lo que antecede añadimos además que *el joven [[A-1]] presenta, debido a su discapacidad, graves déficits de memoria a medio y largo plazo que exigían preservar su testimonio.*

Ya el dictamen emitido el 20 de marzo de 2017 por las dos psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo con el cual contaba el instructor a la hora de acordar que se preconstituyese la prueba (folios 60 a 64) decía lo siguiente: " *La evaluación de la memoria episódica o autobiográfica de [[A-1]] se ha llevado a cabo a partir de sucesos reales de su vida.*

[[A-1]] en recuerdo libre ofrece pocos detalles, aunque centrales, del evento y en ocasiones los presenta de forma desordenada, con dificultades en la secuenciación. A medida que el recuerdo es más lejano los detalles son más escasos. Cuando se le ofrecen apoyos, su descripción se hace más precisa aumentando considerablemente los detalles. Uno de estos apoyos es la introducción de pequeñas claves que favorezcan la recuperación del recuerdo.

[...]

"La memoria semántica hace referencia a la capacidad para recuperar conocimientos adquiridos y de rutinas que se realizan diariamente. La evaluación de la memoria semántica o procedimental se ha llevado a cabo a partir de actividades de la vida diaria de [[A-1]] (por ejemplo, cómo es la rutina de un día en el colegio).

Cuando se le pide a [[A-1]] que recuerde su rutina, presenta algunas dificultades para secuenciar de forma ordenada en el tiempo (hay saltos temporales y en el orden de dicha secuenciación), no aportando suficientes detalles para conocer la rutina. Cuando se le ofrecen apoyos los detalles aumentan significativamente."



"Para obtener narraciones detalladas y minuciosas por parte de [[A-1]], es necesario preguntarle en más de una ocasión por el mismo hecho y exponerle de una manera explícita que se requiere que aporte el máximo número de detalles que recuerde. Por lo tanto, la obtención del número de detalles con respecto a su memoria episódica v semántica dependerá en gran medida del tipo de apoyos y preguntas que se le faciliten a [[A-1]]. Este tipo de apoyos, acompañado de intervenciones del tipo "¿qué pasó después?", también ayudarán a que [[A-1]] pueda hacer una secuenciación adecuada de lo que ha vivido, reduciendo así los errores que pueda cometer. Por ejemplo, el entrevistador pregunta: "Entonces, tú llegas al colegio y ¿qué haces?, ¿y después? (...). Secuenciando de esta manera y con estos apoyos, [[A-1]] es capaz de aportar algún dato más."

Pero es que luego, en el juicio oral, la psicóloga Asunción profundizó en este aspecto y explicó que la memoria de [[A-1]] es "muy limitada"; y sobre todo, más tarde (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de tres horas y 20 minutos hasta 3 horas 22 minutos y 10 segundos aproximadamente) la letrada de la acusación particular preguntó a la psicóloga Asunción si el hecho de que la declaración se recabase a [[A-1]] a los pocos días de haber ocurrido podía haber servido para que ese testimonio fuera más fiable, a lo que esta profesional manifestó que una de las cosas que sucede con [[A-1]] es que, por su limitación en la memoria, como no se preserve el recuerdo, "llega un momento como ahora y realmente (no) tendría nada de detalles, o sea, se vería la memoria...por el paso del tiempo- que nos pasa a todos, pero a él más-, el paso del tiempo y la interferencia (que haya podido escuchar algo o lo que sea y lo asuma como algo propio) podría no ser válido para nada su testimonio; cosa que al haberse hecho la prueba preconstituida, que es vital, se ha garantizado esa prueba"

En igual sentido, la otra psicóloga firmante del informe explicó en juicio oral que la memoria a largo plazo de [[A-1]] es limitada, por eso cuanto más tiempo pasa, más dificultades tiene para recordar las cosas. Pero aun teniendo la memoria afectada es capaz de identificar un sitio en el que ha estado.

También la Psicóloga Forense Sra. Diana hizo mención en juicio a los problemas de memoria de [[A-1]], indicado que "fue la inmediatez al obtener la declaración lo que permitió tener un relato del mismo."

En este sentido, recordemos que ya el Auto que acordó la práctica de la prueba preconstituida, en su motivación expone como justificación para acordar la preconstitución de la prueba la necesidad de preservar el testimonio del testigo [[A-1]] (ver folio 126 de la presente causa)

Lo que antecede determina que habiéndose preconstituido y la aprueba con todas las garantías, una nueva declaración en el plenario de [[A-1]] resultaría improcedente, pues no solo ya lo sometería a una inconveniente a todas luces victimización añadida que podría derivar en traumas por reexperimentación de la vivencia de los hechos, sino que además sería escasamente viable por el tiempo transcurrido y los déficits de memoria que por su discapacidad presenta [[A-1]].

i) La grabación audiovisual de la prueba preconstituida se reprodujo en juicio oral, a presencia del procesado (que visionó y escuchó la prueba), de este tribunal, y de todas las partes, incluido la abogada de la defensa de Víctor.

3.- Normativa y Jurisprudencia aplicable: es procedente la preconstitución de prueba y la no declaración ulterior en juicio oral en casos de víctimas especialmente vulnerables, siempre que se garantice el derecho de contradicción.

3. 1.- Normativa aplicable.-

Si bien la regla primigenia en nuestro derecho sigue siendo que la prueba ha de practicarse en el acto del juicio oral con plena contradicción, es un hecho que nuestra ley procesal vigente ha introducido una serie de normas, en sintonía con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que luego haremos referencia, dirigidas y orientadas a evitar, en la medida de lo posible, la victimización secundaria de las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, así como de los menores de edad, mediante la reducción del número de las ocasiones en las que, en su condición de víctimas, hayan de ser sometidos a interrogatorio, con la correlativa salvaguarda del derecho de defensa del acusado, especialmente los referidos a la vigencia efectiva del principio de contradicción. Se trata en definitiva de conciliar los intereses en juego: por un lado, la protección de estas personas menores de edad o aquejadas, como en nuestro caso, de discapacidades que las hacen vulnerables, evitando sucesivas declaraciones que les hagan revivir constantemente los hechos, con posibles consecuencias traumáticas. Por otro, que todo eso se haga sin merma alguna del derecho de defensa del encausado y con garantías del derecho de contradicción.

Así, La **Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito**, que entró en vigor en los últimos días del mes de octubre del año 2015, dispone en el **artículo 26** que cuando se trate de **víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección**, las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios



audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como que la declaración podrá recibirse por medio de expertos.

Además, dicha disposición legal modificó varios artículos de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal**.

El artículo 433 dispone que en " *el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales* ";

Por su parte, el artículo 448 se dice también que " *la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.*"

Con respecto a las declaraciones en el acto del plenario, el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que " *la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación* ". Y por lo que aquí interesa, en el **artículo 730**, se añade que " **podrán también leerse o reproducirse** a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y **las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación** a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección ". El artículo 448 al que se hace referencia en este artículo 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal dice lo siguiente: " *la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.*"

Pero si todo esto viene amparado por la legislación vigente, es un hecho que todavía ha sido más subrayado, si cabe, por la Jurisprudencia, singularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

3.2.-Posición de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.-

Comenzaremos haciendo mención de la doctrina del Tribunal Supremo.

La **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 401/15 de 17 de junio de 2015 (ROJ: STS 2945/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2945)** de la que fue Ponente el Presidente de la Sala Segunda Excmo Sr. Marchena, sintetiza admirablemente la doctrina que creemos de aplicación.

Si bien esta sentencia está referida a un supuesto en el que la víctima de abusos sexuales era un menor de edad, creemos que es perfectamente trasladable a nuestro caso, en cuanto que aborda la eficacia de la preconstitución de prueba de la declaración de la víctima en el caso de una víctima especialmente vulnerable, como sin duda lo es un incapaz con las deficiencias cognitivas y de memoria a medio y largo plazo que presenta en nuestro caso el joven [[A-1]] .

Dice esta sentencia lo siguiente:

"Estima la defensa que la vulneración de las garantías procesales del acusado se habría producido por la ausencia de declaración de la menor. La jurisprudencia más reciente -se arguye- no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea menor de edad.

No tiene razón el recurrente.

1.- La cuestión suscitada por la defensa -decíamos en la STS 940/2013, 13 de diciembre - no es novedosa. La frecuencia con la que hechos de esta naturaleza acceden a nuestro conocimiento por vía casacional, explica la existencia de numerosos precedentes que, ponderando los bienes jurídicos en conflicto, han tratado de alcanzar



una solución armoniosa con los valores constitucional en juego. La jurisprudencia de esta Sala no avala la tesis de la defensa. Y es que hemos dicho de forma reiterada que nuestro sistema procesal no admite el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria. Pero esa afirmación no es incompatible con la irrenunciable necesidad de preservar otros bienes que también convergen en el acto de enjuiciamiento y que cuentan con una tutela reforzada de nuestro sistema jurídico. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes de los que son elocuentes muestras las SSTS 71/2015, 4 de febrero ; 632/2014, 14 de octubre ; 96/2009, 10 de marzo ; 593/2012, 17 de julio ; 743/2010, 17 de junio y ATS 1594/2011, 13 de octubre).

En efecto, atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y, más recientemente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre -Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre-), hemos apuntado que nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta -cfr. SSTS 19/2013, 9 de enero ; 80/2012, 10 de febrero y 174/2011, 7 de noviembre , entre otras- no son ajenos a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433 , 448 , 455 , 707 , 731 bis , 777.2 y 797.2 LECrim , es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia , § 56, en la que señala "... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Recientemente hemos dicho - STS 925/2012, 8 de noviembre - que no siendo pacífico admitir la preconstitución probatoria durante la fase de investigación o instrucción (arts. 433.2 y 448.3 y 4 LECrim) como sustitutivo de la deposición de los menores en el acto del juicio oral, sí que lo es convenir que en supuestos como el examinado ese tipo de preconstitución facilita el enjuiciamiento pues impide la contaminación del material probatorio e introduce desde el primer momento en una prueba de especial fragilidad como es el testimonio de niños, la garantía de la contradicción. De esa forma además se logra una más eficaz tutela de la víctima menor en consonancia con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, (" Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger



a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho"); con la muy reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de octubre (Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de noviembre; arts. 20 a 24, singularmente); o con la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmada por España el 12 de marzo de 2009 (arts. 30 o 35 , que alientan una serie de medidas como la necesidad de que las declaraciones de niños y niñas, se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello y que su número sea limitado y el estrictamente necesario, así como que se adopten medidas para que dichas entrevistas sean grabadas y que dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral).

[...] Como se ha argumentado por los especialistas, **no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes** (STEDH caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 ; sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el conocido caso Pupino, de 16 de junio de 2005 ; así como STC 174/2011, de 7 de noviembre , y STS 96/2009, de 10 de marzo).

Este entendimiento de la inevitable necesidad de ponderar los principios y derechos que definen el estándar constitucional de un proceso justo y el superior interés del menor, late en otros precedentes jurisprudenciales ejemplarmente glosados por la sentencia de instancia (cfr. SSTS 96/2009, 10 de marzo y 743/2010, 17 de junio , entre otras).

La misma idea está también presente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional. De forma bien reciente, la STC 75/2013, 8 de abril , abordaba el problema de la declaración de los menores víctimas de un delito de esta naturaleza en los siguientes términos: "...a este respecto, hemos de partir de que, si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3 ; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 ; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3 , o 174/2011, de 7 de noviembre , FJ 3), la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre , "dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado" (FJ 3).

Así, hemos venido admitiendo, desde la STC 80/1986, de 17 de junio , la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular, declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En línea semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41 ; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 51 y 19 de julio de 2012, caso Hümmel c. Alemania , § 38); advirtiendo en todo caso que " los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario" (SSTEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà c. Italia, § 40 ; 15 de diciembre de 2011, caso Al- Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 118; y 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 38).



En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (...), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos "la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal" (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral" (FJ 3), y que pasarían por ofrecer "una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual", y por "tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior" (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56)".

(...) De la aplicación de la Decisión Marco 2001/220, ya nos hemos ocupado en anteriores precedentes, como las SSTS 743/2010, 17 de junio y 96/2009, 10 de marzo. La simple lectura del art. 8.4 de esa norma ya advierte de la posibilidad de que, tratándose de víctimas especialmente vulnerables, su interrogatorio se practique de la forma menos perjudicial para su integridad: "... los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho".

No menciona en su recurso la defensa el hecho de que la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, sustituye a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, que se dice infringida. Sea como fuere, no hay cambios en la declarada voluntad institucional de preservar a los menores de edad de los perniciosos efectos que su reiterada exposición en el proceso penal puede acarrear para su desarrollo y madurez. En efecto, el art. 1.3 de la mencionada Directiva, precisa que "... cuando la víctima sea un menor de edad, los Estados miembros velarán por que en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor y dicho interés sea objeto de una evaluación individual. Prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus necesidades e inquietudes. El menor y su representante legal, si lo hubiere, serán informados de toda medida o derecho centrado específicamente en el menor". Además de las medidas generales de protección previstas en los arts. 18 a 23, el art. 24 de esa Directiva establece que "...en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales".

Los arts. 325 448, último párrafo, y 707 de la LECrim se ocupan de prevenir el perjudicial efecto derivado, primero, de la evocación de actos que puedan erosionar el proceso de madurez del niño, después, de la confrontación visual entre el agresor y su víctima

En definitiva, **ninguna indefensión se generó al recurrente. Los soportes de grabación de la imagen y el sonido, referidos a la práctica de la prueba anticipada que, con participación del Fiscal y la defensa se desarrolló durante la instrucción, fueron reproducidos en el plenario.** La Sala ha examinado, al amparo del art. 899 de la LECrim, los antecedentes que constan en la documentación remitida y observa que esos DVDs obran en la causa. Estaban, por tanto, a disposición del Letrado recurrente en el momento de formalizar el recurso de casación."

(El subrayado y el énfasis en negrita son nuestros).

En nuestro caso es evidente que se cumplen los estándares de las exigencias del derecho de defensa y contradicción en la preconstitución de la prueba, la cual estaba aconsejada por dos motivos:

- (i) por evitar el riesgo de experimentación traumática que podía sufrir una persona especialmente vulnerable como es [[A-1]];
- (ii) para preservar su testimonio, dada la fragilidad de su memoria derivada de su discapacidad.



Obsérvese: obra un informe emitido por las dos psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo recomendaba la preconstitución de la prueba con el fin de evitar a [[A-1]] reexperimentación traumática de los hechos si fuera sometido a sucesivas declaraciones. El instructor acordó por eso la preconstitución de la prueba. Su decisión no fue recurrida. La prueba preconstituida se desarrolló con intervención de la defensa, que contempló la prueba mientras se desarrollaba, y sobre todo, tuvo la oportunidad de hacer llegar sus preguntas al testigo, previamente admitidas por el juez. La prueba fue grabada en soporte audiovisual y reproducida en el juicio oral ante este tribunal, ante el procesado, ante la defensa del procesado, y ante las demás partes personadas.

La preservación del derecho de defensa y contradicción del encausado ha sido por lo tanto total.

En esta misma línea debemos citar el **Auto núm 949/16 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2016** (ROJ: ATS 5647/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5647 A), el cual se refiere a la preconstitución de prueba de la **declaración de un incapaz víctima de abusos sexuales** de la siguiente forma:

" La doctrina de esta Sala ha establecido como principio, incluso en los casos de abusos sexuales a menores o incapaces, la comparecencia de la supuesta víctima al acto de la vista oral, en aras a otorgarle la mayor vigencia efectiva al principio de contradicción e inmediación. Esto no obstante, queda condicionado al importantísimo valor de preservar la integridad moral y psicológica de aquellas personas a las que se las considera, por su edad y nivel de madurez asociados, especialmente sensibles (véase la sentencia de esta Sala número 88/2015, de 17 de febrero, que cita las previas sentencias 96/2009 de 10 de marzo, 743/2010, de 17 de junio, 593/2012, de 17 de julio y 19/2013, de 9 de enero, entre otras). Así lo ha estimado igualmente instituciones internacionales, como el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, cuya Directiva 2011/99, de 13 de diciembre, que se cita en la sentencia, busca evitar lo que se ha dado en denominar una "victimización secundaria". En lo que al caso presente se refiere, es una evidencia incontestable que Alfonso s tenía dificultades de habla (de hecho, unos peritos, en los que se apoya el recurrente, afirmaron no haber podido emitir informe ante la incapacidad del examinado de dar un relato estructurado de lo ocurrido). Al margen de lo anterior, era visible, por su edad mental, que la experiencia le había afectado profundamente. Por último, constaba que Alfonso s desconocía que la prueba se estaba grabando. Había, por lo tanto, fundamento más que firme para estimar que su comparecencia al acto de la vista oral le causaría más sufrimiento que ventajas podría proporcionar al debate procesal, por sus propias características. La decisión del Tribunal no es arbitraria. Por el contrario, ha hecho una adecuada ponderación de los dos valores contrapuestos en juego, y, además, contaba con la prueba preconstituida, que se había practicado con las necesarias y debidas garantías procesales.

Y en este mismo sentido, la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, § 56**, establece los requisitos para que se entienda garantizado el derecho de contradicción del procesado, en el caso de declaraciones de menores (consideraciones que, por la especial vulnerabilidad de [[A-1]], declarado incapaz por sentencia firme, y como veremos, con una edad mental de un niño de 9 o de diez años, entendemos aplicables a nuestro caso) . Al respecto razona esta sentencia que "quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior".

Debemos insistir en que todas estas garantías, como hemos visto en el párrafo 2 de este fundamento de derecho relativo a los antecedentes fácticos, se han cumplido sobradamente en nuestro caso.

Sobre la cuestión que nos ocupa, goza también de relevancia a nuestro juicio la **Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/2011, de 7 de noviembre de 2011**, que razona del modo siguiente, en idéntica línea a como lo hacía el Tribunal Supremo :

"...La cuestión planteada tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público con plena contradicción en el acto del juicio oral -en cuanto testigos de cargo especialmente vulnerables-, afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (STEDH de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia).

No se trata de una cuestión nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual analizaremos y tomaremos en consideración a continuación. Pero sí lo es en la jurisprudencia de este Tribunal que, solo de forma tangencial, se ha referido a la misma en la STC 41/2003, de 27 de febrero, FJ 3, que abrió camino al testimonio de referencia sustitutivo de la exploración personal de la víctima cuando, por su muy corta edad, pueda entenderse que carece de discernimiento. De ahí su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).



En efecto, en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones incriminatorias que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral. Así lo recoge el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) cuando dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra". Este derecho es un aspecto específico de la idea de juicio justo. Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el Juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción (por todas, SSTC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2 y 345/2006, de 11 de diciembre , FJ 3). No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio , FJ 1, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 ; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5 ; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 ; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 ; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 1 y 3 d). del art. 6 del CEDH , siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski , § 41 ; 15 de junio de 1992, caso Lüdi , § 47 ; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros , § 51; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta , § 68 , y de 20 de abril de 2006, caso Carta , § 49). Por ello, de forma reiterada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en los pronunciamientos citados que "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 CEDH cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la conformidad al Convenio de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como "una auténtica ordalía"; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania ; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia ; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda ; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia ; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia ; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia ; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia ; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia).

En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

4. Atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los derechos del niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenas a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433 , 448 , 455 , 707 , 731 bis , 777.2 y 797.2 LECrim , es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos,



en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P.S. contra Alemania, § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia, § 56, en la que se señala que "quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Son éstas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso..."

Reiteramos que entendemos que estas consideraciones relativas a menor de edad, se deben hacer extensivas a aquellas personas con discapacidad contrastada, como sucede en nuestro caso, en la que [[A-1]] presenta una edad mental de unos 9 o 10 años y unos déficits a los que ya hemos hecho referencia, pero que luego expondremos con mayor pormenor.

Por su parte, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha señalado en numerosas sentencias que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del Convenio, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado. En particular, exige que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros).

Concretamente, en la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2001, caso Lucà**, llegó incluso a declarar que "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6.º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario".

Por lo tanto, a "sensu contrario", conforme a esta doctrina es evidente que si la defensa ha podido interrogar durante la prueba preconstituida a esa persona, no se restringen esos derechos de defensa. Y ello, por más que luego dicha persona, debido a las razones que justificaron la preconstitución de la prueba, no declarase luego otra vez en juicio oral, siempre que en dicho acto - como sucedió en nuestro caso- se reprodujera en presencia del procesado y del tribunal sentenciador y las partes esa grabación audiovisual de la prueba preconstituida.

4.- Recapitulación y conclusión.-



La conclusión que se obtiene al trasladar la normativa y doctrina jurisprudencial aplicable a dichos antecedentes facticos es que en nuestro caso la preconstitución de la prueba testifical de [[A-1]], y el no someter a este testigo a una nueva declaración en juicio oral casi dos años después de los hechos, está plenamente justificada debido a las circunstancias concurrentes en [[A-1]]. No ha existido ninguna vulneración del derecho de defensa, ni del derecho a un juicio con todas las garantías ni del derecho de contradicción, toda vez que :

a) En el momento del juicio oral, el testigo [[A-1]] había sido ya judicialmente declarado totalmente incapaz para el gobierno de su persona y sus bienes por sentencia firme de 5 de diciembre de 2018. El testigo [[A-1]] tiene una discapacidad reconocida del 77% en la que incide esencialmente su discapacidad cognitiva, padece un DIRECCION014 entre moderado y los límites más graves del DIRECCION014 ligero, su memoria a medio y largo plazo presenta importantes deficiencias, y su edad mental es equivalente a la de un niño de entre 9 y 10 años.

b) La declaración de [[A-1]] como prueba preconstituida fue acordada por el juez de instrucción con el fin de preservar su testimonio, con base en un previo informe emitido por dos psicólogas que obraba en la causa, y que recomendaba especialmente que se preconstituyera la prueba con el fin de evitarle al testigo la " *reexperimentación traumática al verse expuesto de forma repetida a distintas declaraciones*".

La resolución del juez de instrucción acordando la preconstitución de la prueba no fue recurrida.

c) La declaración de [[A-1]] como prueba preconstituida se practicó con plena intervención de las partes, y salvaguarda del derecho de defensa y contradicción del procesado: se hicieron a [[A-1]] las preguntas que propuso la defensa del procesado y que se declararon pertinentes. Si bien cuatro de las veinte preguntas fueron declarados impertinentes la resolución dictada por el instructor acordando la impertinencia de dichas preguntas no fue recurrida por la defensa del procesado.

d) La declaración de [[A-1]] como prueba preconstituida se practicó de forma que todas tanto el juez como las partes, incluido la defensa del procesado, la estaban viendo mientras se desarrollaba. Y no solo eso: tal como explicó en juicio la Psicóloga Forense Sra. Diana (que estuvo presente en la prueba con el joven [[A-1]]) después de que [[A-1]] fuera interrogado sobre las preguntas previamente admitidas por el instructor como pertinentes, el instructor les dio a las partes la posibilidad de realizar nuevas preguntas al testigo, posibilidad que fue declinada pro todas las partes, también por la defensa.

e) La declaración de [[A-1]] como prueba preconstituida fue grabada en soporte audiovisual, y esa grabación fue reproducida en el acto del juicio oral, ante este tribunal, ante el procesado (que vio y escuchó la grabación), y las demás partes (también la defensa del procesado).

f) Por lo tanto, la defensa del procesado, en el trámite de informe o conclusiones, ha tenido posibilidad de alegar sobre esta prueba preconstituida grabada y reproducida en el plenario (como efectivamente así ha hecho) de la misma forma que ha tenido posibilidad de alegar sobre el resto del elenco probatorio.

SEGUNDO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA (I).- PRUEBA DE LA DISCAPACIDAD DE LA VÍCTIMA Y SU ALCANCE. LA EVIDENTE PERCEPTIBILIDAD DE ESTA CIRCUNSTANCIA PARA CUALQUIER PERSONA QUE SE RELACIONE MÍNIMAMENTE CON LA VÍCTIMA

1. Introducción.

Resuelta (y desestimada) la cuestión previa y rechazadas asimismo las alegaciones de indefensión y vulneración de derecho de contradicción argüidas por la defensa, se está en el caso de proceder a la valoración de la prueba, comenzando con la que atañe a las características y circunstancias concurrentes en la presunta víctima [[A-1]].

Tal como vamos a exponer, existe una abundante y muy sólida prueba practicada, singularmente de tipo médico y psicológico, que prueba de modo incontestable , en primer lugar, que [[A-1]] padece una relevante discapacidad intelectual que lo asimila a la edad mental que puede tener un niño de 9 o de 10 años, y que lo hace vulnerable y fácilmente manipulable.

En segundo lugar, está probado que pese a que [[A-1]] presenta un aspecto físico normal, dicha discapacidad se hace patente, notoria y evidente para cualquier persona que hable o se relacione con [[A-1]] incluso durante un tiempo mínimo. Es en suma una discapacidad que se hace ostensible y evidente tras una mínima interacción con él.

Pasamos a desgranar y valorar los medios de prueba que nos llevan a esta conclusión.

2.- Causa de la discapacidad de [[A-1]], su y diagnóstico y la situación de [[A-1]] desde entonces .-



Está probado que el origen de la discapacidad que padeció [[A-1]] data de 16 de mayo de 2002, cuando tenía cuatro años y medio de edad.

Como consecuencia de un incendio acaecido en su domicilio familiar en que incluso falleció su madre, con la que vivía, [[A-1]] precisó hospitalización durante varios meses, le produjo asfixia, siendo esta la causa de que desde entonces presente un DIRECCION016 de etiología tóxica, disminución de eficiencia visual por alteración del campo visual de etiología tóxica y DIRECCION012 con repercusión intensa en sus funciones ejecutivas. Esto es un hecho que no se discute y que además así resulta, por ejemplo, del acta del Gobierno de la Rioja sobre formalización de acogimiento familiar de 17 de septiembre de 2010, folio 79 de la causa, y del *informe emitido por el Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia del Gobierno de La Rioja (Consejería de Política Social)* obrante al folio 212.

En virtud de la testifical prestada en juicio oral por el tío y tutor de [[A-1]] (ver dicha testifical en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, a partir del minuto 7 y 5 segundos aproximadamente hasta 7 minutos y 40 segundos aproximadamente, a preguntas de la acusación particular) y de la testifical prestada por Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " (ver grabación de la segunda sesión del juicio), resulta probado que [[A-1]] estuvo escolarizado en el Colegio de educación especial " DIRECCION009 " de Logroño desde 2008 hasta que cumplió los 21 años.

Por lo tanto, a la fecha de los hechos todavía estaba escolarizado en este colegio especial.

Actualmente [[A-1]] está escolarizado en DIRECCION010, según explicó en juicio el tío y tutor de [[A-1]] (ver dicha testifical en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, a partir del minuto 7 y 5 segundos aproximadamente, hasta los siete minutos y 48 segundos aproximadamente)

Desde que murió su madre a raíz del incendio, [[A-1]] ha sido atendido y cuidado por sus tíos maternos - [[tío de A-1]] y [[tía de A-1]]- al haberse quedado huérfano de padres. Por Acta de 17 de septiembre de 2010 se formalizó el Acogimiento familiar permanente sus tíos (véase folios 79 y 80 de la causa).

Según puede verse en documento aportado a los folios 72 y ss, en fecha 13 de junio de 2013 se dictó Auto por la Titular del Juzgado de Primera Instancia de Logroño (Juzgado de Familia) nombrando tutores del entonces menor [[A-1]] a sus tíos [[tío de A-1]] y [[tía de A-1]]

Esta ha sido su situación que tuvo lugar su declaración de incapacidad total producida por sentencia de 5 de diciembre de 2018 a la que haremos específica referencia en el párrafo 6 de este fundamento de derecho

3.- Reconocimiento administrativo de discapacidad de [[A-1]]. Incidencia de su discapacidad intelectual

Debemos hacer referencia a continuación al reconocimiento administrativo de la discapacidad de [[A-1]] realizado por la Comunidad Autónoma de la Rioja.

En virtud de *resolución de fecha 8 de febrero de 2016* de la Consejería de Políticas Sociales, Familia, Servicios Sociales, Igualdad y Justicia de la Comunidad Autónoma de La Rioja **el joven [[A-1]] tiene reconocida una discapacidad del 77%** (ver la resolución al folio 66 de la causa).

Esta resolución se basa en el ya mencionado informe obrante al folio 212 de la causa, emitido por el Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia del Gobierno de La Rioja (Consejería de Política Social), suscrito por el psicólogo Jose Augusto y la médica Dra. Marí Trini.

Tal como resulta del informe del folio 212 y tal como resulta de *la testifical prestada en juicio oral por el psicólogo Jose Augusto y por la médica Dra. Marí Trini*, que emitieron este dictamen, está probado que en esa discapacidad del 77% que le fue reconocida [[A-1]], concurren dos deficiencias que aunque proceden ambas de la misma causa (el incendio), a nivel de las limitaciones que le provocan no están relacionadas entre sí: por un lado, [[A-1]] padece una discapacidad visual sobre todo en uno de los ojos. Por otro lado presenta la ya mencionada discapacidad intelectual.

Ambas discapacidades - la visual y la intelectual-, como decimos, concurren a formar este 77% de discapacidad que le fue reconocida.

En cuanto a la discapacidad en la visión, es importante advertir que según explicó la médica Dra. Marí Trini en el acto del juicio oral (ver su declaración en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, a partir de una hora y 25 minutos y 30 segundos aproximadamente hasta 1 hora 28 minutos y 30 segundos aproximadamente) esa discapacidad se manifestaba en lo que se denominaba "visión en escopeta", o "visión en túnel" y en que tenía "más dificultad" para ver lo de cerca, y no tanto lo más lejano. Sin embargo, preguntada si a la distancia en que habitualmente una persona mira un teléfono móvil, la discapacidad de [[A-1]] le impediría poder visionar un video en un teléfono móvil, la testigo manifestó que " puede que sí, pues conozco gente que tiene esa visión



que puede acercarse y puede verla" (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de una hora y 27 minutos aproximadamente hasta),

Pero lo más relevante es que tanto el psicólogo Jose Augusto como la médico Dra. Marí Trini en su declaración en el plenario (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de una hora cuatro minutos y 18 segundos en adelante) fueron unánimes al señalar que *de estas dos discapacidades, la que mayor incidencia tuvo sin duda para llegar a ese porcentaje de discapacidad del 77% fue la discapacidad intelectual*, pues la discapacidad visual solo alcanzaría un 24 o un 25% (así lo indicó la médico Dra. Marí Trini de modo rotundo, véase su declaración en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de 1 hora 23 minutos y 30 segundos hasta una hora 24 minutos y 4 segundos aproximadamente) o un 25% (según el psicólogo Jose Augusto).

El resto del porcentaje, más de dos terceras partes del total, correspondería a la discapacidad intelectual.

Por consiguiente esta testifical y el informe del folio 212 dejan patente ya la relevante discapacidad intelectual que presenta [[A-1]].

4.- La discapacidad intelectual de la presunta víctima (I): Planteamiento. Grado de discapacidad.

Hay que indicar que el psicólogo Jose Augusto estableció en su ya referido informe (folio 212) y ratificó en el plenario (ver la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 4 minutos y 24 segundos aproximadamente), que el funcionamiento de [[A-1]] era equiparable a una persona con DIRECCION014 ligero, si bien su disfuncionalidad le situaría en la franja superior del intervalo correspondiente a DIRECCION014 ligero, es decir, ya próximo al intervalo correspondiente al nivel superior de DIRECCION014 moderado). De hecho, el DIRECCION014 ligero corresponde un grado de discapacidad entre 30 y 59 unidades, y [[A-1]] se sitúa en una franja entre 50 y 59 unidades.

Esto ya de por sí determina una relevante discapacidad (como decimos, reconocida administrativamente en un total del 77%, porcentaje correspondiente en más de sus dos terceras partes a la discapacidad intelectual).

Pero es que al margen de esto, existen otros elementos probatorios que a nuestro juicio razonan más ampliamente y mejor acerca del alcance de la disfuncionalidad intelectual de [[A-1]] y que por otra parte, son de fecha más reciente.

Efectivamente, el informe confirmado por la médico Dra. Marí Trini (que se limitó a examinar la discapacidad visual física de [[A-1]]) y por el psicólogo Jose Augusto , consta de un solo folio (ver folio 212), y ofrece pocas explicaciones; aunque estas fueron ampliadas con eficacia por el psicólogo Jose Augusto en el plenario, el tiempo transcurrido desde que examinó al joven (lo examinó en 2016) hacía que lógicamente sus respuestas fueran menos precisas que las que ofrecieron los otros profesionales a los que enseguida nos vamos a referir. Y es que al margen de este informe, contamos con un elenco probatorio de carácter técnico y pericial poderoso que enseguida vamos a examinar, pero que sobre todo analizaremos con pormenor en el siguiente párrafo de este fundamento de derecho.

En primer lugar, contamos con las declaraciones que prestaron en el juicio oral la psicóloga Asunción y la psicóloga Azucena , las cuales examinaron a [[A-1]], integran el *Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual* y son las autoras del dictamen emitido por el indicado Equipo que obra entre los folios 54 y 64 de la causa y que fue ratificado por ellas juicio, debidamente ampliado con las explicaciones que dieron en ese momento a preguntas de todas las partes.

En particular, y aunque nos vamos a extender más ampliamente en el párrafo siguiente, adelantamos ya que la psicóloga Asunción nos pareció muy clara, muy firme, y muy coherente en las valoraciones que ofreció. Según la misma, *el coeficiente intelectual de [[A-1]] es inferior a 48 y cuando se tiene menos de 70, ya existe discapacidad*. Señaló que a su juicio con semejante coeficiente el DIRECCION014 es moderado. En igual sentido declaró la psicólogo Azucena , cuyo testimonio también fue muy esclarecedor, situando el coeficiente intelectual en inferior a 48.

Por su parte, la *Psicóloga Forense Sra. Diana* , en la declaración que emitió en el plenario, calificó también el DIRECCION014 del joven [[A-1]] de moderado.

Finalmente, sobre todo, el *médico forense Dr. Melchor* , que examinó a [[A-1]] con ocasión del procedimiento civil de declaración de incapacidad de que este fue objeto, y cuyo *dictamen de fecha 9 de abril de 2018* ha sido aportado a la presente causa como documento en juicio oral y admitido por esta Sala como prueba (ver folios 155 a 158 del Rollo de esta Sala), va incluso más lejos, y califica la discapacidad intelectual de origen orgánico de [[A-1]], como *"persistente e irreversible e intensidad moderada a grave"*. Esta conclusión fue además ratificada en el acto del juicio oral por este profesional médico, al declarar como perito conjuntamente con la Psicóloga Forense Sra. Diana .



Como vemos, la conclusión del psicólogo Jose Augusto de que el DIRECCION014 de [[A-1]] se situaría en las franjas más severas del DIRECCION014 ligero, no es sin embargo compartido ni por la psicóloga Asunción, ni por la psicólogo Azucena, ni por la Psicóloga Forense Sra. Diana, ni sobre todo, por el Médico Forense Dr. Melchor, pues todos ellos consideran que [[A-1]] tiene un DIRECCION014 moderado (es decir, más relevante que el DIRECCION014 ligero), yendo incluso el Médico Forense más lejos al calificar el DIRECCION014 de moderado a grave.

Pero es que con independencia de todo esto, debemos decir inmediatamente que pese a la importancia que la defensa ha periclitado otorgar durante el juicio a la cuestión de si la calificación del DIRECCION014 de [[A-1]] debe ser de *moderado* o de *ligero*, a nuestro juicio, lo relevante a los efectos del procedimiento penal en que nos encontramos y de los hechos que estamos enjuiciando, no es en realidad eso.

Lo importante no es, creemos, la calificación administrativa o médica que pueda tener el grado de limitación intelectual o retraso del joven.

Por el contrario, consideramos que lo relevante es concretar dos aspectos:

- a) En primer lugar, qué limitaciones y deficiencias concretas presenta el joven [[A-1]] y que características cognitivas y conductuales presenta derivadas de la discapacidad que padece.
- b) En segundo lugar, si esas limitaciones, deficiencias y características, son necesariamente apreciables por cualquiera (por un ciudadano medio), y en qué grado.

Estos puntos son precisamente los que vamos a abordar en los párrafos siguientes.

5.- La discapacidad intelectual de la presunta víctima (II): Deficiencias, limitaciones y características concretas que presenta [[A-1]] debido a su discapacidad.

Existe un abundante y sólido elenco probatorio que acredita cuáles son las limitaciones y deficiencias concretas que [[A-1]] presenta a consecuencia de su discapacidad intelectual.

Esto de por sí ya es importante. Pero esa relevancia es todavía mayor si tenemos en cuenta que los distintos profesionales que han depuesto con toda solvencia en el plenario y / o han emitido informe (Médico Forense, psicólogos, la orientadora del colegio de educación especial al que asiste [[A-1]]) se manifiestan todos ellos de manera unánime y unívoca, como raras veces se presencia en un tribunal. Y ello, en el sentido de afirmar que [[A-1]] presenta un alto grado de vulnerabilidad, es manipulable, es ingenuo, tiene graves dificultades para salir de situaciones de riesgo, no es capaz de decir que no, es incapaz de pensamiento abstracto o de estrategias programadas o planificadas, su pensamiento es concreto de forma que es difícil que refiera algo que no ha vivenciado, no es fantasioso, conoce la distinción entre uno o varios pero no sabe cuantificar, tiene una memoria deficitaria a medio y largo plazo.

De hecho, fueron varios los profesionales (la Psicóloga Forense Sra. Diana, la testigo Natividad - Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", el médico forense Dr. Melchor) que hicieron referencia a que [[A-1]] es " como un niño " (en concreto, el médico forense Dr. Melchor se refirió a que era como un niño, la orientadora Sra Natividad a que su edad mental era de un niño de 9 años, la Psicóloga Forense Sra. Diana, indicó que su edad mental es de un niño de 9 o diez años).

Vamos a ir concretando los diferentes aspectos que hemos ido refiriendo y valorando las distintas pruebas:

a) Dictamen Médico Forense de 9 de abril de 2018 emitido en el procedimiento civil de incapacidad, y aclaraciones acerca del mismo realizadas en el juicio oral por el Médico Forense que lo emitió.

Según el *informe Médico Forense de 9 de abril de 2018* emitido en el procedimiento civil de incapacidad de [[A-1]] que obra a los folios 155-158 del Rollo de esta Sala, y según la *declaración del médico forense Dr. Melchor* en el acto del juicio, entre las habilidades que el joven [[A-1]] tiene limitadas, se encuentran las relativas a su cuidado personal (necesita supervisión para llevar a cabo correctamente tareas de aseo personal, precisa de apoyo para abotonarse, enganchar cremalleras y cinturón, realiza desplazamientos habituales con autonomía dentro de su entorno diario pero no fuera del mismo por problemas de orientación, depende de los demás para tomar medicaciones y para seguir una dieta adecuada ...). Además, se encuentran muy limitadas sus capacidades económicas y jurídicas (desconoce su situación económica, no puede tomar decisiones ni seguir efectivamente sus cuentas, ingresos etc, carece de capacidad para realizar disposiciones testamentarias, y "aunque identifica las monedas y billetes no tiene capacidad funcional para manejar dinero de bolsillo"), no puede manejar un vehículo de motor.

En su *declaración en juicio* (que prestó de modo conjunto con la Psicóloga Forense Sra. Diana), el Médico Forense que elaboró el informe de incapacidad, Dr. Melchor, (ver en la grabación del juicio correspondiente a la segunda sesión del juicio, a partir aproximadamente de las 4 horas, dos minutos y 20 segundos) no solo



ratificó lo que ya había expuesto en el informe que acabamos de referir y todas esas limitaciones de [[A-1]] a las que hemos hecho indicación, sino que además se refirió a [[A-1]] con calificativos tan elocuentes como los siguientes: "afable", "confiado", "conlleva situaciones de vulnerabilidad", "no es capaz de hacer planes por sí mismo sin apoyo", "adopta una actitud conformista con los planes de los demás", "manipulable", "es vulnerable ante lo que los demás deciden", "para hacer una elección sencilla necesita apoyo", "no es consciente de sus limitaciones"

Y gráficamente, este Médico Forense que había examinado a [[A-1]], añadió: "es como un niño, por eso es vulnerable, por eso puede llegar ser víctima de este tipo de cosas..."

b) Dictamen pericial psicológico forense emitido por la Psicóloga Forense Sra. Diana y co-suscrito por el médico forense Dr. Melchor. Ratificación y declaración conjunta de los peritos en el juicio oral.

La Psicóloga Forense Sra. Diana emitió un informe que obra a los folios 215-221 de la causa y que fue luego ratificado por el médico forense Dr. Melchor (folio 286 de la causa) cumpliéndose así la exigencia de doble perito del procedimiento Ordinario.

Dicho dictamen fue ratificado por *ambos profesionales de forma conjunta* en el juicio oral (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de las 3 horas y 49 minutos).

Este informe, emitido por unos profesionales objetivos que gozan de imparcialidad indudable y de contrastada solvencia, fue ampliamente sometido a contradicción en el plenario, en el cual ambos profesionales comparecieron conjuntamente aunque actuó principalmente como portavoz de ambos la Psicóloga Forense Sra. Diana.

Dicho dictamen establece con claridad que "*[[A-1]] tiene un pensamiento concreto con facultades intelectivas por debajo de la media de su edad, con especial hincapié en la baja capacidad de abstracción que tiene. Este hecho se materializa a nivel personal, en dificultades para resolución de problemas, así como una vulnerabilidad frente a interacciones sociales. La función ejecutiva, en su esfera de planificación, estrategias y flexibilidad también se encuentra dañada. En resolución de problemas se centran en una mayor concreción en la solución de los mismos. Está área limita una mayor vulnerabilidad a planificar el futuro y facilitar expectativas poco realistas. El juicio social en la patología base de [[A-1]] es inmaduro y está centrado en la ingenuidad. Estos dos factores en sujetos con discapacidad permiten riesgos de manipulación en sus interacciones sociales por parte de terceros. Utiliza el lenguaje de forma correcta aunque el vocabulario es pobre y tiene dificultad para explicar cuestiones de cierta complejidad. Su vocabulario se centra en experiencias personales o hechos que ha vivido. A nivel conductual presenta baja tolerancia a la frustración por lo que ante expectativas de no logro, pueden surgir conductas impulsivas sin capacidad para anticipar las consecuencias que provocan. A pesar de ello, de forma continua denota un comportamiento adecuado.*

En el plano de las relaciones sociales, [[A-1]] es afable y confiado por lo que le puede exponer a mayores riesgos, tratando con familiares, desconocidos, incrementando con ellos comportamientos que pueden ser perjudiciales para el mismo.

Más tarde, se indicaba lo siguiente: "*[[A-1]] tiene capacidad para interactuar en el plano sexual con personas que presenten su misma discapacidad, pero en el plano de adultos, [[A-1]] no tiene capacidad para prestar el consentimiento ya que el mismo queda bajo el influjo de un tercero, mostrando dificultad para protegerse de las mismas.*

[[A-1]] tiene limitaciones cognitivas que le equiparan a un menor de edad, por lo que consideramos que debe ser protegido a lo largo de todo el proceso judicial, especial protección requerirá en caso de que tenga que afrontar una situación de vista oral o nuevas declaraciones.

La Psicóloga Forense Sra. Diana (aunque comparecieron los dos peritos en juicio, fue la Psicóloga Forense Sra. Diana quien asumió la portavocía en la exposición del informe), respondió a las preguntas que las partes hicieron a propósito del dictamen.

Así, tal como puede verse en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de aproximadamente las 3 horas y 51 minutos, la Psicóloga Forense Sra. Diana explicó que "[A-1] tiene *"dificultades muy notorias para programar cualquier estrategia o a la hora de adoptar resoluciones a más largo plazo.* En este sentido, consideramos que las manifestaciones de esta perito acreditan que es *muy difícil que [[A-1]] pudiera ser capaz de actuar por venganza;* en concreto la Psicóloga Forense Sra. Diana señaló que "*la ingenuidad que se da en este tipo de discapacidad no permitiría tener una motivación contraria hacia personas.*" Y añadió a modo de explicación que "*hacer algo en contra de alguien requiere pensamiento abstracto y [[A-1]] no lo tiene*" (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral entre 3 horas 51 minutos y 30 segundos aproximadamente hasta 3 horas 52 minutos y 15 segundos aproximadamente).



La declaración de la Psicóloga Forense Sra. Diana prueba que *no es posible para una persona con la limitación de [[A-1]] idear su relato con base en películas o videos que hubiera podido ver y que luego los proyectase a sí mismo como vividos por él.*

Efectivamente, una de las tesis que la defensa fue sugiriendo a lo largo del plenario fue que era posible que [[A-1]], por ejemplo, hubiera visto con anterioridad un video pornográfico y que luego transfiriera a él lo que sucedía en ese video contándolo como si le hubiera sucedido a él. Sin embargo, a preguntas del Ministerio Fiscal, la Psicóloga Forense Sra. Diana indicó que es muy difícil que, por ejemplo, [[A-1]] viera un video pornográfico en el que por ejemplo se practicase la felación y que luego imaginase que eso le había sucedido a él, y que eso era muy difícil debido a que una transferencia de este tipo y a esos niveles exige pensamiento abstracto, y [[A-1]] no lo tiene.

Y más tarde la Psicóloga Forense Sra. Diana a preguntas de la defensa (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de las 4 horas y 22 minutos y 39 segundos) señaló con contundencia lo siguiente: *"para verbalizar una situación como la que describió [[A-1]], solo a través de un visionado de videos o de películas o cualquier otro de eso, no adquiriría el aprendizaje para luego ser capaz de verbalizarlo, porque ahí ya entraríamos en la esfera del pensamiento abstracto no está alcanzado por parte de [[A-1]]"*

En cuanto al **conocimiento del sexo**, los peritos ratificaron que aunque [[A-1]] podría interactuar con pares de la misma edad, *carece de capacidad para consentir en el plano sexual con adultos debido a su discapacidad y ello porque carece de capacidad cognitiva para ello (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de las 4 horas y siete minutos aproximadamente).* Más tarde a preguntas de la defensa (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 4 horas 21 minutos y 38 segundos aproximadamente) la Psicóloga Forense Sra. Diana indicó que " en este caso concreto no había constancia de que [[A-1]] hubiera tenido pareja, o de que hubiera tenido una relación sexual con iguales, "no ha habido una actividad". Cuando se le preguntó a continuación por la defensa cómo podía entonces referirse [[A-1]] a " una pareja follando", la perito contestó algo que no parece obvio: que una cosa es que pudiera conocer y verbalizar esos actos o conceptos, y otra muy distinta que los hubiera practicado con anterioridad.

A este respecto (véase a partir aproximadamente a partir de las 3 horas y 53 minutos de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral) la Psicóloga Forense Sra. Diana refirió algo que esta Sala desde luego también pudo luego constatar, tal como explicaremos cuando abordemos la declaración de [[A-1]], y es que *el joven [[A-1]] se manifiesta o se comporta con vergüenza y pudor cuando se abordan o se le pregunta por temas o cuestiones sexuales.* Más adelante (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de 4 horas un minuto y 50 segundos) la Psicóloga Forense Sra. Diana señaló que el *conocimiento del sexo que presenta [[A-1]] es más bien básico*, aunque es cierto que en este tipo de colectivos [en referencia a los colegios de educación especial, etc, tal como veremos cuando abordemos la declaración de Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 "] se trabaja mucho el tema de la sexualidad con el fin de que puedan discriminar situaciones.

También a preguntas del Ministerio Fiscal se refirió la Psicóloga Forense Sra. Diana a los *problemas de memoria* que presenta [[A-1]], al señalar que *" fue la inmediatez lo que permitió tener un relato"*, es decir, fue la rapidez en recibirle declaración lo que permitió que [[A-1]] recordase y pudiera relatar los hechos, lo que, dicho sea de paso, de nuevo nos refuerza en nuestra decisión de considera acertada la preconstitución de la prueba testifical del joven y no admitir su declaración en el plenario.

También hizo mención la Psicóloga Forense Sra. Diana a las *dificultades que [[A-1]] tiene para la cuantificación*: A preguntas de la acusación particular, la Psicóloga Forense Sra. Diana explicó que [[A-1]] *puede distinguir entre uno o más, pero "distinguir si son una , once cuatro o tres, ahí tendría mayor dificultad"*. Señaló luego, que por esta razón, a la vista de que [[A-1]] se refería en la exploración que los hechos le habían sucedido varias veces, se le otorgó credibilidad a esta manifestación(véase la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral entre 4 horas cero minutos 15 segundos aproximadamente y 4 horas 1 minuto y 10 segundos aproximadamente).

La Psicóloga Forense Sra. Diana enfatizó específicamente la *vulnerabilidad e ingenuidad de [[A-1]]* diciendo que *"es muy ingenuo, la ingenuidad en este tipo de discapacidad permite que el no vea ni maldad, ni que le pueda ocurrir algo, no tiene la capacidad de prever..."* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, a partir de 4 horas 1 minuto y 11 segundos hasta 4 horas 1 minuto 38 segundos).

En cuanto a la *ausencia de pensamiento abstracto* que tiene [[A-1]] la Psicóloga Forense Sra. Diana a preguntas de la defensa fue muy específica y amplió la información (véase la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de las 4 horas y nueve minutos y las 4 horas y 10 minutos) indicando que [[A-1]] efectivamente por sus características no tiene pensamiento abstracto; que *el pensamiento abstracto se alcanza por un niño a los 12 y 13 años y [[A-1]] carece de esa capacidad de abstracción.*



También a preguntas de la defensa explicó la Psicóloga Forense Sra. Diana lo que significaba en su informe la indicación de que [[A-1]] "*presentaba baja tolerancia a la frustración por lo que ante expectativas de no logro, pueden surgir conductas impulsivas*" (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 4 horas 10 minutos y 37 segundos), ligándolo a una posible reacción impulsiva cuando [[A-1]] no consigue lo que quiere, cosa que según la perito es propia de muchos menores.

Por lo tanto, debemos decir nosotros que cuando el dictamen alude a que [[A-1]] presenta "*baja tolerancia a la frustración*", *no se está afirmando que [[A-1]] pudiera ser capaz de elaborar planes de venganza o estrategias fundadas en el rencor o la represalia contra una persona*, pues en ese mismo informe y en la declaración en el plenario los peritos dejaron claro que [[A-1]] carece de esa capacidad de planificación y esa estrategia, debido a que para ello se exigen un pensamiento abstracto del que [[A-1]] carece; y como ya hemos aludido, la Psicóloga Forense Sra. Diana también dejó claro tanto en el informe como sobre todo en la declaración en el plenario la ingenuidad y carencia de maldad de [[A-1]]. Lo que entendemos que se sostiene con esto es que cuando [[A-1]] no consigue lo que quiere, es capaz de una reacción impulsiva en ese momento, pero no por ello se significa que sea capaz de elaborar un plan de venganza. No en vano, como ya hemos dicho, en otro momento de su declaración en juicio a la Psicóloga Forense Sra. Diana ya había manifestado que "*la ingenuidad que se da en este tipo de discapacidad no permitiría tener una motivación contraria hacia personas*" y que "*hacer algo en contra del alguien requiere pensamiento abstracto y [[A-1]] no lo tiene*" (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral entre 3 horas 51 minutos y 30 segundos aproximadamente hasta 3 horas 52 minutos y 15 segundos aproximadamente).

Indicó también el médico forense Dr. Melchor a preguntas de la defensa (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de 4 horas 12 minutos y 30 segundos y 4 horas 13 minutos y 15 segundos aproximadamente) que "*la capacidad de inventiva de esa persona es muy baja*" "*no tiene capacidad de inventar algo que no le ha pasado*"

Más tarde la Psicóloga Forense Sra. Diana señaló que [[A-1]] está *equiparado a una edad (mental) de 9 o 10 años* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 4 horas 22 minutos aproximadamente).

c) Informe emitido por las dos psicólogas integrantes del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, Asunción y Azucena . Declaración en juicio oral de las dos psicólogas.

Sin perjuicio de que más adelante tendremos que volver a abordar estos medios de prueba cuando analicemos la prueba existente sobre los hechos objeto de acusación (y en particular, acerca de las entrevistas practicadas a [[A-1]] por estas profesionales), en lo que atañe a lo que ahora nos ocupa, que es la prueba del alcance de la discapacidad de [[A-1]], vamos a estudiar ahora los siguientes medios de prueba: (i) informe conjunto que emitieron las psicólogas Asunción y Azucena , integrantes del denominado Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, el cual obra al folio 54 y siguientes de la causa y fue ratificado en juicio por sus autoras. (ii) Al mismo tiempo, haremos referencia a las declaraciones que prestaron en el plenario cada una de estas dos profesionales.

Es de destacar que, tal como ambas psicólogas declararon en juicio, y tal como se indica en el informe, ninguna de ellas conocía a [[A-1]] antes de su intervención por razón de los hechos que dan lugar a este procedimiento.

Su primer contacto fue por lo tanto con ocasión de la exploración-entrevista que le hicieron y con ocasión, en definitiva, del informe que nos ocupa.

La declaración en juicio de ambas profesionales, -singularmente por su mayor detalle, la de Asunción - fue muy sólida, ya que dieron respuesta pormenorizada a cuantas cuestiones le fueron planteadas por las partes. Por otra parte, sus conclusiones acerca del alcance de la discapacidad de [[A-1]] son prácticamente idénticas a las de la Psicóloga Forense Sra. Diana y el médico forense Dr. Melchor , las cuales ya hemos analizado.

El objeto del dictamen emitido por estas dos psicólogas fue una evaluación directa de las capacidades que afectan al testimonio y que el día 29 y 30 de marzo de 2017 se realizó entrevista de obtención del testimonio la cual se grabó en DVD y fue reproducida en el acto del juicio oral.

Mencionaremos algunos de los aspectos más relevantes del dictamen que hacen referencia a la discapacidad de [[A-1]] .

Se indica así (folio 56 y 57 de la causa) que "*la orientación espacial de [[A-1]] es muy limitada, presentando serias dificultades para orientarse mentalmente en un espacio que se le pide que describa. A esto se le añade la limitación que tiene para saber qué objetos hay a su izquierda y a su derecha, especialmente cuando se le pide que lo recuerde.*"

Se destacan en el informe (folio 57) las limitaciones que tiene [[A-1]] para cuantificar: "*cuando se le pide que diga una cantidad de algo concreto, no es capaz de cuantificar pudiendo contestar "no sé" o dando una determinada*

cifra, y, al confirmarle su respuesta, puede responder diciendo "no sé" o dando una cifra distinta a la anterior. Esto muestra que no sabe la pregunta. Es capaz de decir si algo le ha pasado una o más veces, pero no de concretar cuántas." La psicóloga Asunción también hace referencia a esta cuestión en su declaración en juicio (véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 3 horas 6 minutos 50 segundos aproximadamente) diciendo que *[[A-1]] " es capaz de identificar uno o más, igual no te sabe decir cuatro o cinco, pero sí si hay una o más".* También explicó que *[[A-1]] tiene serios problemas de incardinación temporal esto es, para situar un hecho en el tiempo* (véase a partir de las 3 horas y diez minutos aproximadamente de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral).

En igual línea, la psicóloga Azucena manifestó en juicio que es cierto que *[[A-1]] puede distinguir entre si ha sucedido una o más veces y que " tiene más problema a la hora de cuantificar con un número concreto; él distingue entre una, o más de una vez",* y que les dijo que lo que le había ocurrido " *le había ocurrido más de una vez*" véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de las 3 horas 37 minutos y 15 segundos hasta 3 horas 37 minutos y 38 segundos)

En el informe emitido por las dos psicólogas y ratificado en juicio oral (véase folio 57) explica la *diferencia entre pensamiento concreto y pensamiento abstracto* : "el pensamiento concreto es el que define el objeto o la realidad a partir del estímulo real, es menos intuitivo y más lógico. El pensamiento abstracto implica pensar no en las cosas en sí mismas sino en sus relaciones, sería la capacidad de utilizar la representación simbólica o lógica."

Pues bien, el informe (folio 57) concluye de la misma forma que, según hemos visto, dijo varias veces la Psicóloga Forense Sra. Diana : que *[[A-1]] "presenta un pensamiento de tipo concreto, por lo que si no visualiza en el momento la situación o a la persona, va a tener dificultades para describir. Ante un conflicto tiene muchas dificultades para generar diferentes alternativas de respuesta."(...)* ". Al presentar un tipo de razonamiento concreto, la capacidad de imaginación de *[[A-1]] es limitada. Muestra dificultades para imaginar de forma libre."*

En este mismo sentido, la psicóloga Azucena manifestó en juicio que *[[A-1]] no tuvo la sensación de que fuera fantasioso, que por la previa evaluación de capacidades que hicieron, pudo comprobar que *[[A-1]] " tiene escasa capacidad para fantasear o para imaginar, tiene un pensamiento muy concreto".* Y cuando fue preguntada por el Ministerio Fiscal acerca de si detecto en *[[A-1]] motivaciones de rencor, la psicóloga Azucena indicó que " yo no advertí ningún rencor, ni que lo dijese desde el rencor"* (ver la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, a partir de las 3 horas 35 minutos y 15 segundos aproximadamente, en adelante)*

El informe del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo suscrito por estas dos psicólogas también enfatiza las *limitaciones de memoria que aquejan a *[[A-1]]** (ver folio 60 de la causa).

Sobre esta cuestión la psicóloga Asunción reiteró en juicio que la memoria de *[[A-1]] es "muy limitada"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 2 horas 59 minutos y 50 segundos aproximadamente en adelante); y en concreto, más tarde (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de tres horas y 20 minutos hasta 3 horas 22 minutos y 10 segundos aproximadamente) cuando la letrada de la acusación particular le preguntó a la deponente si el hecho de que la declaración se recabase a *[[A-1]]* a los pocos días de haber ocurrido podía haber servido para que ese testimonio fuera más fiable, la psicóloga Asunción manifestó que una de las cosas que pasa con *[[A-1]] es que por su limitación en la memoria, como no se preserve el recuerdo, "llega un momento como ahora y realmente (no) tendría nada de detalles, o sea, se vería la memoria,...por el paso del tiempo- que nos pasa a todos, pero a él más-, el paso del tiempo y la interferencia (que haya podido escuchar algo o lo que sea y lo asuma como algo propio) podría no ser válido para nada su testimonio; cosa que al haberse hecho la prueba preconstituida, que es vital, se ha garantizado esa prueba"*

En igual línea, la psicóloga Azucena indicó en juicio que *en el caso de *[[A-1]]*, el hecho de que el testimonio se hubiera elaborado a los pocos días, hacía más fiable su testimonio; y que esto así porque "dadas las limitaciones cognitivas de *[[A-1]]* cuanto menos tiempo pase en el transcurso, menos afectado se va a ver su recuerdo"* (véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral aproximadamente a partir de 3 horas 37 minutos y 40 segundos hasta 3 horas 38 minutos y 08 segundos)

Tanto la psicóloga Asunción como la psicóloga Azucena también hicieron referencia en sus respectivas declaraciones en juicio a algo que la Psicóloga Forense Sra. Diana , según hemos visto, también indicó. Nos referimos a la cuestión del *pudor y vergüenza con el que *[[A-1]]* aborda la conversación sobre temas sexuales.*

Así la psicóloga Asunción indica que *[[A-1]] creyó que desde el principio de su entrevista se le iba a preguntar directamente por los hechos que motivan este juicio y que por eso se presentaba desde el principio "cabizbajo", "con vergüenza", "esquivo"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de las 3 horas y 9 minutos). Por su parte la psicóloga Azucena también mencionó este pudor a preguntas del Ministerio Fiscal (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 3 horas 34 minutos y 39 segundos hasta 3 horas 35 minutos y 05 segundos).



En línea con lo que consideraron tanto la Psicóloga Forense Sra. Diana como las psicólogas psicóloga Asunción y psicóloga Azucena, estimamos que este pudor y vergüenza es muy difícilmente conciliable con la forma en que un adulto aborda usualmente esta clase de temas, y es también muy difícilmente conciliable con el hecho de que [[A-1]] tuviera un conocimiento empírico de las prácticas sexuales (felación) que describió en su entrevista por haberlas ya experimentado; y por el contrario, a la vista de las relevantes deficiencias intelectivas y psíquicas que se objetivan en [[A-1]], que presenta una edad mental de un niño de 9 o 10 años, entendemos que esta actitud cuando se le pregunta por temas sexuales, es perfectamente conciliable con la forma en que un niño de dicha edad abordaría esta clase de conversaciones.

d) Testifical del psicólogo Jose Augusto .-

Como ha quedado ya explicado en esta resolución, este psicólogo pertenece al Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia del Gobierno de La Rioja (Consejería de Política Social) y entrevistó y evaluó a [[A-1]] en el año 2016 a los efectos de su valoración de su discapacidad, informe que concluyó en el sentido de que [[A-1]] padecía una discapacidad del 77% en la que, como hemos expuesto, la mayor incidencia correspondía a la discapacidad intelectual (concurriendo en un 24 o en un 25 la discapacidad visual).

Pero aunque ya hemos hablado de este informe (folio 212) y de la declaración del psicólogo Jose Augusto, debemos retomar de nuevo su testimonio del juicio oral (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 3 minutos y 50 segundos aproximadamente), pues a preguntas de las partes este psicólogo expuso diversas consideraciones acerca de las limitaciones de [[A-1]] que como vamos a ver, son coincidentes con el parecer profesional que expusieron en juicio la Psicóloga Forense Sra. Diana, la psicóloga Azucena, la psicóloga Asunción y también, con lo que consta en el dictamen médico de incapacidad emitido en el procedimiento de incapacidad civil por el médico forense Dr. Melchor, al que también hemos hecho ya referencia.

Efectivamente, el psicólogo Jose Augusto manifestó en juicio una conclusión profesional que también habían referido, cada una por su parte, la Psicóloga Forense Sra. Diana, la psicóloga Asunción y la psicóloga Azucena : que no objetivó en [[A-1]] *ningún tipo de ideación fantasiosa, o delirante.*

También explicó seguidamente que *aunque en términos absolutos [[A-1]] tiene capacidad de decir algún tipo de mentira, por su grado de discapacidad esa mentira no podría ser muy estructurada, y en todo caso, la mentira se referiría a "cuestiones muy cotidianas"*. Y puso el siguiente y muy gráfico ejemplo: la mentira que [[A-1]] puede llegar a elaborar puede consistir en *"decir, por ejemplo, que se ha lavado los dientes y no lo haya hecho"*. Según el psicólogo Jose Augusto, las mentiras que [[A-1]] puede elaborar son *"concretas" y "simples"*. (véase al respecto de todo esto, la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 6 minutos y 40 segundos aproximadamente hasta 1 hora 7 minutos y 52 segundos)

Por lo tanto, la consecuencia es obvia: a tenor de esta testifical, una fantasía, ideación o mentira sobre el relato que hizo de los hechos que son objeto de ensuciamiento, debido a su discapacidad, y por lo estructurada que debería ser dicha mentira, no está al alcance de las capacidades de [[A-1]]. Y a esta misma conclusión, como hemos visto, llegaban tanto la Psicóloga Forense Sra. Diana, como la psicóloga Azucena como la psicóloga Asunción.

El psicólogo Jose Augusto siguió manifestando en juicio que [[A-1]] por el tipo de incapacidad que sufre es *"ingenuo"* (el mismo calificativo que expresaron en el plenario el médico forense Dr. Melchor y la Psicóloga Forense Sra. Diana), *"Influenciable" "vulnerable a la influencia de otras personas"* (vulnerabilidad que como hemos visto advirtieron el resto de los profesionales que depusieron en el plenario, esto es, el médico forense Dr. Melchor, la Psicóloga Forense Sra. Diana, la psicóloga Asunción, la psicóloga Azucena). Indicó el psicólogo Jose Augusto que cuando lo examinó *"no lo vio como una persona rencorosa ni conflictiva en las relaciones"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral entre 1 hora 7 minutos y 50 segundos hasta 1 hora 9 minutos 7 segundos).

A preguntas de la acusación particular, el psicólogo Jose Augusto explicó que [[A-1]] podría tener *dificultades en saber cómo reaccionar en una situación de riesgo* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral entre 1 hora 9 minutos y 50 segundos hasta 1 hora 10 minutos 50 segundos).

A preguntas de la defensa el psicólogo Jose Augusto indicó que *"su capacidad de tomar decisiones está mermada, en tanto que él no tiene suficiente capacidad para la planificación, para prever y tener en cuenta todos los condicionantes en un determinado contexto, y eso le condiciona para la toma de decisiones; sobre todo cuanto más complejas, más notoria es la afectación"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral desde una hora 11 minutos hasta 1 hora 12 minutos y 30 segundos aproximadamente).

Adelantamos ya que esta *incapacidad de [[A-1]] para la planificación* y para la elaboración de ideas estructuradas, que ha sido apreciada de modo unánime por los distintos psicólogos que han depuesto en



el plenario, la consideramos muy importante, en la medida en que determina que la tesis que la defensa del procesado Víctor vino a exponer tras la práctica de la prueba en el momento de informe o conclusiones del juicio, en cuya virtud resultaría que el joven [[A-1]], llevado de diversas motivaciones (bien dinero, bien rencor o represalia, etc) habría inventado los hechos o elaborado una suerte de plan o estrategia con el fin de incriminar falsamente a [[A-1]], sería inviable, en la medida en que una planificación de este tipo exige unas aptitudes que son objetivamente incompatibles con el grado de discapacidad que presenta [[A-1]].

e) Testifical de Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ".- Informe de habilidades adaptativas de [[A-1]] obrante al folio 198

Esta Sala, a los efectos de evaluar el alcance y efectos de la discapacidad de [[A-1]], otorga singular relevancia a la declaración de esta testigo. Y ello por dos razones.

En primer lugar, porque conoce profesionalmente a [[A-1]] desde hace años, ya que es orientadora del colegio de educación especial en el que [[A-1]] ha estado escolarizado desde el año 2008 hasta fechas recientes, y era además la orientadora del colegio que trataba a [[A-1]] en la época en que sucedieron los hechos. De hecho, a preguntas de la acusación particular, la testigo Sra. Natividad justificó cumplidamente su razón de ciencia y el amplio conocimiento que tiene de la situación de [[A-1]], pues manifestó que [[A-1]] se incorporó al colegio de educación especial del que ella es orientadora en el año 2008 y que ella se incorporó en 2010; que lo ha conocido durante ocho años; que lo conoce en las diferentes áreas del contexto escolar (académica, prelaboral, tiempo de descanso...) y a modo de conclusión, rotundamente manifestó: "tengo una visión global de [[A-1]], podíamos decir", y que durante el curso escolar, mientras estuvo escolarizado estaba con [[A-1]] " todos los días" (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 47 y 45 segundos hasta minuto 48 y 28 segundos aproximadamente)

La segunda razón fue la especial firmeza, claridad expositiva, y profusión de detalles explicativos que ofreció esta testigo en su declaración en juicio, a las preguntas de todas las partes.

Hay que decir además que esta profesional fue quien emitió el informe de habilidades adaptativas de [[A-1]] que obra a los folios 198 y siguientes de la causa, y que es coincidente en sus consideraciones con las indicaciones sobre las consecuencias de la discapacidad que se contenían en el dictamen del médico forense Dr. Melchor , emitido en el procedimiento civil de incapacidad de [[A-1]] , que ya hemos examinado.

Sin perjuicio de que más tarde tendremos que volver a retomar esta testifical cuando abordemos los hechos objeto de acusación y en particular cómo fueron estos descubiertos, debemos ahora evaluar este medio de prueba pues esta Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " al que asistía [[A-1]] cuando los hechos acontecieron, realizó en juicio importantes aportaciones en la misma línea que habían expuesto la Psicóloga Forense Sra. Diana , la psicóloga Azucena , la psicóloga Asunción , y el psicólogo Jose Augusto , y que coadyuvan a concluir que [[A-1]] , por razón de su discapacidad, es *un joven vulnerable, manipulable, fácilmente influenciable, incapaz de elaborar planes estructurados, poco consciente del riesgo , que sobrevalora sus capacidades,* (la testigo Natividad indicó que a su juicio, [[A-1]] tenía una edad mental de 9 años)

La declaración en juicio de esta testigo puede verse en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 40 y 40 segundos de la grabación aproximadamente.

A preguntas de la Presidencia de la Sala, manifestó que conocía laboralmente a [[A-1]] porque ella es orientadora del colegio en el que había estado escolarizado.

A preguntas del Ministerio Fiscal la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", manifestó que [[A-1]] "*para nada*" es *fantasioso* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 45 y 55 segundos aproximadamente).

Indicó esta testigo algo que como hemos visto, también fue expuesto por la Psicóloga Forense Sra. Diana y por las psicólogas Asunción y Azucena y es que "*tiene el pensamiento concreto*", es decir, "*se basa en cosas vividas por él*" y que "*no tiene esa capacidad de fabular y de imaginar*." La testigo respondió negativamente a la pregunta del Ministerio Fiscal relativa a si [[A-1]] tiene capacidad de mentir, añadiendo que para eso se precisan unas capacidades que [[A-1]] no tiene. Y fue entonces cuando la testigo añade: "*para que se haga una idea, [[A-1]] puede tener una edad mental de 9 años*" (véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral desde minuto 46 hasta 46 minutos y 41 segundos aproximadamente).

Señaló que [[A-1]] tiene una *alta deseabilidad social*, pretende siempre dar una imagen positiva de sí mismo (es lo mismo a lo que la psicóloga Asunción se refirió cuando aludió a que [[A-1]] presentaba interés por la deseabilidad social). La testigo señaló que como consecuencia de esta deseabilidad social alta, [[A-1]] es "*fácil de persuadir*" y "*más fácilmente influenciable*" y por eso, "*más vulnerable*"



En cuanto al *conocimiento del sexo* que puede tener [[A-1]], la relevancia de este testifical es muy grande, en la medida en que la testigo es orientadora del colegio al que asiste [[A-1]] en la fecha de los hechos, y por lo tanto conoce el alcance de los conocimientos que sobre estos temas se brinda a los alumnos de este colegio especial, y además, conoce perfectamente a [[A-1]]. Pues bien, la testigo refrendó con su testimonio lo mismo que ya habían manifestado la Psicóloga Forense Sra. Diana y también las psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo Azucena y Asunción, en el sentido de que [[A-1]] es *pusdoroso* cuando abordaban en el colegio sesiones para hablar de temas sexuales, y que al relatar los hechos objeto de este procedimiento se mostraba *incómodo*. Más adelante, a preguntas de la defensa, (véase a partir del minuto 59 y 57 segundos de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral aproximadamente hasta 1 hora cero minutos y 24 segundos aproximadamente), la testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", amplió esta información diciendo que en el colegio *"hablamos de todos los temas, desde el conocimiento del propio cuerpo, hasta métodos anticonceptivos, hasta enfermedades de transmisión sexual, haciendo especial hincapié en la prevención, centrándonos en los tres tipos de abuso-físico, psicológico y sexual- , [[A-1]] tiene conocimientos básicos de la sexualidad, o sea, conoce el cuerpo tanto del hombre como de la mujer, conoce diferentes métodos anticonceptivos, pero se queda en conocimientos muy superficiales ...volvemos a lo mismo: hechos concretos y conocimientos muy básicos..."* y añadió más tarde que [[A-1]] no se muestra más desinhibido sobre temas sexuales, sino *"más introvertido"*, y que *"es un tema que le da pudor"*

En otro orden de cosas y a preguntas de la acusación particular, la testigo subrayó la testigo que [[A-1]] necesita apoyos para la resolución de conflictos; que es fácil de engañar.

En cuanto al manejo del dinero, la testigo indicó que *cinco euros para [[A-1]] es mucho dinero, que le daría más valor a un billete que a una moneda porque sabe que un billete vale más que una moneda, pero no distingue cuánto más vale un billete que una moneda* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 51 y cinco segundos hasta 51 minutos y 48 segundos)

Calificó desde su experiencia con él a [[A-1]] como *"vulnerable"*, *"manipulable"* y *" muy accesible"*. También declaró algo que, como veremos, destacaron los tíos del joven [[A-1]] cuando testificaron durante el plenario, y es que *"a posteriori"* en el colegio se dieron cuenta que [[A-1]] llevaba de hecho quince días que estaba más rebelde y huraño y que esto no era lo habitual en su carácter (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral entre minuto 51 y 48 segundos hasta 53 minutos y 15 segundos).

Las contestaciones de la testigo a preguntas de la defensa fueron si cabe todavía más interesantes (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 53 minutos y 23 segundos).

Así, manifestó que los principales problemas de [[A-1]] se ciñen a las funciones ejecutivas, *carece de la capacidad de planificar* para la toma de decisiones y resolución de conflictos y ello porque [[A-1]] *no tiene pensamiento abstracto* (aspecto este que de hecho esta testigo ya había mencionado a preguntas de la acusación particular, y a la que, como hemos visto, profusamente se refirió también en el plenario la Psicóloga Forense Sra. Diana, así como las psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo).

En cuanto a la cuestión del alcance que puede tener el hecho de que [[A-1]] puede prestar baja tolerancia a la frustración, la explicación que ofreció esta testigo (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 55 y 43 segundos hasta el minuto 56 y 30 segundos) es absolutamente la misma que asimismo refirió la psicóloga Asunción y que ya hemos examinado: a este respecto manifestó la orientadora Natividad, que su tolerancia a la frustración es *"como el desarrollo de un niño, como el desarrollo de un niño que se frustra cuando no consigue lo que quiere, pero a nivel como muy concreto, por ejemplo si estoy jugando al fútbol y pierdo, que los conflictos en [[A-1]] son a ese nivel, de un carácter muy infantil... es por la inmadurez que hablábamos antes "*

Por consiguiente, de nuevo debemos decir a este respecto que esta baja tolerancia a la frustración [[A-1]], que la testigo liga a su inmadurez y a su carácter infantil, y que se refiere a cosas muy concretas, muy básicas, y que la Psicóloga Forense Sra. Diana ligaba a la impulsividad, no debe hacer perder de vista que tanto la testigo Natividad, como todos los psicólogos que ha depuesto (Psicóloga Forense Sra. Diana, psicóloga Azucena, psicóloga Asunción, psicólogo Jose Augusto), unánimemente se han referido de una manera u otra a que [[A-1]] no es capaz de pensamiento abstracto, no es capaz de elaborar estrategias, no es capaz de planificar, no es capaz de idear un plan inventado o fantasioso movido por el rencor. Por eso, el que presente baja tolerancia a la frustración (en el sentido de que se irrite si pierde un partido de fútbol, por ejemplo) no implica, como sugirió la defensa del procesado, que el mismo pudiera haber denunciado al encausado por estar irritado, por ejemplo, por no haberle dado ropa deportiva o no haber querido verle más, pues ello precisaría una planificación, una



idea de venganza cuya abstracción y estructura es incompatible con las capacidades de [[A-1]], limitadas a un pensamiento muy concreto, tangible y cotidiano.

Todo eso, al margen de que la hipótesis de que [[A-1]] hubiera relatado estos hechos motivado por un sentimiento de rencor hacia el procesado, o por estar irritado con él por algo, es tan solo una especulación que está ayuna del más mínimo soporte probatorio: no existe ninguna prueba ni de que [[A-1]] discutiera o se mostrase irritado con el acusado, ni menos aún de que dicha irritación o enojo derivase de que el encausado no quisiera darle determinados objetos o regalos; tampoco existe ninguna prueba de que el procesado le dijese a [[A-1]] que ya no podrían quedar más, pues esto es una simple aseveración que el procesado hizo en juicio oral pero que se halla huérfana de toda corroboración probatoria.

Reiteró la testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", que *aunque el aspecto físico de [[A-1]] es de 19 años, su edad mental es de nueve años (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 58 minutos 30 segundos hasta 58 minutos y 40 segundos aproximadamente)*.

Cabe adicionar que la orientadora hizo mención en varios pasajes de su declaración a las dificultades que tiene [[A-1]] por la secuenciación, lo cual como veremos se manifestó en la testifical preconstituida que prestó [[A-1]].

6.- La discapacidad intelectual de la presunta víctima (y III): Sentencia judicial firme de 5 de diciembre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño, que declara a [[A-1]] totalmente incapaz.

Consecuencia lógica de estas limitaciones intelectivas y cognitivas de [[A-1]] es que el mismo ha sido declarado judicialmente totalmente incapaz.

Efectivamente, ya hemos mencionado con ocasión de las cuestiones previas planteadas que está probado que [[A-1]] ha sido ya judicialmente declarado totalmente incapaz para el gobierno de su persona y sus bienes en virtud de **sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Logroño en fecha 5 de diciembre de 2018** (ver copia no impugnada de dicha resolución, obrante a los folios 159 a 164 del rollo de Sala del presente procedimiento).

En dicha sentencia, se declara probado lo siguiente: *"... [[A-1]] en relación a actividades de autocuidado es autónomo para el aseo personal pero necesita supervisión para llevar a cabo las actividades correctamente. Puede realizar desplazamientos habituales con autonomía dentro de su entorno diario pero no fuera del mismo por problemas de orientación. Identifica monedas y billetes pero no hace uso del dinero y todas las gestiones en este aspecto las realizan sus tíos y no lleva a cabo un seguimiento de sus cuentas corrientes ingresos o gastos; desconoce la cantidad de dinero que percibe por su trabajo, no tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico, no tiene capacidad para realizar disposiciones testamentarias ni tampoco para manejar dinero de bolsillo. Depende de los demás para tomar medicación y de la asistencia de terceros para seguir una dieta adecuada. Y para el cuidado de posibles heridas, úlceras o enfermedades. No puede emitir válido consentimiento médico quirúrgico. Carece de capacidad para el manejo de vehículos a motor o armas- No entiende el alcance del procedimiento de modificación de la capacidad. Desconoce el alcance de toda clase de contratos que supongan disposición patrimonial."*

Es importante resaltar que las conclusiones de esta sentencia se basan sustancialmente, según explica, tanto en el informe médico forense de evaluación de [[A-1]] practicado en dicho procedimiento de 9 de abril de 2018 que ya hemos analizado, como en la documental médica aportada al procedimiento, como en el propio examen- exploración de [[A-1]] que realizó personalmente la juzgadora.

7.- Notoriedad y evidente perceptibilidad de la discapacidad intelectual de [[A-1]].-

El abundante, muy documentado, y muy amplio elenco probatorio que acabamos de examinar, prueba sin ningún género de dudas que [[A-1]] desde los cuatro años y medio de edad presenta una discapacidad intelectual relevante, irreversible y crónica, que lo hace incapaz para el gobierno de su persona y bienes, que lo hace muy vulnerable y manipulable, que lo incapacita para el pensamiento abstracto, que hace inviable que el mismo tenga capacidad de planificación o de idear estrategias estructuradas, que le impide fantasear o inventar acerca de experiencias complejas o inhabituales no vividas con anterioridad, y que le incapacita para prestar un consentimiento sexual válido.

La cuestión siguiente que debemos abordar es la perceptibilidad por terceros de esta discapacidad.

Es decir, hasta qué punto es apreciable esta discapacidad de [[A-1]], y en definitiva, si sería posible que una persona, interactuara con él hasta el punto de mantener relaciones sexuales, y sin embargo no se percatase de que [[A-1]] padece estas relevantes deficiencias cognitivas e intelectivas. O dicho de otra manera, y trasladando ya esta cuestión a nuestro caso: se trata de determinar si sería posible que el encausado hubiera mantenido relaciones sexuales con [[A-1]] sin percatarse de la discapacidad que este padece. Si tal fuera el caso, nos



podría situar el ámbito del error, cuestión que la defensa alegó expresamente en el plenario, si bien de forma extemporánea (lo hizo en el trámite de informe o conclusiones pero no había alegado esta cuestión ni en el escrito de defensa, ni la introdujo a lo largo de todo el juicio. No obstante esa irregularidad, adelantamos ya que en su momento entraremos sobre el fondo de esta alegación de error de modo específico).

Pues bien, para determinar el grado de perceptibilidad por terceros de la discapacidad intelectual de [[A-1]] y en concreto, si una persona o ciudadano medio, como puede ser el procesado Víctor, debió de advertir la discapacidad intelectual de [[A-1]], nada mejor que analizar la prueba practicada, y en particular, lo que al respecto declararon los distintos profesionales que depusieron en el plenario. Y a su vez, expondremos la impresión que esta Sala obtuvo de modo directo, al visionar y escuchar en el juicio oral la grabación de la prueba testifical preconstituida y la grabación de la entrevista que realizaron a [[A-1]] las psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo Asunción y Azucena.

Pues bien, debemos adelantar que en virtud de este elenco probatorio **queda probado más allá de cualquier duda razonable que cualquier persona que se relacione o interactúe mínimamente con [[A-1]] advierte necesaria e inexorablemente que [[A-1]] padece una relevante discapacidad intelectual.**

Veamos:

a) Peritos forenses (psicóloga forense Sra. Diana y médico forense Dr. Melchor).-

Ya hemos dicho que la Psicóloga Forense Sra. Diana ejerció la portavocía de ambos peritos durante la declaración conjunta de ambos en el plenario.

Sobre la cuestión de si la discapacidad de [[A-1]] es apreciable o perceptible y en qué grado, la Psicóloga Forense Sra. Diana en su declaración en juicio oral fue especialmente rotunda en su respuesta.

Así, tal como podemos ver en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de los 3 horas 49 minutos y 45 segundos y hasta 3 horas 50 minutos y 50 segundos aproximadamente, cuando la Psicóloga Forense Sra. Diana fue preguntada por el Ministerio Fiscal sobre si *cualquier persona de la calle que hable dos minutos con [[A-1]] puede detectar que padece algún tipo de problema de discapacidad*, la Psicóloga Forense Sra. Diana respondió de modo contundente y firme: *"de forma notoria"*. Y añadió que *en los primeros contactos, o en la primera interacción, se ve perfectamente que [[A-1]] es una persona con determinadas limitaciones.*

b) Psicóloga Asunción.-

La psicóloga Asunción manifestó en juicio oral que *"aparentemente, físicamente parece normal" pero que " cualquier persona incluso sin ser psicólogo, si hablas con él te das cuenta rápidamente en el lenguaje, y cómo se expresa, que tiene una discapacidad"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral desde 2 horas y 59 minutos aproximadamente hasta 2 horas 59 minutos y 40 segundos aproximadamente)

c) Psicóloga Azucena.-

Por su parte la psicóloga Azucena, que tampoco conocía anteriormente a [[A-1]] per que lo examinó y entrevistó a raíz de esto hechos, manifestó al respecto en juicio oral que *" en el momento en que empiezas a interactuar con él sí que se percibe que en la manera que tiene de hablar intuyes que tiene una discapacidad"* Y a continuación indica que ella no percibió claramente porque tiene experiencia en el trato con discapaces por razón de su profesión pero añadió que *aun sin tener experiencia resultaba evidente* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de las 3 horas 30 minutos aproximadamente hasta 3 horas 31 minutos y 25 segundos aproximadamente).

d) Testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 "-

La testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", que tan bien demostró conocer a [[A-1]] y de cuya firmeza y solidez en su declaración ya hemos hablado, se refirió a este extremo con la contundencia que presidió toda su deposición, a preguntas de la acusación particular. En concreto, tal como puede verse en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 49 y 19 segundos aproximadamente y hasta el minuto 50 aproximadamente de la grabación, la acusación particular preguntó a la testigo si la discapacidad intelectual que tiene [[A-1]] es apreciable a primera vista, a lo que la testigo Sra. Natividad indicó que igual físicamente no, pues [[A-1]] no tiene los rasgos físicos que por ejemplo puede prestar una persona que padece un síndrome de down, pero que *" si ves como [[A-1]] funciona y ves como [[A-1]] se comunica, desde luego es evidente la discapacidad intelectual"*. Preguntada a continuación si *simplemente con hablar con él se puede advertir la discapacidad*, la testigo rotundamente manifestó que *"sí, totalmente"*

e) Psicólogo Jose Augusto.-



Igualmente, el psicólogo Jose Augusto , que evaluó en el año 2016 a [[A-1]], manifestó a preguntas del Ministerio Fiscal que la "apariencia física de [[A-1]] es normal" pero a continuación, preguntado sobre si "cuando uno habla con él, es difícil advertir que tiene algún problema cognitivo o si se hace evidente", el psicólogo Jose Augusto manifestó que *"se hace evidente porque él tiene dificultad a la hora de expresarse, sobre todo el contenido, la riqueza del lenguaje, en cuanto a cómo puede estructurarlo, o incluso los temas de conversación..."* Y contestó que "razonablemente sí" a la pregunta relativa a si, *una persona a los pocos minutos de conversación, debe percatarse de que [[A-1]] presenta un problema de cognición* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 5 minutos y 40 segundos hasta 1 hora 6 minutos y 43 segundos aproximadamente) . Posteriormente la defensa de Víctor insistió en esta cuestión y preguntó al psicólogo Jose Augusto si cualquier persona que mantuviera una conversación corta, de pocas palabras, con frases cortas, con [[A-1]] , debería notar la discapacidad de este. A ello el psicólogo Jose Augusto indicó que *" sí, fácilmente; si (por ejemplo) entra a un comercio y va a comprar algo, se notaría probablemente con facilidad en tanto que, por ejemplo, no controla adecuadamente el dinero. Entonces, algo se notaría. "* Y poco después añade : *" en cuanto uno tiene una conversación de unos minutos, se hace evidente"*.

Hay que decir que no obstante la claridad de esta respuesta, la letrado de la defensa, en el legítimo ejercicio de su función, siguió preguntando al psicólogo Jose Augusto sobre esta cuestión; a tal fin, articuló la pregunta de un modo un tanto heterodoxo, mediante ejemplos, preguntado al perito si, por ejemplo, se le dijese a [[A-1]] buenos días y él contestase lo mismo, y si se preguntase a [[A-1]] con frase corta del tipo " qué tal estás" y él contestase, sería posible advertir la discapacidad en tales supuestos, con tan breve conversación. A esta pregunta así formulada, el psicólogo Jose Augusto contestó que en ese caso sería difícil.

Sin embargo, a este respecto debemos advertir inmediatamente que pese al encomiable esfuerzo dialéctico de la defensa, lo cierto y verdad es que la hipótesis que plantea la defensa carece de relevancia, por la poderosa razón de está probado que la premisa de la que parte la defensa (que se trata de una simple conversación de mero saludo) no se corresponde con la realidad de la relación entre procesado y [[A-1]].

Ello es así porque está probado de forma incontestable que la relación entre Víctor y el joven [[A-1]] no se limitó a mantener un día una conversación corta consistente en decirle " hola" o " adiós", o decirse " buenos días".

Para empezar, como luego veremos cuando analicemos la declaración del procesado, el propio Víctor llegó a reconocer en juicio que habló con [[A-1]] cuando menos en tres (3) ocasiones, según dijo porque le ayudó a trasladar o cargar material deportivo : en una de ellas el procesado le dio un llavero, en otra un balón viejo, y en la tercera (la correspondiente al día 25 de marzo) una camiseta. Al margen del hecho de que consideramos probado que la interacción entre ambos no se limitó a lo que expuso el procesado (según más adelante explicaremos, lo que está claro, a los concretos efectos que ahora examinamos (es decir, si Víctor conocía o no la discapacidad de [[A-1]]) es que aun en la hipótesis de ser cierto lo que el procesado refirió, su versión supone que habló con [[A-1]] cuando menos tres veces.

También reconoció que en dos de esas ocasiones lo llevó a la casa de su madre en su coche, situada en CALLE001 .

Es sencillamente inconcebible cabalmente que habiendo mantenido esas conversaciones con [[A-1]], y hasta habiendo ido con él en el mismo coche durante ese trayecto, el procesado Víctor no se hubiese percatado de la patente discapacidad intelectual de [[A-1]], claramente perceptible por cualquiera, según lo que unánimemente todos los psicólogos que han depuesto en el plenario (psicólogo Jose Augusto , psicóloga Azucena , psicóloga Asunción , psicóloga Forense Sra. Diana) y el médico forense Dr. Melchor , se han venido refiriendo.

Pero es que por sí esto no fuera suficiente, en virtud de las grabaciones de las cámaras de seguridad del inmueble del nº NUM014 de la CALLE001 de Logroño (grabaciones a las que más adelante nos referiremos con pormenor), resulta que está probado que el día 25 de marzo de 2017, el procesado Víctor y el joven [[A-1]], después de viajar juntos en el vehículo del primero hasta dicho inmueble, subieron en ascensor hasta la vivienda del NUM013 de dicho edificio propiedad de la madre del encausado, lugar al que entraron, y tras ello, el objetivamente discapaz [[A-1]] y el procesado Víctor permanecieron los dos solos en la vivienda del NUM013 de la CALLE001 durante nada menos que cincuenta y nueve minutos (59 minutos), es decir, casi una hora. Pues efectivamente, en esas grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio se les ve a los dos entrar en el edificio, entrar en el ascensor, salir del ascensor para entrar al domicilio del cuarto piso, y luego, nada menos que 59 minutos después, se les ve a los dos juntos volver al ascensor desde el domicilio en el cuarto piso, y ya en la planta baja salir del ascensor para abandonar el edificio.

Pretender que durante todo ese tiempo en el que permanecieron los dos juntos sin nadie más, lo único que hablaron ambos fue una conversación corta de "darse los buenos días" o "saludarse", o algo semejante de lo preguntado por la defensa, no es ni lógico, ni razonable, ni cabalmente verosímil. Por el contrario, esta Sala



considera que resulta sencillamente inconcebible que estando a solas con [[A-1]] durante casi una hora, el procesado no albergase ninguna sospecha de la relevante discapacidad de [[A-1]], cuando la misma es, según todos los psicólogos que han declarado en juicio y según el Médico Forense, tan fácilmente perceptible para cualquiera, con una mínima interacción con él.

Por el contrario, el hecho de que [[A-1]] hubiera interactuado varias veces ya con [[A-1]], el hecho de que incluso lo llevase en trayectos en coche, y, en fin, el hecho de que el procesado permaneciera a solas durante todo ese tiempo con [[A-1]] en el interior de la vivienda a la que le llevó y en la que no había nadie más, evidencia más allá de toda duda razonable, que Víctor era perfecta y necesariamente consciente de que [[A-1]] padecía esa discapacidad, por la potísima razón de que se trata de una discapacidad que cualquier ciudadano medio es capaz de advertir después de una mínima interacción con [[A-1]], y no está ni alegado ni probado, desde luego, que el procesado adolezca de ningún problema o limitación en su capacidad de percepción.

f) Percepción de esta Sala al visionar y escuchar en el acto de juicio oral la grabación audiovisual de la prueba preconstituida de declaración testifical de [[A-1]] y al visionar y escuchar en el acto del juicio oral la grabación audiovisual entrevista realizada a [[A-1]] por las psicólogas Asunción y Azucena a [[A-1]].

Por último, y no menos importante, esta Sala debe hacer referencia a la percepción que tuvo al visionar y escuchar tanto la grabación de la prueba testifical preconstituida de [[A-1]], como también al visionar y escuchar las entrevistas que le hicieron al joven las dos psicólogas.

Estos medios de prueba, obviamente serán luego valorados como tales en fundamentos de derecho aparte, con singular detenimiento en la testifical de [[A-1]]. No obstante, en este momento debemos ya adelantar, a los efectos que nos ocupan, que *tras escuchar y ver cómo se desenvolvía [[A-1]] en esas entrevistas y declaraciones, tras presenciar su lenguaje corporal (patentizando en todo momento su estado de ánimo, mostrando ora tensión, ora vergüenza, ora cansancio), la forma de expresarse y el lenguaje empleado (parco, poco fluido, infantilmente estructurado), el contenido de lo que iba manifestado y cómo lo manifestaba, esta Sala considera que la discapacidad de [[A-1]] resultaba notoria, y que resulta absolutamente evidente para cualquier persona que escuche y vea hablar a [[A-1]] o interactúe mínimamente con [[A-1]], que el mismo presenta una relevante discapacidad intelectual.*

8.- Recapitulación.- Conclusión Probatoria.-

Una vez ya estudiada toda la prueba practicada relativa a las circunstancias concurrentes en la víctima [[A-1]] y su discapacidad, las conclusiones que obtenemos son tres:

a) El joven [[A-1]] presenta (y presentaba a la fecha de los hechos) una discapacidad intelectual cercana como mínimo a los más elevados grados del DIRECCION014 mental ligero y más probablemente a lo que es ya un DIRECCION014 moderado, que determina que la edad mental de [[A-1]] sea la de un niño de o diez años de edad, que le hace muy vulnerable y manipulable, y que le incapacita totalmente para prestar un válido consentimiento sexual. Las manifestaciones más importantes de esta discapacidad son las que hemos ido destacando en los párrafos anteriores, siendo las más relevantes y evidentes las siguientes: gran vulnerabilidad: es confiado, muy accesible, ingenuo, muy influenciado, manipulable y fácil de engañar, "no es capaz de decir que no", su capacidad de fantasear es muy limitada; aunque capaz de mentir en pequeñas cosas concretas vivenciadas, carece de capacidad para llevar a cabo un plan mendaz, o para fantasear o inventar una idea de modo planificado o estructurado. Aunque no es capaz de cuantificar las cosas y hechos con un número concreto, sí es capaz de distinguir entre el concepto "uno" y el concepto "varios". Puede decir si una cosa ha sucedido una vez o más, pero tiene problemas para poder cuantificar exactamente cuántas veces ha sucedido. Aunque es capaz de distinguir monedas y billetes y sabe que los billetes son más valiosos que las monedas, no tiene capacidad funcional para valorar el dinero; su memoria a largo y medio plazo es manifiestamente limitada. Puede recordar hechos recientes, pero en cuanto pasa algo de tiempo, más dificultades tiene para recordar las cosas. Presenta relevantes problemas para secuenciar los hechos. El conocimiento sexual que tiene es básico y al hablar de temas sexuales exterioriza manifiestamente pudor y vergüenza.

b) Que si bien [[A-1]] no presenta ningún rasgo físico que haga sospechar su discapacidad, sin embargo, la discapacidad de [[A-1]] y su vulnerabilidad resulta inmediatamente patente, notoria y evidente para cualquier persona que hable o interactúe un tiempo mínimo con él.

c) Sin perjuicio de lo que luego diremos al estudiar el resto de la prueba, cuando menos está ya probado que Víctor interactuó con [[A-1]] en distintas ocasiones (al menos tres) y sobre todo, está probado que en una de ellas estuvo a solas con [[A-1]] durante una hora (lo llevó en coche y estuvo luego en una vivienda a solas con él durante 59 minutos). Por lo tanto, está probado que Víctor percibió y advirtió indudablemente durante ese tiempo que [[A-1]] padece la discapacidad intelectual a la que hemos aludido.

TERCERO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA (II).- DECLARACIÓN DEL PROCESADO Y SU VALORACIÓN.



1.- Una vez que ya hemos examinado las circunstancias que concurren en [[A-1]] y su patente perceptibilidad por cualquier persona que interactúe mínimamente con él, se está en el caso de proceder a la valoración de la prueba atinente a los hechos que se imputan al encausado, para lo cual vamos a comenzar con la declaración en juicio prestada por el propio procesado Víctor .

2.- En síntesis, tal como podemos ver en la grabación de la Primera Sesión del juicio oral (correspondiente a la sesión del 14 de enero de 2019), a partir aproximadamente del minuto 22 y 15 segundos, el procesado manifestó en juicio oral sustancialmente lo siguiente: ratificó que era cierto lo que declaró ante el juez de instrucción (la declaración sumarial obra a los folios 99-101 de la causa).

Señaló que conocía de vista a [[A-1]] aunque no sabía que vivía en su casa, (no es discutido que ambos vivían en el mismo edificio de la AVENIDA001 de Logroño). Indicó el procesado que lo conocía de que jugaba en el patio de la urbanización. Que la primera vez [[A-1]] se ofreció a ayudarlo cuando el declarante volvía de la carrera "Tres Parques" con cosas que tenía en casa y que el procesado se disponía a llevar a casa de su madre, y se ofreció a ayudarlo a llevar las cosas desde el portal de su casa hasta el coche.

Señaló a continuación que *"ha sido 3 o 4 veces porque el solo organiza tres carreras al año"* las ocasiones en que, según su declaración, [[A-1]] se ofreció a ayudarlo a llevar cosas .

Preguntado por el Ministerio Fiscal cuantas veces ha estado [[A-1]] en casa de la madre del declarante (sita en CALLE001), el procesado contestó de forma un tanto confusa. Primero, manifestó que fueron tres veces: manifestó que una (la primera) fue en octubre (que fue la que ya había relatado de la carrera Tres parques) , otra en febrero (en que organizó una carrera en DIRECCION018 y también en esa ocasión fue ese joven quien se ofreció, porque el declarante salía de casa y ese joven estaba jugando ahí, y esa vez le ayudó a llevarlo hasta el portal de la vivienda de la CALLE001 , no subió a la casa), y la última vez fue la vez que la denunció, el 25 de marzo; señaló el procesado que [[A-1]] subió a su casa (es decir, a su domicilio en la AVENIDA001), que llamó , que su mujer miró por la mirilla de la puerta y no le abrió *"porque le pareció una persona oscura"*.

Cuando el Ministerio Fiscal preguntó si esto habrá sucedido en la vivienda de la CALLE001 , manifestó que no , que fue en su casa; el Ministerio Fiscal le recordó entonces que le estaba preguntando cuantas veces habrá estado [[A-1]] en casa de su madre sita en C/ CALLE001 . A dicha pregunta el procesado volvió a señalar que "tres o cuatro veces". Pero al preguntar del Ministerio Fiscal si [[A-1]] había estado entonces *dentro* del domicilio de la vivienda de la CALLE001 , entonces matizó su respuesta anterior, y manifestó que tres veces fueron las veces en que [[A-1]] se ofreció a ayudarlo, pero que dentro de casa de su madre sita en CALLE001 , Víctor contestó que *"una o dos veces habremos estado"*. (Véase grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde aproximadamente 22 minutos y 30 segundos hasta 25 minutos y 29 segundos aproximadamente). Preguntado seguidamente por el Ministerio Fiscal si las veces que habían estado dentro de la vivienda de la CALLE001 lo que habrá hecho [[A-1]] era ayudarlo a llevar paquetes, el procesado contestó que sí, pero que la última vez - es decir, la del 25 de marzo- fue ayudarlo a hacer bolsas. Como quiera que el procesado en su declaración sumarial había manifestado que le había dado a [[A-1]] unas camisetas y otros objetos por ayudarlo, el Ministerio Fiscal le preguntó en juicio a continuación si efectivamente en estas ocasiones el procesado le dio a [[A-1]] unas camisetas y otros objetos por ayudarlo, a lo que el procesado manifestó: *"la primera vez, llevaba un llavero que era una especie de metro, que le gustó , lo llevaba en el coche, y se lo regalé; otra vez fue un balón usado que tenía también en el coche , y la última vez fue cuando me decía que jugaba al fútbol y que si le podía regalar una equipación, y yo le dije que no le iba a dar una equipación, me pidió dinero, y yo le dije que no le iba a dar dinero, y fue cuando le di una camiseta...de las de la carrera"*. Manifestó que nunca le había dado dinero a [[A-1]]. (Véase grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde aproximadamente 25 minutos y 30 segundos hasta 26 minutos y 12 segundos aproximadamente).

3.- Quizás convenga detenernos en este punto de la declaración. De lo que hasta ahora dicho por el procesado, resultan varios datos a tener en cuenta:

1.- En primer lugar que su relación con [[A-1]] fue mayor que el simple conocimiento visual (de vista) pese a lo que él afirma al inicio de su declaración; pues cuando menos, fueron "tres o cuatro veces" las que le "ayudó" de alguna forma, y en una o dos veces" el joven [[A-1]] llegó a subir a la vivienda de la CALLE001 , para lo cual, obviamente, el procesado llevó en coche hasta allí a [[A-1]] desde la AVENIDA001 , donde el procesado y el joven vivían.

2.- Lo segundo que llama la atención es la imprecisión. Dice el encausado que las ocasiones en que [[A-1]] estuvo con él en la vivienda de la CALLE001 fueron *"una o dos"*. Consideramos que este dato resulta especialmente impreciso. Esta Sala comprende que no pueda recordarse si una cosa ha sucedido tres o cuatro veces, cinco o seis; pero entre una o varias, esto es, si una persona solo ha estado una vez en un sitio o han sido más, creemos que es algo que cabalmente debería recordarse, máxime cuando los hechos tampoco han sucedido hace tanto tiempo.



De otro lado, cuando aborda las veces en que supuestamente [[A-1]] le ofreció y le prestó su ayuda, dice que fueron 3 o 4 veces, pero identifica claramente tres de ellas: la que relaciona con la carrera tres parques en octubre, la de febrero que relaciona con una carrera en DIRECCION018 , y finalmente la que se produjo el día antes de su detención, el 25 de marzo. Señala a su vez tres ocasiones en que el procesado le dio regalos a [[A-1]] por su ayuda: una le dio un llavero, otra le dio un balón usado, la tercera una camiseta. Nos encontraremos por lo tanto, de nuevo, con tres ocasiones distintas.

Si confrontamos esta declaración con la que prestó en sede sumarial, - y por la que el Ministerio Fiscal le preguntó en juicio oral al inicio de su declaración, manifestando el encausado que la conocía- observamos que el procesado al inicio de aquella declaración sumarial indica que *"ha hablado con él porque es entrenador de atletismo y una vez se ofreció a echarle una mano, que le ayudó a llevar una bolsa al coche y luego a subirlas al piso"*. Y más tarde añade: *" que estos hechos ocurrieron en un fin de semana, que sería un sábado o domingo. Que cree más bien un domingo"*.

Como vemos, en aquella declaración los datos también son confusos, pues parece que al inicio de la misma se refiere a que esto habría sucedido una sola vez. Luego, es cierto, en esa misma declaración sumarial, hace además referencia a otras ocasiones en que [[A-1]] le habría prestado ayuda, situándolas temporalmente con bastante exactitud, en concreto el 18 o 19 de marzo (la del balón) y el 25 de marzo (la ultima vez). Sin embargo, en su declaración sumarial no alude a las ocasiones, que sí menciona en su declaración en juicio oral, producidas en octubre (la primera de ellas) y en febrero (la segunda)). Y a su vez, en su declaración del juicio oral, no menciona esta ocasión del 18 o 19 de marzo que sí había mencionado en aquella declaración ante el juez de instrucción (ver folio 100 de la causa) .

Item más: en su declaración en juicio oral, como acabamos de ver, manifestó Víctor que la primera vez le dio a [[A-1]] el llavero; que en otra ocasión posterior, en otra le dio un balón; finalmente, en la última, una camiseta.

Sin embargo, no fue esto lo que declaró ante el juez de instrucción (ver folio 100, donde declaró : *"que la primera vez le dio una camiseta y luego unas veces un llavero Que dinero nunca le ha dado. Que en el chándal nunca lleva dinero"*).

Preguntado por la letrado de la acusación particular por esta contradicción entre su declaración sumarial y la declaración que acababa de realizar en el juicio (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 40 minutos y 55 segundos aproximadamente hasta 41 minutos y 47 segundos aproximadamente) el procesado manifestó sin más que *"lo habré cambiado"*. Y que no le había dado camisetas más de una vez.

Sin embargo, en su declaración sumarial, más adelante declaró (ver folio 100): *" Que cuando le ayudó le dio unas camisetas y otros objetos para ayudarle."* (Como vemos, utilizó la palabra camisetas en plural)

En definitiva, se advierten ciertas contradicciones la declaración prestada por Víctor en juicio oral y la que prestó en su día en fase de instrucción.

4.- Siguiendo con el análisis de la declaración de Víctor en el plenario (véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de los 26 minutos y 40 segundos), a preguntas del Ministerio Fiscal indicó que las veces que estuvieron él y [[A-1]] en la vivienda de la CALLE001 estarían por un tiempo de *"media hora o una hora"*. Y que dentro del piso estuvieron haciendo bolsas, esto es, que metían cosas en las bolsas que luego se regalaban en la carrera.

Pero de nuevo debemos confrontar esta declaración con lo que manifestó el encausado ante el Juzgado de Instrucción: en dicha declaración sumarial, Víctor declaró: *"estarían un cuarto de hora, o media hora si hacían bolsas para otro día"*.

Obsérvese que ahora declara que el tiempo en que estuvieron en ese domicilio sería media hora o una hora, esto es, casi duplica el tiempo respecto de lo que antes manifestó. Encontramos así otro dato que, amén de impreciso, es contradictorio respecto de lo que declaró sumarialmente.

En todo caso, adelantamos ya que cierto y verdad es que se ha probado, como luego veremos, que cuando menos el día 25 de marzo de 2017, Víctor estuvo a solas con [[A-1]] en la vivienda de la CALLE001 durante *59 minutos*, pues así quedó registrado de modo incontestable en las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio, a las que luego aludiremos.

5.- El Ministerio Fiscal preguntó al procesado acerca de [[A-1]], y en concreto si no advirtió su discapacidad, a lo que el procesado contestó que no, que siempre notó que era un chico "muy tímido" , que muchas veces le estaba esperando en el aparcamiento y le preguntaba si le tenía que ayudar en algo, indicó que tampoco hablaban mucho y que sí lo veía *" más inocente"*, pero inmediatamente añadió: *" Yo conozco mucha gente por ahí que es tímida, que es inocente, y no es discapacitada ¿ eh?"* (ver la grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde 26 minutos y 45 segundos hasta 28 minutos y 56 segundos de la grabación) .



Sin embargo, las consideraciones sobre esto ya las hemos expuesto en los párrafos 7 y 8 del fundamento de derecho anterior, a los cuales nos remitimos.

Efectivamente, como hemos razonado muy ampliamente en ese fundamento de derecho anterior, resulta inconcebible que una persona con capacidad media o una persona normal que interactúa mínimamente con [[A-1]], no perciba de modo inmediato la patente discapacidad, el DIRECCION015, y las ostensibles limitaciones que presenta el joven.

Partiendo incluso de lo que el propio procesado ha reconocido, resulta que Víctor ha manifestado que fueron tres o cuatro veces las que estuvo con [[A-1]]; que [[A-1]] le prestó ayudas en esas ocasiones, trayendo y llevando bultos o haciendo bolsas; que hubo luego regalos (llavero, balón, camiseta); que incluso lo llevó una o dos veces en coche hasta la vivienda de la CALLE001 ; y, en fin, consta en virtud la grabación de las cámaras de seguridad de ese edificio, que la última de las veces estuvieron en ese domicilio, los dos solos, nada menos que 59 minutos.

6.- En ese estado de cosas, consideramos que no es razonable la manifestación de Víctor , relativa a que nunca se percató de la discapacidad de [[A-1]], y que solo percibió que [[A-1]] es un chico "tímido" e inocente", similar a otras personas que el procesado dijo conocer.

Como hemos visto, está abrumadoramente probado que la discapacidad de [[A-1]] era evidente para cualquier persona que interactuase mínimamente con él. Siendo que Víctor no interactuó mínimamente con [[A-1]] sino que lo hizo en varias ocasiones y en una de ellas durante 59 minutos y a solas, debemos declarar probado, sin el menor resquicio de duda, que Víctor conocía la discapacidad de [[A-1]].

Pero además, esto tiene una *importancia adicional complementaria*, en la medida en que acredita que cuando el procesado declaró en juicio que no conocía ni sospechaba que [[A-1]] era incapaz o discapaz, y que solo creía que era un chico "ingenuo" y " tímido", es evidente que no dijo la verdad.

Y en este sentido, cabe citar a título complementario que **la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 73/11, de 22 de febrero de 2011** (ROJ: STS 905/2011 - ECLI:ES:TS:2011:905) establece lo siguiente : *"es oportuno poner de relieve que aunque al acusado no le incumbe la carga de la prueba de su inocencia, si introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser considerado irrelevante o intrascendente, ya que, la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tan importante circunstancia."*

Por su parte, **la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1125/10 de 15 de diciembre de 2010** razona que *" la necesidad de una adecuada ponderación de la versión del acusado, cuando ofrece una explicación potencialmente susceptible de neutralizar la lógica interna del juicio inferencial sobre el que el órgano decisorio ha construido la autoría, ha sido objeto de tratamiento por esa Sala. La jurisprudencia ha llegado a afirmar que el indicio exculpatario se convierte en indicio de cargo si la prueba practicada acredita que las alegaciones exculpatorias son inciertas o falsas (SSTS 12 diciembre 1996 , 16 septiembre 1996 y 13 febrero 1998). Si el acusado que carece de la carga probatoria -razonaba la STS 1281/2006, 27 de diciembre -, introduce defensivamente un dato en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser considerado irrelevante o intrascendente, ya que, indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tal importante dato. Particularmente explícita era la STS 5 de junio de 1992 (rec 1647/1990), cuando señalaba que los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque, por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, sí pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido. Este mensaje, sin embargo, ha sido certeramente matizado en sucesivas resoluciones, en las que se ha puesto de manifiesto que la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad -ellos mismos, y por sí mismos- de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. Así, mientras que una explicación razonable por el acusado puede desvirtuar la eficacia demostrativa de los indicios existentes, disminuyendo el rigor lógico de la deducción alternativa menos beneficiosa, la ausencia de una explicación verosímil no hace otra cosa que dejar intacto el rigor lógico que tuviera en su caso esa deducción. Lo que no hace es suplir la razonabilidad de lo que los indicios por sí mismo no permitan deducir. Por tanto la cuestión de si son o no verosímiles o razonables las explicaciones del acusado se ha de valorar en el ámbito de lo que se considere lógico pero no en el del repertorio de datos objetivos y materiales disponibles como indicios -cfr. STS 309/2009, 17 de marzo y STS 900/2010, 14 de octubre -."*

7.- Siguiendo con el análisis de la declaración del procesado, observamos que declaró Víctor que su esposa le dijo un día que no quería que hablase más con [[A-1]] porque miraba mal a su hija y le daba " mala espina";



y que por eso, el procesado fue a hablar con el joven y le dijo (transcribimos literalmente) : " oye [[A-1]], ya no tengo más carreras, ya no me vas a tener que ayudar más, eh...entonces él le vi que puso mal a cara". El procesado a continuación que esto sucedió precisamente ese mismo día en que [[A-1]] subió a su casa y le regaló la camiseta. Es decir, el día inmediato a la denuncia interpuesta. (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde 28 minutos y 57 segundos hasta 29 minutos y 53 segundos)

Sin embargo, examinada la declaración de Víctor en sede de instrucción (folios 99 y 100), observamos que es cierto que en esa declaración sí hizo referencia a que a su mujer no le gustaba el joven [[A-1]]. Sin embargo, en su declaración ante el juez de instrucción, el procesado no hizo mención alguna a que la animadversión que siente su mujer hacia [[A-1]] fuera debido a que [[A-1]] miraba mal a su hija, cuestión esta última, dicho sea de paso, de cuya realidad e impreciso alcance no hay mayor indicio, según luego veremos.

Pero lo que llama la atención poderosamente es que en esa declaración sumarial Víctor no hizo ninguna mención a esa supuesta última conversación que habría mantenido con [[A-1]], en la cual le dijo a este que "ya no tengo más carreras, ya no me vas a tener que ayudar más". Tampoco indicó nunca en aquella declaración sumarial que [[A-1]] le hubiera puesto mala cara, o que se hubiera enfadado con él debido a que el procesado le había dicho que ya no le ayudaría más.

Por el contrario, lo que declaró ante el juez instructor es: "*que no entiende el motivo de la denuncia. Que el chico le parece un chico tímido y no entiende por qué lo habrá hecho*".

Nos encontramos así con dato introducido "ex novo" en su declaración del juicio oral, y no deja de extrañar que, de ser cierto, no se mencionase ante el instructor; por el contrario lo que Víctor manifestó ante el instructor fue que "*no entiende el motivo de la denuncia. Que el chico le parece un chico tímido y no entiende por qué lo habrá hecho*".

En realidad, a la vista del elenco probatorio al que luego iremos haciendo referencia en los siguientes fundamentos de derecho, esta Sala considera que la introducción por el procesado , en su declaración del juicio oral, de una mención a una supuesta última conversación con [[A-1]] a la que nunca antes había hecho referencia en sede de instrucción, tiene una finalidad exculpatoria, con el fin de sugerir que [[A-1]] podría haber denunciado al procesado llevado de un ánimo espurio (rencor, represalia, venganza por haberle dicho que ya no necesitaría su ayuda más) .

Sin embargo, ya hemos explicado sobradamente en el fundamento de derecho anterior que las limitaciones cognitivas e intelectivas de [[A-1]] hacen que este no pueda ser capaz de elaborar un plan, carece de capacidad para la planificación ni para el pensamiento abstracto, y el elaborar una estrategia de venganza o represalia, menos todavía tan elaborada, no está entre sus limitadas capacidades; por otra parte, el hecho de que en sede de instrucción el procesado nunca mencionase esta supuesta conversación y que por contario, dijese no entender por qué [[A-1]] le había denunciado, nos hace dudar razonablemente de la realidad de esta supuesta conversación. Por último, como veremos, los hechos que hemos declarado está acreditados de modo harto suficiente, en virtud del elenco probatorio que nos queda por examinar en los siguientes fundamentos de derecho, a los cuales nos remitimos.

8.- Tal como podemos ver a partir del minuto 30 de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral, a continuación se le exhibieron al procesado en juicio las fotografías de las grabaciones correspondientes al 25 de marzo de 2017 obtenidas de las videocámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 de Logroño (folios 37 al 48 de la causa).

El procesado reconoció que quienes aparecen en esas fotografías son él mismo y [[A-1]].

Por consiguiente la propia declaración de [[A-1]] ya acredita que estuvo a solas con [[A-1]] en la vivienda de la CALLE001

El procesado volvió a decir que en esa ocasión le regaló a [[A-1]] una camiseta. Preguntado entonces por Ministerio Fiscal acerca de dónde aparece esa camiseta en las imágenes de la grabación, el procesado respondió que la camiseta, si se dobla, podría caberle a [[A-1]] en un bolsillo (del abrigo) perfectamente. El Ministerio Fiscal le indicó que en la fotografía del folio 48 se ve que [[A-1]] no lleva un abrigo sino que lleva un chándal, a lo que el procesado insistió en que una camiseta podía llevarla perfectamente doblada dentro de un bolsillo.

Sin embargo, lo cierto y verdad es que si examinamos estas imágenes, no se observa camiseta de clase alguna. No se ve que [[A-1]] porte ningún objeto, ni al acceder al ascensor, ni en la fotografía en la que sale del ascensor 59 minutos después (ver folio 489). La hipótesis del procesado relativa a que [[A-1]] hubiera doblado la camiseta y la llevase en un bolsillo es teóricamente factible, pero no deja de ser una especulación. Téngase en cuenta que el procesado no afirma nunca que [[A-1]] llevaba la camiseta en el bolsillo sino que lo que sostiene es una



hipótesis: que la podría llevar allí, porque le cabe en el bolsillo. Sin embargo, lo único cierto es que en dicha fotografía extraída de las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014, no se observa que [[A-1]] salga llevando ninguna camiseta. También es un hecho cierto que los tíos del joven, según luego veremos cuando examinemos sus declaraciones testificales en el plenario, tampoco encontraron en poder de [[A-1]] ninguna camiseta. Finalmente, es conveniente recordar la descripción que el médico forense Dr. Melchor hizo en su dictamen de incapacidad de 9 de abril de 2018 acerca de las capacidades físicas y manuales de [[A-1]]: "... necesita supervisión para llevar a cabo correctamente tareas de aseo personal, precisa de apoyo para abotonarse, enganchar cremalleras y cinturón..." Considerar que con semejantes limitaciones, el joven [[A-1]] plegó la camiseta y se la introdujo completamente en el bolsillo de la prenda que vestía (en la grabación no está muy claro cuál es en concreto la prenda que vestía, pero parece ser una prenda corta, compatible con una cazadora corta, o sudadera o cabecera de chándal o similar), y que esta es la causa de que en la grabación no se vea la camiseta, insistimos, no deja de ser una conjetura. Nos atenemos por lo tanto al dato de que en la grabación no se observa camiseta alguna (ver folio 48).

Volvió a indicar Víctor que estuvo con [[A-1]] en dicha vivienda entre media hora o una hora, y manifestó que estuvieron haciendo bolsas porque estaban ya los paquetes en la casa de su madre.

9.- El procesado fue también preguntado por algo muy importante: el momento de su detención y lo que manifestó a continuación a los Agentes de la Policía Nacional que lo detuvieron tras ser informado de su detención y de sus derechos (véase grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 32 y 10 segundos aproximadamente hasta 35 minutos y 02 segundos aproximadamente).

En concreto, el Ministerio Fiscal le preguntó si cuando fue detenido fue informado de todos sus derechos, a lo que Víctor manifestó que sí.

Le preguntó el Ministerio Fiscal al encausado si *en todo momento le dijeron los agentes que estaba detenido por un delito de abuso sexual*. El procesado, a dicha pregunta, manifestó lo siguiente: " *sí, cuando me detuvieron en el garaje de mi casa*". Y el Ministerio Fiscal volvió a preguntar si efectivamente, por lo tanto, *cuando le detuvieron los agentes le dijeron que quedaba detenido por un presunto delito de abuso sexual*, a lo que el procesado volvió a responder " *Es así*".

Preguntado a continuación por el Ministerio Fiscal si tras ello, les dijo espontáneamente a los Agentes de la Policía Nacional " *no sé por qué esto es delito, si fue de manera voluntaria y consentida*", el procesado dio la siguiente explicación:

Que salió de trabajar a la una, llegó al aparcamiento como todos los días, y cuando estaba cerrando la puerta del coche, vio un policía, un hombre acompañado de dos mujeres, de paisano, y que el policía le enseñó la placa y le dijo "queda usted detenido". Indicó el procesado que se llevó una gran sorpresa cuando le dijeron que estaba detenido, que conocía de antes al agente de policía, y que le preguntó que qué es lo que había hecho; que el procesado se dio cuenta de que no era una broma porque no podía ser una broma, pero que estaba muy sorprendido, que llegó a pensar incluso si había una cámara oculta; que el procesado le dijo al agente que él no había hecho ningún delito, y le preguntó que qué es lo que había hecho. Que ante dicha pregunta, el agente le respondió que quedaba detenido por abuso ... y que el procesado en ese momento estaba tan sorprendido, que cuando el agente dijo "abusar", en lo primero que pensó fue en una explotación laboral, en el sentido de que se le podía estar acusando de que podía estar obligando a [[A-1]] a ayudarle. Y que por eso fue por lo que más tarde les dijo a los agentes que " *había sido voluntario y consentido*", porque siempre era [[A-1]] quien se ofrecía a ayudarle.

El procesado relató que nunca pensó que el agente que lo detuvo se refiriera a un abuso de tipo sexual, añadiendo que cuando el agente le dijo "abuso sexual", solo se quedó con la palabra "abuso", y sobre la referencia a abuso sexual, el agente declaró que " *en ese momento, ni lo oí*".

Pero preguntado si no le detuvieron precisamente por abuso sexual, el procesado respondió: " *sí, pero estaba tan nervioso y sorprendido, que yo no entendí...oí la primera palabra...*"

(Sobre todo lo que acabamos de expresar, véase la declaración del procesado en la grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 32 y 10 segundos aproximadamente hasta 35 minutos y 02 segundos aproximadamente)

10.- De lo anterior resulta por lo tanto:

- 1.- Que el procesado reconoce que sí fue informado de sus derechos en el momento de su detención.
- 2.- El procesado reconoce que sí fue informado en el momento de su detención de que había sido detenido por un delito de abuso sexual perpetrado hacia [[A-1]].

3.-El procesado reconoce también algo muy importante y es que, tras ello, sí dijo a los Agentes de la Policía Nacional que le detuvieron que no entendía por qué eso era delito porque *había sido voluntario y consentido*.

Hasta aquí, los hechos reconocidos.

A partir de aquí, la explicación del procesado.

El procesado lo que sostiene, -insistimos, sin negar en ningún momento que los agentes le informaron de sus derechos y también de que estaba detenido por abuso sexual, y sin negar que les dijo espontáneamente a los agentes que no entendía porque era delito porque había sido *voluntario y consentido*- es que se sorprendió tanto en ese momento y se puso tan nervioso, que cuando le dijeron que estaba detenido por abuso sexual, no lo entendió, nunca pensó en un abuso sexual, y pensó que se referían los agentes a que estaba abusando de [[A-1]] en el sentido de que lo estaba explotando laboralmente. Y por eso fue que les dijo que era voluntario y consentido, porque [[A-1]], según su versión, era siempre el que le buscaba a él pidiéndole si le podía ayudar.

Sobre este importante punto volveremos más tarde, cuando analicemos la declaración testifical de los Agentes de la Policía Nacional que procedieron a la detención de Víctor y que escucharon las manifestaciones espontáneas del procesado en ese momento.

11.- Preguntado por el Ministerio Fiscal acerca de si lleva teléfono móvil videos pornográficos, el procesado indicó que él es famoso porque ha sido el último de sus amigos en incorporarse a las nuevas tecnologías y en concreto al whatsapp. Que ni sabía descargar videos; que su teléfono es viejo; que a veces le mandan videos de broma, alguna fotografía de risa, pero no videos pornográficos. Que jamás ha enseñado videos a [[A-1]].

La acusación particular también preguntó al encausado por esta cuestión (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 43 y 40 segundos) y en particular acerca de por qué le dijo a su hijo que le borrara videos, a lo que manifestó que por la capacidad del móvil no le entraban, pues era un móvil pequeño, y no le entraban más cosas. Aclaró que lo que recibía eran videos y fotografías de risa.

Sobre el teléfono móvil le preguntó también la letrado de la defensa (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 50 y 15 segundos aproximadamente y 50 minutos 28 segundos) y el procesado refirió que el teléfono que tenía entonces se lo había dado su hijo, y que era un SONY XPERIA - U.

Este último dato lo consideramos relevante, porque, aunque ciertamente no es un teléfono de alta gama, ni siquiera de gama media, y si bien ciertamente es un teléfono que ya en la fecha de los hechos es anticuado, es notorio que el terminal denominado SONY XPERIA - U es un *Smartphone*, dotado de pantalla táctil (en concreto, de 3,5 pulgadas) y por consiguiente, apto objetivamente para reproducir videos, y apto para la instalación de aplicaciones como *whatsapp*, y otras aplicaciones que permiten el envío y reproducción de video.

No se trata, por consiguiente, de un arcaico teléfono anterior a los teléfonos tipo "*smartphone*" sino de un teléfono de esta última clase, lo cual es relevante dejarlo ya sentado, a la vista de lo que declararon en el plenario buena parte de los testigos propuesto por la defensa, todos ellos amigos del procesado, cuestión que más tarde abordaremos.

En suma, es indiferente que el teléfono del procesado fuera viejo, o poco moderno; lo relevante para el caso es si el modelo de teléfono que poseía el procesado en aquella época, era apto para proyectar videos, e incluso para remitirlos y recibirlos por aplicaciones del tipo *whatsapp*. Y la respuesta es afirmativa, pues el teléfono SONY XPERIA - U es notorio que reúne estas capacidades. Por lo tanto el tipo de teléfono que poseía el procesado no dota de inverosimilitud -antes al contrario- a la afirmación del testigo [[A-1]], cuya declaración luego examinaremos, relativa a que Víctor le enseñaba videos pornográficos (*videos de esos que no podemos ver*) por el teléfono móvil .

Insistió a preguntas de la defensa en que no maneja las tecnologías, que tardó mucho en tener *whatsapp* y que utilizaba siempre *sms*, y que su hijo es el que le resuelve cualquier problema que tiene con el móvil.

12.- Por la acusación particular se preguntó en dos ocasiones distintas al procesado sobre su relación con [[A-1]] y su familia.

El encausado indicó que no conocía ni a [[A-1]] ni a su familia, y que solo le sonaba [[A-1]] de verlo jugando los sábados y los domingos por los alrededores de su casa. Añadió que una vez escuchó una discusión llamo a la Policía Local, que al parecer sucedía en la vivienda de [[A-1]], pero que sus tíos no saben que fue el procesado el que llamó la Policía Local. Que no había enemistad ni con [[A-1]] ni con su familia. (Ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 37 aproximadamente, y más tarde, ver entre 49 minutos y 55 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral aproximadamente y 50 minutos y 10 segundos)



13.- El procesado reconoció (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde minuto 42 y 40 segundos hasta 43 minutos 43 segundos) que su vehículo es un "Toyota" gris y que llevaba en él a [[A-1]] las veces que habían ido a la vivienda de la CALLE001 , y que luego lo devolvía a su casa en la AVENIDA001 .

14.- A preguntas de la defensa (ver a partir del minuto 52 aproximadamente de su declaración) Víctor refirió que el último día estuvo con [[A-1]] en una habitación en la que tiene cajas con material que está en la vivienda de la CALLE001 . Que dicha vivienda era de su madre, y que en aquella época tenía llaves de esa casa tanto él, como su madre, como su hermana, como su sobrina.

Sin embargo, en su declaración sumarial Víctor declaró: " *Que cuando le ayudó le dio unas camisetas y otros objetos para ayudarle. Que estos hechos ocurrieron en un fin de semana, que sería sábado o domingo. Que cree que más bien un domingo. Que las transportaba desde su domicilio desde AVENIDA001 hasta CALLE001 nº NUM014 donde no vive nadie y en una habitación vacía guarda sus cosas.*"

Por consiguiente, en la época de los hechos, en la vivienda de la CALLE001 a la que Víctor llevaba a [[A-1]] no vivía nadie. Y el propio Víctor alude a que las veces que llevó allí a [[A-1]] era sábado o domingo (cuestión que mencionó el propio [[A-1]] y que luego examinaremos cuando abordemos su declaración preconstituida)

Por otra parte, debemos decir ya que, efectivamente, la manifestación relativa a que otras personas, además del acusado, tienen llave de la vivienda de la CALLE001 , no ha sido corroborada por ningún otro elemento de prueba al margen de la declaración de la pareja del encausado Rosana , quien llegó incluso a añadir algo que Víctor no había mencionado y es que una inmobiliaria (cuyo nombre no especificó) tenía llaves también de esta casa. Sin embargo, ninguna de esas otras personas que según sostiene el acusado y su esposa tenían otros juegos de llaves declararon en el plenario, - tampoco nadie de ninguna inmobiliaria - debiéndose añadir, en cuanto a la pretendida inmobiliaria, que los hechos se produjeron en sábado y domingo, días de la semana en los que, como el Ministerio Fiscal indicó con acierto en su informe, es notorio que no es usual que las inmobiliarias entren en los pisos, y menos sin avisar previamente, para enseñarlos a posibles compradores.

En todo caso, es relevante también que el propio Víctor manifestó que en dicho piso tenía en una habitación cajas con bolsas y material deportivo. Esto evidencia que él utilizaba ese apartamento, sin que, sin embargo, conste probado que nadie más frecuentase dicho inmueble, por más que, según se afirma, otras personas pudieran tener llaves. Y otro dato importante: como veremos al analizar la testifical de la Agente de Policía Nacional nº NUM018 , esta agente declaró que en la puerta de la vivienda de la CALLE001 propiedad de la madre, había un cartel que ponía " Víctor ".

15.- El procesado siguió manifestando a preguntas de la defensa que nunca había tenido incidente alguno ni con niños ni con jóvenes, pese a que ha entrenado cientos de niños, porque es entrenador de atletismo.

A partir del minuto 57 minutos y 15 segundos puede verse que la defensa le preguntó también al procesado por su aspecto físico, y el procesado refirió que nunca ha llevado barba, que se afeita día sí y día no.

16.- Cabe añadir, por último, que al margen de las valoraciones sobre la declaración del procesado que hemos ido haciendo en este fundamento de derecho, a lo largo de los sucesivos fundamentos, y con ocasión del análisis de otros medios de prueba, volveremos a tener que mencionar y analizar esta declaración, y ello en confrontación con la resultancia de esos otros medios probatorios.

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA (III): LA GRABACIÓN AUDIOVISUAL DE LA ENTREVISTA REALIZADA POR LAS DOS PSICÓLOGAS A [[A-1]] EN FECHAS 29 Y 30 DE MARZO DE 2017.

1.- Planteamiento general.-

El siguiente paso que debemos abordar es determinar si, como sostienen las acusaciones, el joven [[A-1]] fue trasladado a cambio de dinero a un apartamento por una persona adulta, en concreto por el encausado, el cual, una vez allí, mantuvo con [[A-1]] relaciones sexuales con él, en cuyo curso se llegó a introducir el pene de [[A-1]] en su boca. Y en caso de ser así, si esto sucedió una sola vez o varias veces.

Para ello debemos analizar ya la prueba testifical de [[A-1]] y, unida a esta, la grabación audiovisual de la entrevista que le hicieron a [[A-1]] muy poco tiempo después de la denuncia las psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo Asunción y Azucena , grabación esta que fue reproducida en el plenario a presencia del encausado y de todas las partes.

Ni que decir tiene que el análisis de cada uno de estos dos medios de prueba (que tienen naturaleza distinta y eficacia muy diferente) la haremos por separado.

Pero enlazamos uno y otro porque en definitiva, se trata de las manifestaciones de [[A-1]].



Si bien la prueba más relevante, por su naturaleza, es sin duda ninguna la testifical preconstituida de [[A-1]] en la medida en que en la práctica de la misma intervino la defensa del procesado, pudiendo dirigir a [[A-1]], como el resto de las partes, las preguntas que previamente el instructor declaró pertinentes, y garantizándose de esa forma de modo pleno el derecho de defensa y contradicción, no es menos cierto que la entrevista que en la fase embrionaria de la investigación realizaron las dos psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo a [[A-1]] y que fue grabada audiovisualmente, constituye un medio de prueba que debe ser evaluado, y ello en un doble ámbito:

a) Por un lado, en relación a la testifical preconstituida de [[A-1]], en la medida en que esta declaración inicial de [[A-1]] obtenida por las dos psicólogas, nos puede y debe servir para analizar la eficacia de la testifical de [[A-1]], a la hora de determinar si concurre o no el elemento de la persistencia en la incriminación. Es decir, podemos comparar la declaración testifical prestada por [[A-1]] en la prueba preconstituida, con lo que manifestó a las psicólogas en esa fase inicial, y ello a los efectos de analizar si entre lo que manifestó en esa primera entrevista y lo que luego declaró en la testifical preconstituida por el juez de instrucción, existe o no coincidencia cuando menos en lo nuclear o sustancial, y si se advierten o no contradicciones relevantes.

b) En segundo lugar, no debe perderse de vista que la entrevista realizada por las dos psicólogas del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo fue grabada en soporte audiovisual, y dicha grabación fue reproducida en el plenario en presencia del encausado, el tribunal y todas las partes, que pudieron luego, en fase de informe y conclusiones, hacer cuantas alegaciones tuvieron por oportuna sobre esta prueba.

Nosotros, a la hora de seguir un orden a los efectos de analizar estos dos medios de prueba, optamos por seguir un criterio cronológico, y vamos a examinar en primer lugar las primeras manifestaciones que hizo [[A-1]], esto es, las que realizó con ocasión de entrevista practicada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena los días 29 y 30 de marzo de 2017.

2.- Descripción del contenido de la Grabación audiovisual de la entrevista que las psicólogas Asunción y Azucena realizaron a [[A-1]], y que fue reproducida en juicio oral.

Esta entrevista, como hemos advertido, fue recabada por las dos Psicólogas Sras. Asunción y Azucena los días 29 y 30 de marzo de 2017, poco tiempo después de los hechos.

Sin perjuicio de que la entrevista que vamos a analizar fue registrada en CD por las personas que llevaron a cabo la entrevista, -la cual fue visionada en juicio oral por el procesado, por este tribunal y por las demás partes en la tercera sesión del juicio-, debemos dejar indicado que esta grabación de la entrevista quedó incorporada en la grabación del juicio oral, en concreto en la correspondiente a la Tercera Sesión del juicio oral a partir del minuto 27 aproximadamente.

Podemos resumir ahora los aspectos más relevantes de esta entrevista (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir de minuto 29 y 20 segundos hasta minuto 33 y 8 segundos aproximadamente):

Después de realizar al joven las indicaciones o normas que debía observar y, la primera pregunta sobre los hechos no pudo ser más abierta: *"Qué le contaste a Natividad y Crescencia que te tenía tan preocupado"*.

La respuesta de [[A-1]], y pese a su lenguaje corporal en el que patentizaba notoriamente vergüenza al relatar el hecho, fue muy directa y clara: *"un señor que me ve por la calle, a mí que siempre que eso... me ve y me da cinco euros... sin pedirle nada, ni nada. Siempre me da cinco euros, siempre cuando me ve por la calle. Bueno, por la calle... por el barrio ese ...donde vivíamos antes. Siempre me da los cinco euros, siempre....También me enseña unos vídeos que nosotros no podemos ver, ...en el móvil, ...y todo eso ...me lo enseña por el móvil. ..."*

El joven, entonces, con sus gestos, da muestras de una elocuente incomodidad y vergüenza, lo que lleva a una de las entrevistadoras a tratar de sosegarle y tras ello, el joven dice: *" Me lleva en un coche y me enseñó como unos vídeos, unos videos, unos videos muy guarros, y luego ahí, ...por donde la discoteca esa,...esto, la " DIRECCION011 ", por la " DIRECCION011 ", hay un apartamento ahí, y me llevó y me tocó ... y me tocó la polla... y esto es lo que le conté a Natividad ..." ... " Y que me bajó los pantalones y me lo chupó. Todo eso es lo que le conté a Natividad"*

A propósito de todo lo hasta ahora descrito, véase grabación de la Tercera Sesión del juicio oral entre los 30 minutos y 50 segundos, y los 33 minutos y 8 segundos aproximadamente.

Las dos psicólogas preguntaron a continuación a [[A-1]] si quería decir algo más, y el joven al principio se quedó callado e indicó que no se acordaba de más cosas, pero enseguida añadió espontáneamente un dato esencial acerca de las veces u ocasiones en que sucedieron estos hechos (ver entre 33 minutos y 10 segundos de la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral hasta 34 minutos y 57 segundos de la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral):



"Esto pasó el sábado, antes pasaba todos los domingos, como le conté a Natividad también, los domingos también pasó esto antes,... ahora pasó el sábado, todos los sábados, a las cinco de la tarde ... siempre iba con los amigos a jugar y me dice, me quiere ayudar a algo, y me lleva a un apartamento o algo así .. y solo le conté eso a Natividad , más no, más no se..."

A continuación las entrevistadoras realizaron a [[A-1]] diversas preguntas dirigidas a identificar a esta persona así como el lugar donde acontecieron los hechos.

A este respecto, debemos tener en cuenta que cuando se realiza esta entrevista (29 de marzo, poco después de la denuncia), todavía no se dirigían las sospechas hacia ninguna persona concreta, tampoco contra el encausado. Esa es la razón por la que en esta entrevista se le realizaron muchas preguntas acerca de las características físicas del presunto autor de los hechos, así como del lugar donde estos acontecieron, etc, todo ello precisamente con un fin de investigación, dirigida a determinar la posible autoría. Sin embargo, obvio es decir que cuando tiempo más tarde se realizó la declaración testifical preconstituida, el 8 de abril, para entonces la investigación policial estaba ya terminada, se había procedido ya a la detención de Víctor , y este había ya declarado.

Tal como puede contemplarse en la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral entre el minuto 35 y los 39 minutos, al contestar las preguntas que las entrevistadoras le dirigieron acerca de las características físicas del presunto autor, [[A-1]] se mostró muy inespecífico y confuso, dando muestras no de que no supiera quien era la persona, sino de que, por sus limitaciones tanto del lenguaje como cognitivas, era incapaz de describir con palabras a alguien que no tenía delante. Así, por ejemplo, manifestó que "solo sé que lleva chándal, tiene barba, va a veces en chándal y a veces en vaqueros, y siempre va con deportivas". A la hora de describir el rostro, dijo que "la cara la tiene un poquito redondita o cuadrada, normal, como la tenemos todos". "Que tiene la barba normal", que tenía más barba que el propio [[A-1]] pero añade también que la barba " creo que es blanca u oscura, no sé la tendrá..."

En cuanto al pelo, en primer lugar dice "como amarillo", luego dice que oscuro, resultando evidente que no es capaz de describirlo.

En relación a la estatura, lo describe como "más alto que yo"; y preguntado sobre la edad, dice "no sé creo que tendrá 19, más mayor que yo, muchos ,muchos, muchos unos 40 o por ahí", respuesta cuya patente elocuencia no necesita más comentario, denotando una vez más la incapacidad de [[A-1]] de describir a una persona. No en vano, poco después dice que es "más pequeño que yo" (antes había dicho que más alto).

A partir del minuto 39 y 50 segundos de la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral y hasta el minuto 41 y 30 segundos, se puede comprobar cómo el joven vuelve a indicar que esa persona le busca "me busca él cuando estoy fuera con mis amigos jugando" ..."jugando por donde vive Virgilio ". Las entrevistadoras le preguntaron entonces dónde vive Virgilio , y contestó que "en AVENIDA001 ". El joven [[A-1]] declaró entonces que cuando él va allí a jugar , esa persona baja de su casa y le busca. Y añade que esta persona vive donde vive Virgilio , pero en el 4º; y que Virgilio vive en el 2º, y que ese señor vive "en el 4º ".

A continuación (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir del minuto 41 y 30 segundos aproximadamente) el joven vuelve a relatar cómo suceden los hechos: "Me busca siempre, me dice: ¿me quieres ayudar en algo? Y luego me da los cinco euros." Preguntado por las entrevistadoras acerca de qué le contesta a ese hombre ante esa oferta de cinco euros, el joven refirió que " él insiste, insiste, insiste, y luego me da los cinco euros"... "yo no los quiero coger, pero él insiste, en cogerlos cógelos...cógelos..., cógelos, y al final me hace un lio, al final como me hace un lio al final lo cojo. (...)

Es de significar que [[A-1]] reitera más de una vez, incluso con singular énfasis y muy gráficamente, la explicación de la forma en que esta persona le insistía y le apremiaba para que cogiera los cinco euros.

El joven [[A-1]] explicó a continuación lo que sucedía después de que cogiera los cinco euros: "nos vamos al apartamento que no,(...).. que no vive nadie" y que iban "en coche". Que el coche es " gris" , "pequeñito" " que tiene...tiene... un...no se, como una pegatina o algo así.. que está en todos los coches, que no sé lo que significa...", que la pegatina es "gris" y está "en el maletero". (Con esto se está refiriendo a la placa de la marca del vehículo que, efectivamente, está en la parte de atrás de todos los coches). Añadió también que el color de los asientos es gris y el color del volante normal, como tienen todos los coches.

Finalmente [[A-1]] manifestó que "me lleva al apartamento como se lo dije a ...Cris, que he hablado con ella antes, y coge, y me acaricia " (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir del minuto 47 hasta minuto 47 y 55 segundos aproximadamente),

Es en ese momento cuando la entrevistadora acomete una batería de preguntas acerca del apartamento donde suceden los hechos, y que [[A-1]] contestó dando datos sólidos sobre su ubicación y descripción del portal, pero



siendo incapaz de ofrecer una descripción válida de la distribución del interior del apartamento (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir del minuto 47 y 55 segundos aproximadamente) .

De esa forma, interrogado acerca de dónde está dicho apartamento, respondió que estaba "donde el " DIRECCION011 ", y cuando le preguntan a qué se refiere, dice "a la discoteca", "al lado de DIRECCION011 ",

El joven [[A-1]] no puede indicar el número del portal, pero sobre el número de piso, lo identifica debido al número que marcaron al subir a él en ascensor: dice " en el cuarto, arriba", "hay que darle al 4 para subir".

Tras ello fue preguntado [[A-1]] por las entrevistadores acerca del portal del edificio donde se encuentra el apartamento a donde lo lleva esta persona.

El joven contestó que es "igual que nuestro portal", pero después explicó que había " buzones" , que "están abajo", "por donde entras"; la entrevistadora le dijo entonces que quería que le explicase y le describiese por dónde entraba, y al respecto [[A-1]] contestó que "*hay un banco , justo ahí, al lado de los buzones*", que el banco era "creo que marrón o algo así"; cuando se le pregunta a [[A-1]] si puede señalar algo de ese color, señaló la mesa en la que se le estaba llevando a cabo la entrevista, y dice "como ésta".

A continuación se le preguntó a [[A-1]] sobre la localización de los buzones y el banco, para lo cual se le hacen previamente varias preguntas con el fin de determinar si [[A-1]] es capaz de identifica izquierda y derecha, pidiéndole que situé diversos objetos que hay en la habitación donde se desarrolle la entrevista. Una vez precisado que el joven sí identifica someramente entre izquierda y derecha, el joven en un momento dado, señala moviendo sus brazos que aquí está el banco (extiende su brazo derecho), aquí están los buzones (extiende el brazo izquierdo). Describe luego los buzones como "bajos" y "*creo que grises*".

Preguntado si había algo más en el portal, manifestó que "*sí, unas plantas o algo así*"; y preguntado cómo son esas plantas, manifiesta que "creo que pequeñitas", y sitúa las plantas en el portal, al lado del ascensor.

Sobre el número de pisos del edificio, dice "nosotros tenemos hasta el 8, se puede subir en ascensor hasta el 8" pero que en ese edificio dice que "creo que hasta el 5 o así".

Tras varias preguntas dirigidas a que [[A-1]] describiera en ascensor, el joven [[A-1]] volvió a decir entonces algo que ya había indicado: que *subieron hasta el piso 4* y añadió el dato de que la puerta está "enfrente"

A partir del minuto 58 y 32 segundos aproximadamente y hasta 1 hora seis minutos y 50 segundos aproximadamente de la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral, podemos ver que a continuación se le hicieron diversas preguntas sobre el interior del apartamento. Como ya hemos adelantado, sobre este aspecto [[A-1]] no fue capaz de precisar. Aunque sí que fue claro al señalar que ese apartamento tiene varias habitaciones, más de una, indicó al principio, por ejemplo, que a la derecha estaba la cocina y más tarde manifestó que estaba a la izquierda, dando evidentes signos de que tenía problemas para poder describir dónde se ubicaban las dependencias, si a la derecha o a la izquierda. En definitiva, no fue capaz de ofrecer una distribución fiable del piso. Sí dijo con detalle que había habitaciones. Sí dio un detalle relevante, como es que en el salón, donde habría un banco "que pesa mucho". En este sentido, tal como podemos ver en las fotografías del salón que se obtuvieron por la Policía en la inspección ocular, se aprecia que , efectivamente, en el salón hay un banco de gimnasio (ver folio 52). El joven [[A-1]] también señaló que en el salón había una ventana grande y que el balcón estaba en la ventana.

A partir de una hora seis minutos y 50 segundos de la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral, se puede observar que a continuación las entrevistadoras le dirigen preguntas sobre los hechos en sí. La forma de entrevistar fue singularmente precisa: no se le hicieron a [[A-1]] preguntas directas ni cerradas, sino abiertas, y en el enunciado de cada pregunta no introdujeron ningún dato que previamente [[A-1]] no hubiera mencionado antes en alguna respuesta previa.

Así, la primera pregunta que se le hizo fue qué sucedía en ese apartamento. Ante esa pregunta, [[A-1]] extendió su brazo hacia la entrevistadora y dijo: "*coge y me acaricia así*" (dice esto al tiempo en que escenifica someramente la acción, acariciando simultáneamente el brazo de la psicóloga).

Ubica estos hechos "*en el salón*" del apartamento, y dice que allí esa persona "*allí empieza a enseñarme como unos videos o algo así...*"

Es de significar que en ese momento, la grabación se corta porque al parecer durante la entrevista realizada por las Psicólogas Sras. Asunción y Azucena hubo un problema técnico, de forma que la entrevista se reanudó al día siguiente. La reanudación se ve en el tercer "track" del disco donde se grabó la entrevista, y también, obviamente, se puede ver en la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral, a partir de 1 hora 9 minutos y 8 segundos de la grabación.



Lo que el joven [[A-1]] contó a partir de este momento a la entrevistadora fue, en sustancia lo siguiente: " *que esos videos eran como porno o algo así*", que se veían "chicas desnudas" y que había un chico y una chica que... " *se lo follaban*" ; preguntado [[A-1]] por la entrevistadora sobre qué era para él follar , [[A-1]] contestó que es " meter el pene en la vagina".

Añadió [[A-1]] que estos videos los enseñaba esta persona " *en el móvil*", en el del él. Y dijo más tarde: "después me acarició". Preguntado por la entrevistadora que qué quería decir, [[A-1]] contestó que le acarició con la mano así (se pasaba simultáneamente una mano por el brazo y a continuación escenificó lo mismo en el brazo de la entrevistadora). Dijo que ese era el sitio en el que le acariciaba (el brazo).

A continuación el interrogatorio sigue de la siguiente manera que vamos a transcribir (véase grabación de la Tercera Sesión del juicio oral desde 1 hora 11 minutos y 30 segundos aproximadamente hasta 1 hora 14 minutos y 12 segundos):

Psicóloga/entrevistadora.- "Después de acariciarte el brazo, ¿qué hace?"

[[A-1]] (*Mostrando cierta incomodidad con su lenguaje corporal*): " *primero me acaricia el brazo y luego me acaricia el pene*".

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Qué es el pene?

[[A-1]].- *Lo de abajo.*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿me lo podrías señalar para saber a qué te refieres?

[[A-1]].- (*Se señala sus genitales con la mano derecha*)

Psicóloga/entrevistadora.- Vale, muy bien... te caricia el pene... ¿y cómo te acaricia el pene, [[A-1]]?

[[A-1]].- *Con la mano...*

(A continuación la psicóloga le pide que le indique cómo le acaricia el pene, indicándole que si su brazo fuera el pene, como lo acaricia ese hombre; a lo que

[[A-1]] *le pasa a la psicóloga repetidamente su mano por el brazo*)

Psicóloga/entrevistadora.- ¿ Te acaricia suave o te acaricia más rápido?

[[A-1]].- *Suave...*

Psicóloga/entrevistadora.- Vale... y después de acariciarte el pene ¿ qué pasa?

[[A-1]] .- (inmediatamente [[A-1]] se pone la mano en la cabeza, inclina el cuerpo haciendo ostensibles evidente signos de vergüenza y pudor) y dice:

"... *después me la chupa*"

Psicóloga/entrevistadora.- Después te la chupa...

[[A-1]].- *Sí...*

Psicóloga/entrevistadora.- ...primero te caricia y después...

[[A-1]] .- *Después me la chupa...*

(...)

Psicóloga/entrevistadora.- ¿ Y con la ropa puesta, o cómo es...?

[[A-1]].- *No... se quita... se lo quita...*

Psicóloga/entrevistadora.- Se lo quita?

[[A-1]] - *Sí...*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿ él se quita la ropa?

[[A-1]] *Sí*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿El hombre se quita la ropa?

[[A-1]].- *Sí...*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Y qué ropa se quita?

[[A-1]].- *El pantalón y todo eso... el pantalón*

Psicóloga/entrevistadora.- Se quita el pantalón...

[[A-1]].- Sí...

Psicóloga/entrevistadora.- Él se quita el pantalón, ¿ y después...?

[[A-1]].- *Él se quita el pantalón y luego empieza a chuparme...*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Y el pantalón tuyo, quien...?

[[A-1]].- *Él ...*

Psicóloga/entrevistadora.- Él...¿... qué?

[[A-1]].- *El. .. él me lo quita a mí*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Él te lo quita a ti?

[[A-1]].- *Sí...*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Te quitas tú el pantalón?

[[A-1]].- *(contesta moviendo negativamente la cabeza)*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Te lo quita él?

[[A-1]].- *(contesta asintiendo)*

([[A-1]] en todo momento sigue sujetando la cabeza con la mano con notoria incomodidad)

Psicóloga/entrevistadora.- ¿Él estaba vestido?

[[A-1]].- *Sin pantalones*

Psicóloga/entrevistadora.- Sin pantalones?

[[A-1]].- *Sin pantalones.*

Psicóloga/entrevistadora.- ¿ y te la chupa?

[[A-1]].- *Sí...*

Psicóloga/entrevistadora.- Y después de chupártela ¿qué pasa?

[[A-1]].- *después... no recuerdo mucho lo que pasó...y todo eso...*

A continuación relata [[A-1]] que " *después nos marchamos*". Y añade que cada uno se ponía su pantalón y que " *solo recuerdo esto... Nada más*"

Finalmente la psicóloga-entrevistadora aborda la cuestión de si esto sucedió una sola vez o más veces (véase grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 15 minutos y 25 segundos aproximadamente hasta 1 hora 17 minutos y 30 segundos aproximadamente):

A la pregunta que le hizo la psicóloga entrevistadora acerca de si había sucedido una vez o más veces, [[A-1]] contestó con rotundidad que "más veces".

Preguntado cuando fue la última vez que le ocurrió, [[A-1]] contestó " *el domingo la última vez, creo...*" Y añade: " *antes era el domingo y luego pasó el sábado*"

Más tarde dijo " *Que antes era los domingos y luego " todos los sábados*".

Indicó que los cinco euros se los da siempre antes de ir al apartamento.

La psicóloga preguntó si esa persona tenía hijos (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 17 minutos y 30 segundos hasta 1 hora 18 minutos y 30 segundos aproximadamente), a lo que [[A-1]] contestó que tenía un hijo e indicó que creía que tenía unos 13 años.

Sobre este punto, la defensa ha señalado en su informe que curiosamente el joven [[A-1]] solo se refirió al hijo del procesado, pero no a su hija. Debemos recordar a este respecto que, como ya hemos explicado al abordar la declaración del procesado, la esposa del acusado refirió que el joven habría estado mirando de modo inapropiado a su hija.

Sobre esta cuestión, lo primero que se advierte es que aunque la psicóloga preguntó por la existencia de hijos, en general, y que por lo tanto podría interpretarse que con esa pregunta se estaba refiriendo a toda la progenie del procesado , esto es, tanto hijos como a hijas, lo cierto es que una pregunta así formulada, utilizando la



palabra masculina " hijos", pudo ser interpretada por el joven [[A-1]] en el sentido literal de que se le preguntaba solo por los hijos varones del procesado, y de ahí que la respuesta fuera que tenía un hijo.

Pero en todo caso, creemos que no cabe, sin incurrir en la especulación, otorgar una mayor trascendencia a una pregunta tan general, máxime cuando, como luego veremos, al ser preguntado en la testifical preconstituida, el joven sí hizo referencia a la hija, al ser específicamente preguntado por esta cuestión. No es factible sostener, sin incurrir en la pura conjetura, que el hecho de que [[A-1]] no mencionase a la hija en la entrevista, fue debido a que albergaba algún tipo de animadversión o sentimiento espurio, de cuya realidad, insistimos, no se ha aportado ni la más mínima prueba objetiva.

3.- Valoración probatoria de la entrevista. Corrección técnica de la entrevista y no impugnación por las partes. Alcance de su eficacia probatoria.

Lo primero que debemos decir es que la entrevista, **grabada en soporte audiovisual, y reproducida en el plenario** a presencia del procesado, del tribunal y de las partes, **no ha sido impugnada como medio de prueba.**

La admisión de esta prueba no ha sido discutida, ni tampoco su validez probatoria se ha discutido por ninguna de las partes. Por consiguiente, esto ya es una razón para valorarla.

Por otro lado, la entrevista gozó a nuestro juicio de **garantías de neutralidad en cuanto a la técnica empleada en su realización, que fue correcta.**

Como hemos dicho, se ve en la grabación que la entrevista comienza con unas indicaciones que las entrevistadoras hacen al joven [[A-1]] de un modo muy claro y coloquial, acerca de las normas a observar durante la misma. Así, le dicen muy claramente que si algo no lo entiende, debe decir que no lo entiende; que si algo no lo sabe, debe decir que no los sabe; que si algo no lo recordaba, debía decir que no se acordaba.

A este respecto, es destacable que una de las psicólogas que llevó a cabo esta entrevista, en concreto la psicóloga Asunción, fue muy clara en su declaración en juicio oral, al explicar las razones por las que le dieron al joven estas indicaciones o " normas": explicó esta psicóloga que detectaron que en [[A-1]] concurre lo que se denomina " deseabilidad social alta", esto es, que el joven tiene siempre un gran interés en ser aceptado y en gustar a los demás. La entrevistadora psicóloga Asunción explicó en juicio que con el fin de evitar que ese factor impulsase a [[A-1]] a dar a las entrevistadoras la respuesta que él creía que estas esperaban, le dieron claramente estas normas, y facilitaron en todo momento que el joven no dijera aquello que no fuera cierto.

Hay que decir que, efectivamente, la forma en que las entrevistadoras indicaron a [[A-1]] al inicio de la entrevista estas normas quedó también grabado, y que tanto en ese momento como a lo largo de la entrevista puede constatarse el interés de las entrevistadoras por lograr una neutralidad y asepsia que, a juicio de esta Sala, se obtuvo notoriamente en dicha entrevista.

En cuanto al lenguaje utilizado por las entrevistadoras, esta Sala advierte que se utiliza un lenguaje coloquial, fácilmente comprensible en nada ambiguo. La entrevista se desarrolla a un ritmo conversacional normal, coloquial.

También se advierte que la entrevista fue llevada a cabo mediante preguntas abiertas, generales y en absoluto sugestivas.

Obsérvese que en el enunciado de una pregunta, no se menciona nunca ningún dato si [[A-1]] no lo ha mencionado con anterioridad. A título de mero ejemplo: al piso de la " DIRECCION011 ", no se le menciona hasta que por vez primera [[A-1]] lo menciona. El coche y su color, nunca es mencionado por las psicólogas hasta que [[A-1]] lo menciona. Solo después de que el joven se refiere al coche, las entrevistadoras le preguntan por el color. Y atendiendo ya a los hechos en sí mismo enjuiciados: la referencia a su pene que hizo el joven [[A-1]] en la entrevista, fue introducida espontáneamente por este, nunca antes de que él lo mencionará, las entrevistadoras realizaron ninguna pregunta acerca de si esa persona le tocó el pene. Lo mismo con la felación: es el joven quien espontáneamente dijo por primera vez " *me la chupa*", sin que anteriormente las entrevistadoras le hubieran preguntado, por ejemplo, si se había realizado por esa persona una conducta de este tipo.

En suma: solo a partir de que [[A-1]] ha revelado o mencionado un dato espontáneamente, es cuando las entrevistadoras hacen preguntas a propósito del mismo.

Tampoco observamos que las preguntas se superpongan, ni desde luego no observamos que se sugiera, o se induzca o se presione o atosigue a [[A-1]].

En definitiva, nuestra valoración de la entrevista es que se hizo de modo correcto.

En cuanto a la valoración de su contenido, concluimos que constituye un relato sólido y espontáneo del joven, acerca de cómo mantuvo en varias ocasiones, en un apartamento vacío al que era trasladado en un coche



pequeño y gris, una relación sexual (no determinadas en su número) con un adulto, consistentes en que este le enseñaba videos pornográficos, le acariciaba el pene y luego esa persona se introducía el pene del [[A-1]] en su propia boca.

El relato ofrece detalles muy precisos de dichas relaciones sexuales, las cuales, pese a que luego se le realizan más preguntas, nunca las describe de modo distinto, ni introduce otros comportamientos adicionales que los que describió desde el principio.

También ofrece mucho detalle a nivel periférico: señala por ejemplo que esa persona vive donde él vivía antes (es decir, AVENIDA001); señala que siempre le llama cuando están jugando; que le insiste para darle cinco euros hasta que el joven acepta (esto lo refiere muy gráficamente, repitiendo muchas veces la expresión " me insiste" y añadiendo luego que diciendo que "me hace un lío"); sitúa perfectamente el apartamento al que lo lleva, por referencia a una discoteca aledaña (" DIRECCION011 ") la cual el joven [[A-1]] conocía, debido a que en Navidad en el Colegio les hacen allí una fiesta. Señala también que pulsan el 4 en el ascensor. Describe con bastantes detalles el interior del portal (buzones, banco, plantas).

Es cierto que hubo aspectos en los que [[A-1]] fue mucho más impreciso: la descripción del piso, por ejemplo, y la descripción de la persona que realizó con él estas conductas. Creemos que esto deriva precisamente de las limitaciones que padece por su discapacidad. No hay más que ver los problemas que tiene entre izquierda y derecha para explicar la distribución de las habitaciones, situando la cocina ora en un sitio, ora en otro (en este sentido, efectivamente, y a preguntas de la defensa, la psicóloga Azucena hizo referencia al dificultades que presenta [[A-1]] a la hora de fijar izquierda y derecha) .

En cuanto a la descripción física de la persona que mantuvo con él esas relaciones, se constata una patente dificultad: tan pronto dice que su cara es cuadrada como redonda, tan pronto es rubio como tiene el pelo oscuro.

Dice también en esa declaración que tiene barba.

En esto último, ha puesto énfasis la defensa, puesto que ciertamente el procesado no luce ni ha lucido nunca barba como tal, hecho este no discutido.

Sin embargo, este aspecto, que aisladamente considerada podría hacer pensar que arroja dudas sobre si fue Víctor la persona que mantuvo con el joven [[A-1]], tiene en realidad escasa relevancia, pues por un lado, (i) no puede aislarse esta mención del resto de lo que manifestó [[A-1]] en dicha entrevista; (ii) en segundo lugar, en virtud de otros elementos probatorios no existe duda de que la persona a la que se está refiriendo [[A-1]] es Víctor ; (iii) en tercer lugar, el reconocimiento fotográfico que examinaremos más adelante unido a la declaración de la psicóloga Asunción , evidencia que en realidad, para el joven [[A-1]] el tener barba puede ser equiparable a una barba de pocos días, no a una barba como tal. Es decir, que la descripción de esa persona como una persona con barba, es más bien motivada por las limitaciones perceptivas o interpretativas del propio [[A-1]].

Nos explicamos:

a) Efectivamente, creemos que mención que hace [[A-1]] en su entrevista relativa a que esa persona " tiene barba", no puede tomarse aisladamente de todo lo demás que manifestó en dicha entrevista. Y así, por ejemplo, tenemos que:

- En dicha entrevista [[A-1]] manifestó también que esa persona vive cerca de donde él vive (circunstancia que concurre en Víctor) .

- En dicha entrevista [[A-1]] manifestó también que le lleva en un coche gris pequeño y Víctor tiene, efectivamente, un coche gris y pequeño.

- En dicha entrevista [[A-1]] manifestó también que esa persona le lleva a un apartamento vacío que está al lado del " DIRECCION011 " (y efectivamente Víctor era usuario de un piso vacío perteneciente a su madre sito en la misma calle inmediato a la discoteca " DIRECCION011 ");

- En dicha entrevista [[A-1]] ofreció un relato conforme al cual, sin ninguna duda, identificaba a esa persona que le llevaba en coche en coche gris pequeño a ese apartamento situado al lado de la " DIRECCION011 " , con la misma persona que una vez en ese apartamento vacío, le enseñaba esos videos pornográficos, le acariciaba el pene y le tomaba con la boca su miembro viril.

Por lo tanto, que luego al describirlo dijera que tenía barba, no tiene tanta relevancia desde el momento en que todos los demás datos se corresponden de modo indubitado con Víctor .

b) Es más, el propio Víctor declaró en juicio que efectivamente llevó en una o dos ocasiones a [[A-1]] hasta esa vivienda de la CALLE001 propiedad de su madre (cerca de la " DIRECCION011 ") y que subió allí con [[A-1]],



por lo que no cabe duda de que a la persona la cual se estaba refiriendo [[A-1]], en la entrevista era Víctor , por más que erróneamente lo describiese con barba.

Existen unas grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio donde está la vivienda de la CALLE001 , las cuales más adelante analizaremos en particular. Adelantamos ya que en estas grabaciones se observa perfectamente a Víctor y a [[A-1]] subir juntos hasta el piso NUM013 , y luego salir 59 minutos más tarde .

Si el joven [[A-1]] manifestó en la entrevista que era allí donde se producían los hechos e identificaba a quien los perpetraba con esa persona que le llevaba a ese lugar, es claro que se estaba refiriendo a Víctor por más que erróneamente lo describiese como una persona que llevaba barba, pues no existe constancia de que [[A-1]] fuera a ese sitio con otra persona distinta de Víctor .

c) Como ya hemos indicado, y aunque luego vamos a volvernos a referir a esta diligencia, se practicó una diligencia policial de reconocimiento fotográfico con asistencia de la psicóloga Sra. Asunción , en la cual al joven [[A-1]] se le presentaron ocho fotografías de grandes dimensiones (tamaño folio) extendidas en una mesa. Se le pidió que identificase, si es que estaba entre ellas, a la fotografía de la persona que realizó esos actos en la casa de al lado de la " DIRECCION011 " .

Esta diligencia de reconocimiento fotográfico se hizo con la particularidad de que se grabó en soporte audiovisual, y esa grabación se reprodujo en el acto del juicio oral a presencia de este tribunal, del procesado y de todas las partes.

En el curso de la diligencia el joven [[A-1]] identificó de forma indubitada la fotografía correspondiente a Víctor como la fotografía de la persona que realizó esos actos en la casa de al lado de la " DIRECCION011 " .

La grabación del reconocimiento fotográfico puede verse en la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir aproximadamente del minuto 15 y 30 segundos.

Sin perjuicio de que analizaremos la eficacia de este medio de prueba más adelante (al cual ya adelantamos que solo le otorgamos eficacia probatoria complementaria, y solo en la medida en que el reconocimiento fue expresamente ratificado por [[A-1]] en la testifical practicada como preconstituida), lo traemos ahora a mención porque, tal como se ve en la grabación del reconocimiento fotográfico, en un momento dado, el joven [[A-1]] se refiere a una de las fotografías, en concreto la fotografía que le fue mostrada con el nº 5, y rechaza que esa persona que aparece en la fotografía pueda ser el autor de los hechos, debido a que lleva "*mucha barba*".

En concreto, se ve en la grabación como coge la fotografía nº 5 y dice "*este lleva mucha barba*" (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir del minuto 21 y 58 segundos hasta 22 minutos y 15 segundos)

Pues bien, esas fotografías que le fueron exhibidas al joven aparecen unidas al atestado y en concreto obran entre los folios 29 y 35 de la presente causa.

Si observamos esas fotografías, apreciamos que ninguna de las personas que se reflejan en ellas lleva propiamente barba, menos todavía "*mucha barba*". Y sobre todo, se observa que la persona que parece en la fotografía nº 5 , que [[A-1]] dijo que no era porque llevaba "*mucha barba*", lo que presenta es a lo sumo una barba sin afeitado de tres días, no más.

Por consiguiente, es claro que [[A-1]], que padece una relevante discapacidad, no tiene una clara concepción de lo que es realmente "*llevar barba*", pues identifica esa circunstancia simplemente con presentar una barba mal afeitada o de unos días.

Esta misma conclusión fue a la que llegó la psicóloga Asunción , que presenció el reconocimiento fotográfico. Según indicó esta psicóloga en su declaración en el plenario (véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de 3 horas 15 minutos y 30 segundos), para [[A-1]] que una persona tenga "*mucha barba*" quiere decir que tiene barba "*de días*".

Pero es que además, como luego veremos al analizar la testifical de la Agente de Policía Nacional nº NUM018 , que fue la agente de policía que practicó la diligencia de reconocimiento fotográfico (ver a partir de 1 hora y 45 minutos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral y hasta 1 hora 47 minutos y 07 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral) esta testigo declaró a preguntas de la acusación particular lo siguiente: que cuando [[A-1]] describió a la persona, decía que llevaba chándal o vaqueros y que " tenía barba"; que al hacer los agentes las gestiones a lo largo de los días para identificar al autor, y al llegar a la conclusión - por los datos suministrados por [[A-1]] acerca del domicilio, de la vivienda de la CALLE001 y los demás datos- de que podía tratarse del hoy procesado, no les coincidía sin embargo lo de la barba (porque Víctor no lleva barba). Que en la diligencia de reconocimiento fotográfico, trataron de que las personas que aparecían en las fotografías que utilizaron para la diligencia fueran todas muy similares, pero había dos o tres de esas personas de las fotografías que tenían barba de dos o tres días. Y que al practicarse la diligencia, al ver una de



estas fotografías, [[A-1]] indicó de modo espontáneo y sin que nadie le preguntase, "este tiene mucha barba". Que por eso pensaron que si para [[A-1]], desde su perspectiva, una persona que presenta barba de dos o tres días "tiene mucha barba", podría ser que cuando [[A-1]] describía al autor como una persona que tenía "barba", pudiera ser que esa barba no fuera tanta, y que en realidad "podría ser una barba de un día".

En este sentido, procede volver a recordar que en su declaración en juicio oral, a preguntas de la defensa, Víctor dijo con claridad que se afeita día sí y día no. Es decir, no se afeita todos los días. Manifestó que eso es porque no tiene mucha barba. Pero no cabe duda de que resulta perfectamente posible que el hecho de que el procesado pudiera estar dos días sin afeitarse, pudo hacer que [[A-1]] se refiriese al procesado como una persona con barba, pues como hemos visto, el joven [[A-1]] no tienen una concepción clara de lo que es una persona con barba.

Sea como fuere, por todas las razones que estamos expresando, es claro que a esta mención de [[A-1]] en la entrevista relativa a que la persona que cometió los hechos con él tenía "barba", no puede otorgársele una relevancia tal como para excluir el resto de sus manifestaciones y del resto de la prueba practicada antes indicada, todo lo cual, como hemos explicado, evidencia que a quien se refería [[A-1]] en todo momento en su entrevista era una persona cuyas circunstancias coinciden plenamente con el procesado.

QUINTO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA (III): DECLARACIÓN TESTIFICAL DE [[A-1]] .- MEDIOS DE PRUEBA QUE CORROBORAN LA DECLARACIÓN TESTIFICAL DE [[A-1]]

1.- Descripción del contenido de la prueba testifical preconstituida de [[A-1]].-

Abordamos ahora la que a nuestro juicio constituye la **prueba principal de cargo** en lo que atañe a la realidad de los hechos enjuiciados.

Como ha quedado sobradamente expuesto en el fundamento de derecho primero (ver por ejemplo declaración en juicio de la Psicóloga Forense Sra. Diana), y tal como resulta del acta levantada por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción obrante al folio 191, la testifical de [[A-1]] se practicó en fecha 8 de junio de 2017 como prueba preconstituida con intervención de todas las partes, que hicieron llegar las preguntas que tuvieron oportunas y que tras declaración de pertinencia se realizaron al joven por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal como por una facilitadora, asimismo psicóloga, en los términos que la normativa vigente permite en estos casos.

La declaración fue recibida el 8 de junio de 2017, más de 2 meses después de los hechos.

Después de que el joven respondiera a estas preguntas, el instructor dio a las partes la oportunidad de hacer nuevas preguntas, facultad que declinaron. La declaración fue grabada en soporte audiovisual, consta en el procedimiento, y fue reproducida en juicio oral a presencia de este tribunal, del procesado y de todas las partes.

La grabación de este medio de prueba consta en la causa incorporada en un CD. Pero además, quedó también incorporada a la grabación del plenario durante su visionado en juicio oral. En concreto, la reproducción y visionado de la grabación de prueba testifical reconstituida de [[A-1]] puede verse en la grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 58 y 5 segundos aproximadamente.

Comienza la declaración con lo que la psicóloga que hizo llegar la entrevista al joven denominó "las normas" (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 59 aproximadamente): que debía decir la verdad, que si algo no entendía lo dijese así, que lo que no recordase lo indicase también.

Hay que recordar que el Ministerio Fiscal no formuló posiciones o preguntas para que se hiciesen al joven, pero sí lo hicieron tanto la acusación particular como la defensa, y estas preguntas fueron hechas por su orden al joven, en términos adecuados a sus limitaciones, y que previamente habían sido aprobados por el instructor (recordemos en este sentido además que, tal como ha quedado expuesto, el instructor y las partes estaban visionado la prueba mediante circuito cerrado en otra sala distinta mientras esta se desarrollaba).

Las preguntas pueden verse a partir del minuto 59 y 35 segundos aproximadamente de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral.

Se le preguntó así a [[A-1]] que pasó con Víctor .

Indicó el joven, con visible incomodidad, que lo lleva al lado del " DIRECCION011 " (hay que decir que en Logroño existe una discoteca " DIRECCION011 " sita en CALLE001) ; y preguntado si lo había visto antes, dijo que no. Dijo que siempre le daba cinco euros, que lo gastó, que se compra cromos de futbol, que le gustan mucho.

Cuando se le preguntó si sabía lo que era un video pornográfico, o un video guarro o un video en la que sale gente desnuda, movió con patente incomodidad muchas veces la cabeza en sentido negativo y dijo que no. Preguntado si le daba vergüenza hablar de estas cosas dijo que no. Preguntado si alguien le había enseñado



un video de esas características dijo que " sí, el Víctor " . Y preguntado qué veía en esos videos, dijo " las chicas esas desnudas"(ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral entre 1 hora y un minuto y una hora y un minuto y 45 segundos).

A partir de 1 hora y 3 minutos aproximadamente hasta 1 hora 3 minutos y 30 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral puede verse cómo al ser preguntado cuantas veces fue al sitio ese cercano a la " DIRECCION011 " manifiesta que "solo un sábado o un domingo, nada más", que en sábados y domingos tiene fiesta; respondió negativamente a la pregunta de si recordaba la primera vez que fue.

Manifestó que tiene problemas para ver solo con el ojo izquierdo pero que con el derecho ve bien, que puede hacer las cosas que hacen en el colegio los demás compañeros pero que dibujar no le gusta.

Se le preguntó luego si había en el piso al que lo llevaba Víctor cosas de deporte o alguna habitación con cajas y bolsas, y dijo que no había. Dijo que estuvo poco tiempo en el piso. Manifestó que nunca subió a casa donde vive Víctor .

Tal como podemos ver a partir de 1 hora 4 minutos y 50 segundos, [[A-1]] refirió que al apartamento donde lo lleva Víctor al lado de DIRECCION011 no es donde vive Víctor , que ese al lado de " DIRECCION011 " "es un piso donde no vive nadie". Manifestó que ha subido al piso al lado de " DIRECCION011 " pero no a casa donde vive Víctor . Manifestó que sus padres y él vivían "antes" en el mismo portal que Víctor , que se han cambiado de casa, que su casa anterior y la nueva "están cerca".

A partir de 1 hora cinco minutos y 50 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral [[A-1]] refirió que sabe que Víctor tiene "una hija y un hijo".

Ostensiblemente azorado según se pudo ver en la grabación, cuando se le preguntó de qué hablaban Víctor y él cuando estaban en el coche, o cuando estaban en el piso, [[A-1]] manifestó que no se acordaba (ver a partir de 1 hora y 6 minutos).

Después de hacer referencia a los amigos que tiene en el colegio en Logroño ("tengo muchos", "quedo con ellos los fines de semana", "quedo más con Virgilio que con Doroteo ") , fue preguntado por las fotografías que se le enseñaron en la Policía, a lo que el joven [[A-1]] -y esto es importante- declaró que sí, que recordaba que le enseñaron "unas fotografías, o algo así, unas fotos" y preguntado si reconoció a alguien, manifestó: " sí, a él". Cuando se le preguntó a quién, respondió " Al Víctor ese" (ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde 1 hora y 6 minutos hasta 1 hora 7 minutos y 25 segundos) .

Adelantamos ya que **esto supusola corroboración por el testigo en prueba testifical válida y contradictoria, del reconocimiento fotográfico que habría realizado en sede policial** , al cual luego nos referiremos, pues dicha diligencia de reconocimiento fotográfico fue grabada por la Policía y esa grabación fue reproducida en el acto del juicio oral y sometida a plena contradicción.

Siguiendo con el examen de la testifical de [[A-1]], a partir de 1 hora 7 minutos y 25 segundos aproximadamente, se hace muy patente las limitaciones de lenguaje que tiene [[A- 1]] tanto para recordar como para exponer las cosas por las que es preguntado, así como los problemas de memoria y de secuenciación temporal que padece según los dictámenes y declaraciones de los psicólogos a los que hemos venido haciendo referencia. Resumiendo lo más relevante de la declaración en este punto, diremos que preguntado [[A-1]] de qué conocía a Víctor dijo " es la primera vez que le vi"; pero preguntado seguidamente cuando fue esa primera vez que vio a Víctor señaló que no lo recordaba; sí dijo que sabe que Víctor vive "donde vivíamos nosotros antes"; que lo sabe porque "siempre cuando vivíamos nosotros antes, siempre que estaba...cuando estaríamos nosotros antes abajo,... .bajaría todo el rato abajo", preguntado si bajaba donde estabais vosotros (esto es, el joven [[A-1]] y sus amigos), manifestó que sí. Preguntado si les decía algo manifestó que no.

El testigo sí que refirió de modo terminante que fue Víctor el primero que se acercó a él. Añadió que "yo estuve jugando, con el balón y con los amigos" A partir de aquí el joven patentiza que "ha perdido el hilo"; así, cuando se le pregunta qué pasó cuando lo vio, dijo que ya no se acordaba; esto lleva a la facilitadora a recapitular a continuación lo que [[A- 1]] había referido hasta entonces: "tú estabas abajo, jugando, con unos compañeros, .. ¿ y en ese momento qué pasó?" y [[A-1]] no obstante dijo " ya no se".

A partir de 1 hora y 9 minutos y 30 segundos y hasta 1 hora 11 minutos y 36 segundos aproximadamente de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral , podemos ver que [[A-1]] es preguntado sobre si él se quería ir con Víctor , a lo que dijo que no. Se le preguntó si le daba algo a cambio, y contestó inmediatamente que cinco euros. Que no quería coger ese dinero. Preguntado si le decía que cogiera el dinero una o más veces, [[A-1]] refirió "creo que más veces... o una...no sé si me dijeron una o muchas veces, no se... creo que me dijeron una vez... no se...".



Preguntando entonces porqué cogió el dinero dijo " *me lo dio él... me lo dio él no sé por qué*. Preguntado donde lo guardó, contestó " *lo tenía en la billetera*". Y preguntado qué hizo con el dinero, dijo "lo gasté". Preguntado qué paso después dijo " yo... me vine a casa". Y preguntado si lo llevó alguien sitio dijo: "no...no sé". Después fue preguntado si Víctor le llegó alguna vez a un piso, a lo que [[A-1]] manifestó que "sí, al que te he dicho ya, al del " DIRECCION011 "" Indicó que conocía la discoteca " DIRECCION011 " porque es donde van "en Navidad con la profe"(al parecer una fiesta del colegio se organiza allí)

A partir de 1 hora 11 minutos y 36 segundos aproximadamente de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral hasta 1 hora 14 minutos y 45 segundos aproximadamente, se observa lo siguiente: preguntado cómo fue hasta ese piso, manifestó que " *en coche*" que el coche era " *gris*", era " *pequeño, un coche normal, como los demás, no era una furgoneta*". Que el coche lo dejó Víctor "al lado del DIRECCION013 ". Indicó que en el portal había buzones. Que había dentro un banco. Que no sabe dónde estaba el ascensor, que no lo recordaba. Que en el ascensor había que subir " *hasta el cuarto, nada más*". Que el piso al salir del ascensor está enfrente. Que el piso estaba muy oscuro, no tenía luz. Señaló que "cuando entras solo se ha visto el salón".

A partir de 1 hora 14 minutos y 45 segundos aproximadamente de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral (correspondiente a partir del minuto 32 aproximadamente de lo que es la grabación de la prueba preconstituida en sí) , comienza la parte más importante del relato que ofrece la testifical.

En resumen, podemos ver a partir aproximadamente 1 hora 14 minutos y 45 segundos hasta 1 hora 21 minutos y 4 segundos aproximadamente, lo siguiente:

Preguntado [[A-1]] si una vez en el piso le hacía algo, el testigo [[A-1]] , tras un silencio dijo " no se... no recuerdo... no se..." y quedó otra vez en silencio. Tras indicarle la facilitadora que tenía tiempo, tras otra pausa [[A-1]] dijo " *me acarició*". Se le preguntó entonces donde, y [[A-1]] manifestó con claridad " *en el pene*". La psicóloga le pidió entonces que se señalase donde , y [[A-1]] dijo " abajo", y tras un momento en el que patentizó su vergüenza de modo elocuente (silencio, brazos cruzados, mirada baja) , dijo " *me da vergüenza*" y añadió "y en el cole tampoco hablo tampoco con las profes de eso... en el cole tenemos sexualidad y todo eso, pero..."

Preguntado por la ropa de Víctor dijo que " *sé que llevaba chándal, nada más*" ; preguntado si cuando pasó lo que había contado del pene estaban sin ropa, dijo " *creo que sin ropa*" " *los dos*". Indicó que se quitaba la ropa él solo y él también. Preguntado si le enseñaba algo cuando sucedía lo del pene, dijo " *solo los videos esos , nada más*" que los videos se los ponía " *en el móvil*"; que eran esos videos que ha dicho antes. Preguntado quién fue el que se quitó la ropa, señaló que fue él . Dijo que todo " *pasó muy rápido*"; preguntado si llegó a tocarle alguna parte de su cuerpo, [[A-1]] respondió " *sí, solo el pene*". Preguntado si pasó algo con la boca, dijo que sí, y cuando se le dijo que contase lo que recordaba, [[A-1]] manifestó " *que me la chupó, me cogió así en la boca*". Y preguntado en qué boca, dijo " *en la suya*". Preguntado qué cogió, respondió otra vez " *el pene*" " *el mío*". Respondió afirmativamente a la pregunta de si su pene (*el del testigo*) estaba en su boca (*en la del procesado*). Que en la boca del testigo no pasó nada.

No fue capaz el testigo de explicar la postura en que ambos se encontraban. Señaló que después de eso no pasaba nada más que después de eso el declarante se fue a casa, que se fue andando y que no le acompañó nadie. Manifestó que no quería hacer lo que le pedía.

A continuación y a partir aproximadamente de 1 hora 21 minutos y 4 segundos aproximadamente, se le preguntó a [[A-1]] si recordaba si esto había sucedido una vez o más veces, el testigo [[A-1]] manifestó que " *solo ocurrió...los fines de semana, nada más*". Preguntado si fueron seguidos, dijo " *creo que fueron seguidos no se bien si fueron seguidos o no*". Contestó afirmativamente a la pregunta de si fue al mismo piso e indicó que fue en el mismo sitio. Que de lunes a viernes va al cole, que sábado y domingo no. Preguntado cuando fue la última vez que le pasó esto con Víctor , dijo que fue solo el sábado.

Cabe añadir que a partir d la 1 hora 23 minutos y 52 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral en adelante, puede verse que el interrogatorio sobre las posiciones formuladas por las partes que fueron declaradas pertinentes ha concluido y que el teléfono suena, es descolgado por la Psicóloga Forense Sra. Diana . Tal como declaró la Psicóloga Forense Sra. Diana en el juicio oral, según ya hemos expuesto, esa llamada de teléfono fue hecha por el juez instructor (que estaba con las partes presenciado la prueba) para indicarle que las partes ya no tenían más preguntas. Tras ello el interrogatorio concluyó.

2.- Valoración probatoria de la prueba testifical de [[A-1]].-(I) Consideraciones generales.-

Es necesario, sin duda, hacer ciertas consideraciones sobre la eficacia probatoria que puede tener la declaración testifical de la víctima, especialmente cuando se trata de delitos sexuales, y proyectadas además a la circunstancia, concurrente en este caso, de que esa víctima es una persona discapacitada y con una edad mental equivalente a un niño de 9 o de 10 años.



La **Sentencia del Tribunal Supremo 1639/2001, de 24 de septiembre** (señala que cualquier persona, incluidas las que padecen algún tipo de enfermedad o DIRECCION014 en todo o en parte, o los menores de edad, pueden declarar como testigos. Otra cosa será el valor probatorio que el tribunal sentenciador dé a su testimonio: "Se dice que la Sala de instancia no debió fundarse en la declaración de la víctima como testigo, pues se trata de un incapaz conforme a lo dispuesto en el art. 25 del Código Penal, aduciendo al respecto lo dicho en el informe pericial de los folios 57 a 59 del rollo de la Audiencia. El art. 25 del Código Penal es una norma de interpretación auténtica que nos ofrece el legislador para conocer el alcance de la expresión "incapaz" cuando es utilizada en el propio código. No dice, como parece pretender el recurrente, que quien sea incapaz a los efectos de este código "tenga que ser considerado incapaz para declarar como testigo en un proceso. Concretamente en el proceso penal no hay incapacitados para declarar como testigos (art. 410 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). **Cuando una persona menor de edad o enfermo mental comparece como testigo en un procedimiento de esta clase, las limitaciones que pueda tener en sus facultades psíquicas han de ser valoradas por el juez o tribunal correspondiente a tenor de lo que ve y oye y de las alegaciones de las partes.**"

Por consiguiente, a la hora de valorar esta testifical **debemos tener en cuenta las limitaciones derivadas de la discapacidad de [[A-1]] a la hora de relatar los hechos**; especialmente, hemos indicado que tiene severos problemas de memoria a medio y largo plazo y sobre todo, para la secuenciación de hechos. Esto a nuestro juicio es lo que en ocasiones determina que "pierda el hilo", o también, que el detalle que ofrece en esta declaración testifical es menor que la entrevista que le hicieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, que fue mucho más próxima a los hechos.

A la hora de valorar esta testifical también debemos partir de algo de sobra conocido: la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91).

También es conocido que en la mayor parte de los casos en que se perpetra un delito contra la libertad o indemnidad sexuales, esa declaración testifical de la víctima puede resultar singularmente relevante, pues este tipo de infracciones suelen cometerse en ausencia de testigos distintos de la persona que sufre el ataque; esa relevancia todavía puede ser mayor si, como sucede en este caso, el delito perpetrado consiste en un abuso sexual con penetración en los que no concurren lesiones físicas objetivables en la víctima pues no ha existido violencia, ni restos o vestigios objetivos del acusado (como veremos es el sujeto activo quien se introduce en su propia cavidad bucal el miembro viril de la víctima)

A este respecto, **la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2007** ha venido a establecer que *"nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpaado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad"*.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha venido matizando también que **lo expuesto no significa - no puede significar- que en los delitos contra la libertad sexual, y por la razón expuesta, el umbral de exigencia probatoria deba ser menor**, pues siempre y en todo caso debe concurrir prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, esto es, la culpabilidad debe ser probada más allá de toda duda razonable. En este sentido, son singularmente destacables los razonamientos de la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº490/10 de 21 de mayo de 2010**, ponente el Excmo Sr. Andrés Ibáñez, (y reiterada luego por la **Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 907/16 de 30 de noviembre de 2016**, ponente Excmo sr. Sánchez Melgar).

Es precisamente sobre la base de que la exigencia probatoria no es en absoluto menor en esta clase de delitos, sobre la que debemos interpretar la doctrina jurisprudencial que ha venido incidiendo de modo reiterado en la necesidad de que, para que la declaración de la víctima sea admisible como prueba de cargo, el tribunal debe valorar la comprobación de la concurrencia de una serie de notas o criterios, ya sobradamente conocidos:

1º) *Ausencia de incredibilidad subjetiva* derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2º) *Verosimilitud*, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio - declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso - sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 Ley de Enjuiciamiento Criminal) que en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3º) *Persistencia en la incriminación*: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione



eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SS. 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4- 96).

Al respecto de estos criterios, la **sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012** establece que " *no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan*". Por eso, el Alto Tribunal, en las Sentencias del Tribunal Supremo 653/2016, de 13 de julio y 803/2015, de 9 de diciembre, calificaba a este triple test, como orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar, viniendo a establecer que eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal", ni tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

A la validez de la declaración de la víctima como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia y al alcance del denominado " triple test" como parámetro valorativo de la misma, se refiere la magnífica - otro calificativo no cabe- **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2017** , Ponente Excmo Sr. del Moral, quien con excelente prosa y haciendo gala de vasta cultura razona así: " *Punto de partida de nuestro razonamiento ha de ser el recordatorio de la posibilidad de que una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, desactive la presunción de inocencia. En esto nos hacemos, ahora también, eco de un discurso presente en algunos precedentes jurisprudencias (por todas, STS 653/2016, de 15 de julio)*.

El clásico axioma testis unus, testis nullus ha sido erradicado por fortuna del moderno proceso penal (STS 584/2014). Ese abandono ni debe evaluarse como relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni supone una debilitación del in dubio. Es secuela y consecuencia de la inconveniencia de encorsetar la valoración probatoria en rígidos moldes legales distintos de las máximas de experiencia y reglas de la lógica.

El hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (testimonium unius non valet), considerándola insuficiente por vía de premisa; es decir, en abstracto; no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal, sino por "imperativo legal". Esta evolución histórica no es fruto de concesiones a un defensismo a ultranza o a unas ansias sociales de seguridad a las que repelería la impunidad de algunos delitos en que lo habitual es que solo contemos con un testigo directo. No es eso coartada para degradar la presunción de inocencia.

La derogación de la regla legal probatoria aludida obedece, antes bien, al encumbramiento del sistema de valoración racional de la prueba y no a un pragmatismo defensorista que obligase a excepcionar o modular principios esenciales para ahuyentar el fantasma de la impunidad de algunas formas delictivas.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta "creérselo", es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios, desechando así o sorteando las dudas objetivas que pueden ensombrecer su realidad.

En los casos de "declaración contra declaración" (es preciso apostillar que normalmente no aparecen esos supuestos de forma pura y desnuda, es decir huérfanos de todo elemento periférico), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda y convincente respecto de la credibilidad de quien acusa frente a quien proclama su inocencia; así como un cuidadoso examen -que no se hace a fondo en la sentencia- de los elementos que podrán abonar la incredibilidad del testigo de cargo (en este caso, los testigos de cargo: no son dos testigos de los hechos, sino un solo testigo para cada uno de los dos hechos; puntualización ésta que no es baladí). Cuando una condena se basa esencialmente en un único testimonio ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Así lo sostiene nuestra jurisprudencia en sintonía con muchos otros Tribunales de nuestro entorno (por todos, doctrina del BGH alemán).

No sería de recibo un discurso que fundase la necesidad de aceptar esa prueba única en un riesgo de impunidad como se insinúa en ocasiones al abordar delitos de la naturaleza del aquí enjuiciado en que habitualmente el único testigo directo es la víctima. Esto recordaría los llamados delicta excepta, y la inasumible máxima "In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado). Contra ella lanzaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de ese aserto aniquilaría las bases mismas de la presunción de inocencia como tal. Una añeja Sentencia del TS americano de



finales del siglo XIX, famosa por ser la primera que analizaba en tal sede la presunción de inocencia - caso Coffin v. United States -, evocaba un suceso de la civilización romana que es pertinente recordar como ya hacíamos en los precedentes señalados a cuya secuencia argumental ajustamos ésta. Cuando el acusador espetó al Emperador "... si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?"; se encontró con esta sensata réplica: "Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?" (STS 794/2014).

La testifical de la víctima, así pues, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima . No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

Ni lo uno, ni lo otro.

Es posible que no se confiera capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su identificación en una rueda v.gr.), pese a que ha sido persistente, cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla y no se detecta ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable una sentencia condenatoria basada esencialmente en la declaración de la víctima ayuna de elementos corroboradores de cierta calidad, fluctuante por alteraciones en las sucesivas declaraciones; y protagonizada por quien albergaba animadversión frente al acusado. Si el Tribunal analiza cada uno de esos datos y justifica por qué, pese a ellos, no subsisten dudas sobre la realidad de los hechos y su autoría, la condena será legítima constitucionalmente. Aunque no es frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor."

3.- Valoración probatoria de la prueba testifical de [[A-1]] .- (II).-Traslación de la doctrina anterior a la concreta declaración testifical de [[A-1]].-

Descendiendo al caso que nos ocupa, consideramos que la declaración en prueba preconstituída del discapaz [[A-1]] **tiene un valor probatorio trascendental.**

La proximidad temporal que todavía tenían los hechos permitió que, aunque con menos detalle del que pudo ofrecer cuando nada más suceder los hechos le entrevistaron los días 29 y 30 de marzo las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , [[A-1]] pudiera ofrecer en la testifical preconstituída, datos sustanciales y muy claros sobre la realidad de los hechos. Y ello, pese a los problemas de memoria que padece y que se derivan de su discapacidad, a los que ya hemos hecho referencia en el fundamento de derecho segundo.

La declaración testifical que prestó [[A-1]] y que se preconstituyó como prueba, en lo esencial coincide con lo que él mismo había manifestado a dichas psicólogas en la entrevista que le hicieron en marzo, y dio detalles relevantes que apuntan a la razonabilidad y credibilidad de su relato.

Su lenguaje corporal, la manera de expresarse tan acorde con la relevante discapacidad que tiene objetivada y por la que ya ha sido totalmente incapacitado pro sentencia judicial firme, unido a su espontaneidad en las respuestas, refuerzan esta conclusión.

Es relevante, por ejemplo, que advertimos en modo alguno lo que en ocasiones se viene a llamar " falsa memorias" esto es, recuerdos inducidos no vividos. No en vano, como hemos dicho, su declaración es sustancialmente coincidente con lo que manifestó a las entrevistadoras del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo poco después de suceder los hechos.

Además, resulta muy destacable una circunstancia, que pondremos de relieve en distintos momentos cuando estudiemos su declaración en detalle: [[A-1]], en sus respuestas, no "carga las tintas" en ningún momento contra el acusado, respecto del cual se muestra neutro. No enfatiza hechos, ni advertimos que exagere su relato; lo que se percibe es que manifiesta los hechos tal como los recuerda, y en los que no recuerda o tiene dudas o se muestra confuso, así lo indica también.

El lenguaje que ha utilizado [[A-1]] en su declaración hace percibir de modo claro y evidente que nos encontramos ante una persona que, pese a tener 19 años a la fecha de los hechos y 21 años hoy en día, presenta una evidente disfunción intelectual. Es, sencillamente, como escuchar hablar a un niño.

3.1. Ausencia de incredibilidad subjetiva.-

Concurre el criterio de **ausencia de incredibilidad subjetiva.**



No se ha probado en modo alguno que [[A-1]] albergase desde antes de los hechos ningún motivo de malquerencia contra el procesado, o que tuviera una animadversión previa contra [[A-1]] que pudiera hacer sospechar que pueda haberse inventado todo este relato.

A este respecto, no solo no se ha probado que previamente hubiera existido contiendas o enfrentamientos de algún tipo entre [[A-1]] y su familia y el procesado, sino que incluso está probado que el procesado ni siquiera conocía a la familia de [[A-1]] antes de estos hechos.

Ya en su declaración en sede de instrucción, Víctor declaró " *que no entiende el motivo de la denuncia. Que el chico le parece un chico tímido y no entiende por qué lo habrá hecho*".

En esta línea, en el juicio oral señaló que solo conocía *de vista* a [[A-1]] e incluso que no sabía que vivió vivía en su casa, ya que solo lo conocía de que jugaba en el patio de la urbanización. En igual sentido, por la acusación particular se preguntó en dos ocasiones distintas al procesado sobre su relación con [[A-1]] y su familia y reiteró que el encausado indicó que no conocía ni a [[A-1]] ni a su familia, y que solo le sonaba [[A-1]] de verlo jugando los sábados y los domingos jugando cerca de su casa. Incluso relató que aunque una vez escuchó una discusión procedente de la casa de [[A-1]] y llamo a la Policía Local, la familia de [[A-1]] nunca llegó a saber que fue el procesado el que llamó a la Policía. Dijo claramente que no había enemistad ni con [[A-1]] ni con su familia. (Ver por ejemplo grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 37 aproximadamente, y más tarde, ver entre 49 minutos y 55 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral aproximadamente y 50 minutos y 10 segundos)

No obstante, es cierto que Víctor manifestó en su declaración en el plenario que su esposa le dijo un día que no quería que hablase más con [[A-1]] porque miraba mal a su hija y le daba " mala espina"; y que por eso, el procesado fue a hablar con el joven y le dijo (transcribimos literalmente) : " *oye [[A-1]], ya no tengo más carreras, ya no me vas a tener que ayudar más, eh...entonces él le vi que puso mal a cara*".

El procesado a continuación dijo que esto sucedió precisamente ese mismo día en que [[A-1]] subió a su casa y le regalo la camiseta. Es decir, el día inmediato a la denuncia interpuesta. (Ver grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde 28 minutos y 57 segundos hasta 29 minutos y 53 segundos) .

Parecería así que se estaría sugiriendo por el procesado que [[A-1]] pudo denunciarlo llevado del rencor o del enfado debido a que el procesado le había dicho que ya no quería más su ayuda. Esta tesis parece ser acogida por la defensa, a la vista de las alegaciones de la abogada de dicha parte en el trámite de informe, en el que vino a sostener que [[A-1]] pudo haber denunciado al procesado quizás llevado del rencor por esta situación; e incluso llegó a decir que la denuncia pudo interponerse por dinero.

Sin embargo, la incredibilidad subjetiva no puede fundarse en meras elucubraciones. Y no hay dato cierto objetivo que avale la realidad de esa supuesta conversación entre [[A-1]] y el procesado.

No en vano, ya hemos mencionado antes que en su declaración sumarial (folios 99 y 100) , el procesado hizo curiosamente ninguna mención a esa supuesta última conversación que habría mantenido con [[A-1]], en la cual le dijo a este que " *ya no tengo más carreras, ya no me vas a tener que ayudar más*". Tampoco indicó en absoluto en aquella declaración sumarial que [[A-1]] le hubiera puesto mala cara, o que se hubiera enfadado con él debido a que el procesado le había dicho que ya no le ayudaría más.

Por el contrario, como hemos dicho, lo que declaró ante el juez instructor es: " *que no entiende el motivo de la denuncia. Que el chico le parece un chico tímido y no entiende por qué lo habrá hecho*".

De otro lado, y aunque más adelante analizaremos con detalle y en particular la testifical prestada por Rosana , pareja del procesado que depuso a propuesta de la defensa, debemos hacer ahora una referencia incidental a dicha declaración. En concreto, debemos indicar que es cierto que la Sra. Rosana declaró testificalmente que el joven [[A-1]] le daba miedo, porque [[A-1]] miraba mal a su hija, y que de hecho su hija estaba advertida de que si entraba al portal y se encontraba con [[A-1]], tenía que llamar por el interfono antes de subir a su casa.

Sin embargo, de esta situación que relató esta testigo, no hay más prueba que la manifestación de la referida pareja del encausado; no solo no consta, desde luego, que hubiera preexistido alguna vez una denuncia contra [[A-1]] por haber mantenido un comportamiento inadecuado hacia la hija del procesado, sino que ni siquiera consta que se le recriminase alguna vez de forma verbal por esas supuestas conductas; tampoco consta, por ejemplo, ningún otro testigo que, gozando de mayores garantías de imparcialidad que la pareja del procesado, hubiera podido refrendar su versión, en el sentido de que hubiera observado también en [[A-1]] algún comportamiento impropio hacia la hija del procesado y de la Sra. Virgilio . Es solo a raíz de esta denuncia cuando por primera vez sale a relucir esa supuesta conducta de [[A-1]] en relación a la hija del procesado, conducta que en todo caso solo se califica muy genéricamente de "miradas" y tampoco se especifica ni cuándo habrían sucedido, ni cuantas veces, ni dónde y en qué circunstancias. .



Finalmente, debemos decir que si, como se afirma, [[A-1]] estaba mirando inadecuadamente a su hija y estaba preocupando a Rosana hasta el punto de haber tenido que advertir a su hija de que llamase por el interfono si se encontraba con [[A-1]] en la puerta, no se entiende entonces que Rosana no hubiese comentado todo esto anteriormente a Víctor, padre de sus hijos. Y en el caso de que hubiese sido así, en esa hipótesis lo que no se entiende razonablemente es que este hubiera estado aceptado la ayuda de [[A-1]] para cargar y descargar paquetes de material deportivo o para "hacer bolsas" nada menos que "3 o 4 veces", e incluso lo había llevado "una o dos veces" hasta la vivienda de la CALLE001, la última de las cuales estuvo allí con [[A-1]] a solas durante 59 minutos, pese a conocer que [[A-1]] estaba mirando supuestamente de forma incorrecta a su hija.

Cabe concluir este inciso relativo a la testifical de Rosana, adelantando ya ahora lo que o luego analizaremos más en detalle cuando abordemos el estudio de esta declaración testifical, y es que por las razones que expondremos, consideramos que esta testigo, además de ser comprensiblemente subjetiva en favor de quien es su pareja y padre de sus hijos (de cuya vida hizo glosa laudatoria a preguntas de la defensa) ofreció también muestras verbales suficientes que evidenciaban cierto sesgo de aversión hacia [[A-1]], tal como puso en valor acertadamente el Ministerio Fiscal en su informe.

En todo caso, insistimos en que lo que el procesado dijo en su primera declaración ante el juez instructor es que no entendía el motivo de la denuncia, y en el juicio oral reiteró que no tenía enemistad hacia [[A-1]] ni a su familia (sus tíos), a los cuales dijo que ni conocía.

Pero es que, sobre todo, ya hemos explicado sobradamente en el fundamento de derecho segundo que en virtud de la profusa prueba psicológico y médica practicada, está demostrado que las limitaciones cognitivas e intelectivas de [[A-1]] determinan que este no pueda ser capaz de elaborar un plan, carece de capacidad para la planificación ni para el pensamiento abstracto.

En suma, el idear una estrategia de venganza o represalia, menos todavía tan elaborada, no está entre las limitadas capacidades de [[A-1]].

Es por lo tanto muy poco factible objetivamente que [[A-1]] pudiera haber ideado un plan para denunciar falsamente a Víctor por abuso sexual, en supuesta represalia, o por rencor o llevado de una animadversión de la cual no hay prueba.

De hecho, lo que patentizó en su declaración (y así puede verse en la grabación) es cierto comportamiento neutro y aséptico hacia el encausado, al referirse al cual jamás exteriorizó albergar ningún resentimiento, pese a que no dudamos de que, dadas las patentes limitaciones de [[A-1]], de haber sido así, se le hubiera notado o se hubiera percibido fácilmente.

Lo más negativo que dijo [[A-1]] en relación a Víctor, tuvo lugar cuando fue preguntado si quería que se le acercase, a lo que manifestó que no lo deseaba. Pero no evidenció ninguna malquerencia.

En definitiva: en la declaración de [[A-1]] concurre la ausencia de incredulidad subjetiva.

3.2.- Persistencia en la incriminación.-

En cuanto al segundo criterio -persistencia en la incriminación sin lagunas, ni ambigüedades, ni contradicciones-, ya hemos explicado que, aun lógicamente marcado por las limitaciones que se derivan de su discapacidad intelectual, [[A-1]] realizó en su declaración testifical un relato coherente, que a nuestro juicio, en relación a los hechos objeto de enjuiciamiento, es un relato suficientemente sólido e inequívoco que no ofrece lagunas reseñables en sus elementos nucleares: describe las circunstancias (Víctor le iba a buscar cuando [[A-1]] estaba jugando con sus amigos cerca de donde aquel vivía en la AVENIDA001 - lugar donde está probado que durante un tiempo estuvo viviendo el propio menor, que luego se trasladó con sus tíos a vivir unas manzanas más alejado pero en la misma calle-, le ofrecía siempre cinco euros para que se fuera con él, que le insistía y por eso [[A-1]] al final se iba con él), aporta datos periféricos muy concretos (subían a un vehículo gris, pequeño, y lo llevaba a un apartamento que está "cerca del " DIRECCION011 "), ubica los hechos en el lugar donde se producían (que ese apartamento está en el NUM013 piso porque marcaban el piso NUM013 en el ascensor), deja claro que no había nadie más que el procesado (la casa estaba vacía), y refiere, en fin, los hechos (que le enseñó videos pornográficos en el teléfono móvil, que le acarició el pene, que Víctor se quitó su pantalón, que Víctor se introdujo en su boca el pene del testigo, y que no pasó nada más, indicó además que estos hechos pasaron sábados y domingos).

Ofrece así una descripción de los hechos sin ambigüedades, ni lagunas sustanciales, ni contradicciones relevantes; esto es, ha sido emitida con la concurrencia de las exigencias (ausencia de ambigüedad, ausencia de lagunas, ausencia de contradicción) propias de este segundo criterio del denominado "triple test".



Pero es que sobre todo, *la declaración testifical prestada en la prueba preconstituida [[A-1]] es sustancialmente coincidente con lo que había manifestado previamente [[A-1]] en la entrevista que le realizaron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo.*

A este respecto, basta tomar el contenido de la declaración testifical prestada en la prueba preconstituida por [[A-1]] que hemos resumido y transcrito sustancialmente en el **parágrafo 2** de este fundamento, y **compararlo** con el contenido de lo que [[A-1]] declaró a las entrevistadoras psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena el día 29 y 30 de marzo de 2017 que hemos transcrito en el **parágrafo 3** de este fundamento de derecho, para advertir que **el núcleo de lo declarado y de los detalles aportados es el mismo, idéntico.**

A este respecto, no obstante, tenemos que hacer un inciso para recordar que, tal como hemos explicado pormenorizadamente en el fundamento de derecho segundo, está probado (en virtud de la abundante prueba psicológica practicada y de la testifical de testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 "), que debido a su discapacidad, [[A-1]] padece unos severos problemas de memoria a medio y a largo plazo así como las dificultades para secuenciar los hechos. Esto se evidencia muy claramente en el contenido de sus declaraciones, tanto en la prueba testifical preconstituida, como incluso en la entrevista, más próxima a los hechos, que en ámbito policial le hicieron las dos Psicólogas Sras. Asunción y Azucena . Por otro lado, debido al tiempo transcurrido entre la entrevista realizada por las Psicólogas Sras. Asunción y Azucena (29 y 30 de marzo de 2017, poco tiempo después de los últimos hechos) y la práctica ante el Juzgado de la testifical preconstituida (8 de junio de 2017), se advierte que en esta última el detalle que ofrece [[A-1]] es menor que en la primera. Recordemos en este sentido que la psicóloga Asunción , por ejemplo, fue muy clara en juicio oral cuando se refirió a que conforme pasa el tiempo la memoria de [[A-1]] es cada vez menos precisa, de forma que si por ejemplo se le recibiera declaración a [[A-1]] a día de hoy su testimonio sería mucho menos detallado.

Finalmente, y en todo caso, debemos citar a este respecto la **sentencia del Tribunal Supremo 2852/2011, de 10 de mayo de 2011** , que establece: *"como puede fácilmente comprenderse, resulta totalmente inevitable que al comparar las declaraciones que presta un testigo en la fase de instrucción con las que hace después en la vista oral del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar, porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando ha ya transcurrido cierto tiempo. En segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración. Y por último, también resulta obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca, modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo, alteración muy difícil de evitar en muchos supuestos, pero que acaba afectando ineluctablemente al contenido del testimonio prestado..."*

Sea como fuere, insistimos que sus manifestaciones en uno y otro caso son coincidentes en lo esencial, que no hay contradicciones sobre aspectos relevantes, y que, como hemos visto, ofrecen el suficiente detalle como para dotar de patente verosimilitud al relato que en ambos casos realiza [[A-1]].

Por ejemplo:

- Tanto en la entrevista que le hicieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , como luego en su declaración testifical preconstituida, [[A-1]] relata de la misma forma los encuentros (en la calle cuando estaba jugando), el hecho de que le daba siempre cinco euros, el hecho de que [[A-1]] no quería cogerlos, el hecho de que le insistía.
- Tanto en la entrevista que le hicieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , como luego en su declaración testifical preconstituida, [[A-1]] ofrece detalles precisos sobre el coche en que lo llevaba (gris, pequeño), y el lugar al que lo llevaba (un apartamento vacío cerca de la discoteca " DIRECCION011 ").
- Tanto en la entrevista que le hicieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , como luego en su declaración testifical preconstituida, [[A-1]] describe la misma forma los hechos de naturaleza sexual: esa persona le enseñaba videos de contenido pornográfico en su teléfono móvil, esa persona le acariciaba el pene, esa persona se bajaba el pantalón y se lo bajaba a él, esa persona se introducía el pene de [[A-1]] dentro de su boca.
- Tanto en la entrevista que le hicieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , como luego en su declaración testifical preconstituida, [[A-1]] ofrece datos que evidencian que los hechos sucedían los fines de semana y que no solo sucedieron una vez, sino varias veces (ante los sábados y luego los domingos). Es cierto que ni en la entrevista de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , ni luego en la declaración testifical preconstituida precisa cuantas veces concretamente sucedieron los hechos; pero en el fundamento



de derecho segundo ya hemos explicado suficientemente que la discapacidad de [[A-1]] le imposibilita para la cuantificación: tanto la Psicóloga Forense Sra. Diana , como la psicóloga Asunción , como la psicóloga Azucena , y en fin, la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " , manifestaron que [[A-1]] es capaz de distinguir entre "una vez" y "más veces", es capaz de distinguir entre "uno" y "varios", pero no es capaz de cuantificar (no es capaz de concretar y decir si fueron cuatro, cinco, diez, doce veces) .

- Es muy relevante que tanto en la entrevista que le hicieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , como luego en la declaración preconstituida, describe los hechos de la misma manera. Lo que sucedió es que el encausado le enseñó videos pornográficos en el móvil, le acarició el pene, se introdujo el pene de [[A-1]] en su boca. Pero en ambos casos, cuando fue preguntado si sucedió algo más, dijo que no, que nada más. Incluso en la entrevista de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , preguntado acerca de si con su boca (la del propio [[A-1]]) sucedió algo, contestó tajantemente que no. Esto enlaza con algo a lo que hemos hecho ya referencia en el apartado relativo a la ausencia de incredulidad subjetiva, y es que [[A-1]] en ninguna de las dos declaraciones "carga las tintas" sino que su relato se ciñe a los hechos que en todo momento dice que sucedieron, los cuales además relata con neutralidad, sin referirse al encausado con sentimientos de rabia, o especial animadversión.

Por todo lo expuesto concluimos que sí concurre el elemento de persistencia en la incriminación.

3.3.- Verosimilitud y corroboración por elementos periféricos de carácter objetivo.-

a) Introducción.-

Hay que partir de que en el caso que enjuiciamos concurren dos circunstancias objetivas que debemos resaltar:

- Los hechos se produjeron cuándo el procesado y [[A-1]] se hallaban dentro de un lugar (la vivienda vacía de la CALLE001) en el cual no podían ser vistos por terceros. De ello se aseguró el presunto autor al trasladar a esa vivienda a [[A-1]]. No hay por lo tanto testigos directos. Salvo [[A-1]], nadie vio lo sucedido. Esto es por otra parte usual en esta clase de delitos sexuales, en el que el sujeto activo trata de asegurarse intimidad y por ende impunidad.

- El hecho objeto de acusación consiste en abuso sexual con penetración pero en el cual es la víctima la que es sometida sin su consentimiento o con su consentimiento viciado por su discapacidad, a soportar la introducción de su órgano sexual en la boca del sujeto activo. No consta eyaculación ni restos biológicos. No hubo violencia, no consta que hubiera secreción de fluidos ni otros vestigios objetivables. El joven [[A-1]] nada dice de esto en su declaración. Los primeros indicios de los hechos se detectaron por los tíos de [[A-1]] al día siguiente de la última vez que [[A-1]] estuvo en la vivienda de la CALLE001 con el procesado, cuando hallaron en su bolsillo cinco euros y le pidieron explicaciones (luego abordaremos esta cuestión al examinar la testifical de los tíos del joven). Por lo tanto, no fue posible la recogida de vestigios inmediata a los hechos.

En esas circunstancias, lo lógico sería pensar, "*prima facie*" que la concurrencia de corroboraciones periféricas no sería abundante.

Sin embargo, en este caso, lo es.

Vamos a reseñar a continuación los medios de prueba que ofrecen en mayor o menor medida corroboración periférica de la verosimilitud de la declaración de [[A-1]].

Todos ellos gozan de trascendencia: no obstante, consideramos que entre los mismos, hay algunos que presentan mayor importancia: por ejemplo, la testifical de la Agente de Policía Nacional nº NUM018 , la testifical de la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " , el contenido de las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 , y la diligencia grabada y reproducida en juicio de reconocimiento fotográfico, que el propio [[A-1]] ratificó luego en la prueba preconstituida.

Pero en particular, a **los dos primeros elementos de prueba que vamos seguidamente a designar, por su significación, les daremos después un tratamiento más amplio, dedicando a cada uno de ellos un fundamento de derecho específicos, sin perjuicio de que en este momento los mencionemos** dentro de la relación de los distintos elementos que ofrecen datos de corroboración periférica de la declaración de [[A-1]].

b) Elementos probatorios que refrendan la verosimilitud de lo declarado por [[A-1]]

Son los siguientes:



1.- *Declaraciones espontáneas que Víctor realizó a las Agentes de la Policía Nacional nº NUM017 y núm. NUM016 después de que procedieran a su detención y de que le explicaran las razones de la misma y le hubieran leído sus derechos.*

Como hemos adelantado, estudiaremos este medio de prueba específicamente en fundamento de derecho a parte.

Por ahora basta decir que está probado que las agentes de la Policía Nacional nº NUM017 y núm. NUM016 , junto con el agente de Policía Nacional nº NUM015 , procedieron a detener a [[A-1]] .

Las dos primeras Agentes de la Policía Nacional depusieron en la de la Primera Sesión del juicio oral.

La declaración de la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 puede verse a partir de las 2 horas 4 minutos y 38 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral.

La declaración de la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 puede verse a partir de las 2 horas 11 minutos y 45 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral.

Por su parte, el agente de Policía Nacional nº NUM015 testificó en la tercera sesión del plenario, pudiéndose ver la declaración de este último justo al inicio de la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral .

En síntesis, los tres agentes refirieron unánimemente que ellos detuvieron a Víctor junto a su casa, y que le informaron claramente que estaba detenido por un presunto delito de abuso sexual perpetrado contra [[A-1]] . Los tres declararon unánimemente que a continuación informaron a Víctor de sus derechos y que lo trasladaron a Comisaría. La Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 coincidieron en manifestar en sus respectivas declaraciones en juicio, que una vez ya en comisaría, le volvieron a informar de las razones de su detención y que cuando estaban preparando para que la firmase el acta de información de derechos - de los que ya había sido informado verbalmente en el momento en que fue detenido- , el procesado Víctor , de modo espontáneo, le manifestó " no sé por qué es un delito, si fue de manera voluntaria y consentida."

A nuestro juicio, estas manifestaciones espontáneas que hizo Víctor , después de haber sido informado de sus derechos y de que estaba siendo detenido por un presunto delito de abuso sexual contra [[A-1]], constituye un elemento probatorio esencial que advierte y corrobora de forma eficaz la declaración de [[A-1]] en el sentido de que Víctor mantuvo con él relaciones sexuales en la vivienda de la CALLE001 a la que lo llevó, y donde estuvo con él el día 25 de marzo durante nada menos que 59 minutos. .

2.- *Informe pericial psicológico de credibilidad del testimonio de [[A-1]] emitido por la Psicóloga Forense Sra. Diana y por el médico forense Dr. Melchor , y declaraciones de ambos peritos en juicio oral acerca de dicho informe.*

Como también hemos dejado indicado, examinaremos más tarde en profundidad en fundamentos de derecho a parte este medio de prueba.

En ese momento solo adelantaremos algunas pinceladas.

Vaya por delante que este dictamen no supe, en absoluto, sino que solo complementan, la percepción directa y la valoración que esta Sala llevó a cabo al visionar de primera mano duran el juicio oral la grabación de la declaración de [[A-1]] en prueba testifical preconstituida y también la grabación de la entrevista que previamente le habían hecho las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena .

Evidentemente, es a esta Sala a quien incumbe en exclusiva juzgar sobre la credibilidad del testimonio de [[A-1]], y por ello, su percepción y valoración no puede ser sustituida por el parecer de unos peritos, por muy fundado en ciencia que este se halle.

No obstante, y dicho lo anterior, eso no significa que este dictamen científico sobre credibilidad del testimonio carezca de valor. Al contrario, es claro que un dictamen pericial psicológico sobre credibilidad del testimonio es un elemento que puede coadyuvar en el sentido de que ofrece una perspectiva científica que se proyecta sobre dicho testimonio, y puede ofrecer datos fundados que justifiquen el otorgamiento de esa credibilidad

En este sentido, baste adelantar por ahora que el dictamen elaborado por la Psicóloga Forense Sra. Diana (folios 215-221 de la causa) y ratificado por el médico forense Dr. Melchor (folio 286), que fue además expuesto y explicado en el plenario por ambos profesionales y sometido a contradicción, pues sus autores respondieron a las preguntas de todas las partes con plena solvencia, nos ofrece plena confianza probatoria.

Aplicando la técnica del SVA (cuyas características luego expondremos siquiera de modo somero y que los peritos estimaron que se puede aplicar a discapaces como [[A-1]]) , y dando además respuesta a cuantas cuestiones fueron planteadas pro las partes, los peritos concluyeron de un modo rotundo que lo relatado por



[[A-1]] era creíble; consideraron en resumen que la entrevista realizada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena fue correctamente realizada (que no había preguntas inductivas ni sugestivas, que de hecho no eliminaron en su examen ninguna pregunta), que no detectaron signos de manipulación, que al ser el relato de [[A-1]] desestructurado era más creíble (explicaron que si un relato ha sido aprendido, suele ser más sistemático), que presentaba profusión de detalles.

Esto desde luego constituye un elemento más que apunta sólidamente a la verosimilitud de lo declarado por [[A-1]].

3.- La propia declaración del procesado Víctor .

Este medio de prueba ya ha sido examinado en el fundamento de derecho TERCERO de esta resolución. Es cierto que Víctor niega tajantemente los hechos que son objeto de acusación, y sostiene que jamás mantuvo relaciones de tipo sexual con [[A-1]] y no solo eso, sino que señala que nunca advirtió su discapacidad, y que tan solo le pareció un chico tímido y algo ingenuo. Sin embargo, en la declaración de Víctor refirió aspectos que corroboran periféricamente muchos de los datos aportados por [[A-1]] y que conducen concluir que la persona a la que se refería [[A-1]] en su declaración, y que mantuvo con él varios fines de semana relaciones sexuales, era Víctor .

Así por ejemplo:

a) Víctor reconoció que veía a [[A-1]] cuando estaba jugando en los alrededores de su casa, tal como describió el propio [[A-1]]., quien dijo que esta persona siempre le buscaba los fines de semana cuando estaba jugando con sus amigos.

b) Víctor reconoció que estuvo con [[A-1]] tres o cuatro veces. Sostuvo que era [[A-1]] quien le buscaba para ofrecerle su ayuda, y en esto discrepa de [[A-1]] quien declaró que siempre era Víctor quien le buscaba a él; pero lo relevante es que esta manifestación de Víctor supone un reconocimiento patente de que interactuó con [[A-1]] por lo menos " tres o cuatro veces": esto debemos ligarlo a la manifestación unánime de todos los psicólogos que hemos examinado en el parágrafo 7 del fundamento de derecho SEGUNDO de la presente sentencia, relativa a que el grado de discapacidad de [[A-1]] es tal que con una mínima interacción con él, cualquier persona media percibe cabalmente que [[A-1]] presenta discapacidad intelectual.

c) Víctor reconoce que llevó a [[A-1]] en su coche, y que su coche es de color gris y pequeño. Es decir, tal como [[A-1]] describió.

d) Víctor reconoce que llevó a [[A-1]] a la casa de su madre, sita en la CALLE001 nº NUM014 de Logroño. Es un hecho no discutido que la discoteca " DIRECCION011 " de Logroño está, precisamente, en la CALLE001 . Y recordemos que [[A-1]] situó el apartamento al que le llevaba en coche Víctor " al lado de la " DIRECCION011 ". También había declarado [[A-1]] que esa casa estaba vacía, y el procesado reconoció que efectivamente en esa casa no vivía nadie, aunque sí dijo que además de él, tiene llaves de dicha casa su madre, su hermana y su sobrina.

e) Víctor manifestó en juicio que tenía entonces un teléfono SONY XPERIA - U. También Rosana , pareja del procesado, corroboró esto mismo. Ya hemos explicado anteriormente que este teléfono, si bien antiguo y bastante elemental, es un teléfono de tipo " smartphone", apto por lo tanto para emitir videos y para mandar y recibir mensajes multimedia a través de aplicaciones como, por ejemplo, Whatsapp. Por consiguiente, y pese a los esfuerzos de la defensa, no puede decirse que la clase de teléfono que poseía el procesado desvirtúe la afirmación de [[A-1]] relativa a que este le enseñaba videos pornográficos en el teléfono móvil, pues esto es perfectamente posible con un teléfono SONY XPERIA - U. Por otra parte, ya hemos explicado que la médico Dra. Marí Trini , que examinó médicamente la discapacidad visual de [[A- 1]], manifestó en juicio que era factible que una persona que padeciera la limitación visual o de visión que padece [[A-1]], pudiera ser capaz de ver lo que había en una pantalla de teléfono móvil, dada la distancia en que normalmente se mira la pantalla en este tipo de aparatos.

4.- Declaración testifical de los tíos de [[A-1]] .-

Ambos testigos declararon al inicio de la Segunda Sesión del juicio oral.

A los efectos que estamos indicando, debemos decir que ambos testigos corroboraron puntos de la declaración de [[A-1]].

En sustancia manifestaron que el día 26 de marzo por la noche, entre la ropa de [[A-1]] encontraron en uno de los bolsillos un billete de cinco euros. Además, ambos testigos se refirieron al momento en que pidieron explicaciones a [[A-1]], señalando ambos que este, finalmente, solo les dijo que le había dado el billete de cinco euros un hombre, pero no quiso decirles nada más; y que fue por eso por lo que pusieron los hechos en



conocimiento del al colegio de educación especial " DIRECCION009 ", en el que entonces estaba matriculado [[A-1]].

También ambos testigos refirieron que [[A-1]] nunca volvió a su casa llevando un balón o una camiseta que alguien le hubiera dado; en particular la [[tía de A-1]] 1]] fue tajante en este punto, siendo su testimonio relevante, pues es ella la que se encarga en su casa del cuidado y lavado de la ropa.

En concreto lo que sustancialmente declararon estos dos testigos fue lo siguiente:

a) *Testifical del tío de A-1, que es además su tutor legal.-*

Su declaración puede verse en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir del minuto 4 y 05 segundos aproximadamente. Manifestó que es tutor de [[A-1]] desde pequeño; que [[A-1]] no maneja habitualmente dinero, que le encontraron dinero a [[A-1]] y al principio no quería decirles donde lo había sacado, que entonces le dijeron que estaba castigado y que no le dejarían ir al colegio (pues a [[A-1]] le gusta mucho ir al colegio, según dijo el testigo); que fue entonces cuando le dijo que un hombre le había dado el dinero pero que no quiso decirle nada más. A preguntas de la acusación particular refirió que [[A-1]] estaba escolarizado en el Colegio de educación especial " DIRECCION009 " de Logroño, y que actualmente está en DIRECCION010 al cumplir 21 años. El testigo indicó que para [[A-1]], cinco euros es mucho dinero; que le encontraron un billete de cinco euros; que normalmente le dan en casa como mucho dos euros, y que con eso [[A-1]] normalmente se compra "chuches"; que cuando [[A-1]] les contó que ese billete se lo había dado un hombre, llamó a la trabajadora social del colegio, y le contó que "está pasando algo extraño con [[A-1]], porque lleva más dinero que el habitual".

Que en el colegio les habían advertido que si veían algo extraño, debían avisar al colegio y que eso es lo que ellos hicieron. El testigo refirió que no conocía a Víctor . Indicó que la ropa de [[A-1]] la controla su esposa. Que [[A-1]] nunca ha venido nunca a su casa con un balón o una camiseta.

A preguntas de la defensa, manifestó que [[A-1]] solía estar en el barrio con sus amigos y no desaparecía del barrio sin avisar. Indicó que es cierto que [[A-1]] colecciona cromos de fútbol (lo cual corrobora lo que [[A-1]] le dijo a la entrevistadora, en el sentido de que con los cinco euros que le daba el procesado se solía comprar estos cromos) pero indicó que no sabe ponerlos en orden, que puede tener cinco o seis cromos del mismo (esto es, idénticos).

Señaló que [[A-1]] no ha salido con chicas (lo cual advera la impresión tanto de la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", como de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , como de la propia Psicóloga Forense Sra. Diana , relativo a que el conocimiento sexual de [[A-1]] era básico).

b) *Testifical de la [[tía de A-1]].-*

Esta testifical puede verse a partir de los 23 minutos y 20 segundos aproximadamente de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral. Pese a la emoción que en distintos momentos la afectaron al tener que contestar las preguntas, fue suficientemente clara en su declaración.

La testigo manifestó que normalmente [[A-1]] no maneja dinero. Notaron que [[A-1]] tenía cinco euros. que él no quiso decirles de dónde lo había sacado. Notaron que estaba más triste y serio, que llegaba tarde a casa, que le preguntaban porque llegaba tarde a casa y decía "déjame". Señaló que llegó más tarde los sábados y domingos, y que eso sucedió tres veces. Notó que no tenía ganas de comer, y que se iba a su habitación. Que se fueron a hablar con la educadora. Que no quiso decirles nada a ellos.

En concreto, la acusación particular le preguntó acerca del día 26 de marzo, y acerca de qué es lo que notaron. La testigo manifestó que [[A-1]] llegó a casa, que la testigo le dijo que se fuera a duchar (aclaró que a [[A-1]] antes lo duchaba su marido pero ahora se ducha solo), que entonces [[A-1]] dejó su ropa en el suelo; que [[A-1]] siempre tiene en su bolsillo cromos de fútbol; que la declarante metió la mano en un bolsillo de la ropa sucia de [[A-1]], y sacó los cromos, pero también vio que había un *billete de cinco euros*; que le pidió entonces explicaciones a [[A-1]] sobre la procedencia del dinero, pero que [[A-1]] no quería decirle nada. Que entonces su marido le dijo a [[A-1]] que como no le dijera de dónde había sacado el dinero no iría al colegio; que finalmente el joven les dijo que era un hombre; al preguntarle qué hombre le había dado el dinero, solo contestaba que "un hombre", y no quería decir nada más, aunque sí dijo que sabía dónde vivía ese hombre. Que por eso llamaron al colegio el lunes. Que a su marido y a ella nunca les contó nada.

Indicó la testigo [[tío de A-1]] que no conoce al procesado Víctor .

Refirió rotundamente que [[A-1]] nunca había ido a casa llevando balones o camisetas.

A preguntas de la defensa manifestó que [[A-1]] hace colección de cromos. Manifestó también algo que también había declarado su esposo y es que [[A-1]] no ha ido con chicas y manifestó que nunca ha hablado



de sexo con [[A-1]] (de nuevo, esto refrenda el conocimiento sexual básico que tiene [[A-1]] al que se refirieron las psicólogas, según hemos ya visto) . A preguntas de la defensa hizo también referencia a que las veces que notaron que [[A-1]] tardaba, -e indicó que esto sucedió durante unas dos semanas-, el joven no quería decirles donde había estado. Señaló también que normalmente [[A-1]] cuando salía, estaba en la plaza, que ellos también solían estar allí, que sabían que estaba allí; que esas dos semanas en que notaron su falta estaba pro allí un ratito pero que luego faltaba.

De nuevo esto es coherente con la declaración testifical de [[A-1]]. Recordemos que [[A-1]] afirmó que el procesado lo buscaba precisamente cuando estaba por allí (en la AVENIDA001 , donde procesado y [[A-1]] residen) jugando con sus amigos y que le daba cinco euros y de ahí se lo llevaba en coche a la vivienda de la CALLE001 . Si tal fue lo que sucedió, es perfectamente factible que, como dijo la [[tía de A-1]], el joven [[A-1]] estuviera un tiempo en esa plaza junto a la casa de [[A-1]], y poco tiempo después la testigo tía de [[A-1]] notase su falta, y ello precisamente porque se había ido con el procesado.

Finalmente la testigo tía de [[A-1]] volvió a insistir en que [[A-1]] no controla el dinero.

c) *Conclusión: valoración de la testifical de los tíos de [[A-1]].-*

En primer lugar debemos decir que la testifical de ambos goza de ausencia de incredulidad subjetiva, pues no solo ambos sostuvieron que no conocían de antes a Víctor , sino que, como hemos visto, el propio Víctor dijo no conocer a estas personas y que no existía ningún tipo de enemistad previa. No existe por lo tanto ninguna razón objetiva probada que permita hacer sospechar que los tíos del joven declararon de la forma en que lo hicieron llevados de algún ánimo espurio.

En segundo lugar, su testifical engarza perfectamente con lo que, como veremos, declaró la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", en el sentido de que tanto esta última testigo como luego también las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena manifestaron que los tíos de [[A-1]] acudieron al colegio de educación especial de [[A-1]] debido a que estaban preocupados porque le habían encontrado a [[A-1]] un billete de 5 euros, y este solo les había dicho que se lo había dado un hombre, sin quererles decir nada más.

Finalmente, esta testifical advera, como hemos venido indicando ya, la declaración de [[A-1]] en diversos puntos. Por ejemplo, lo expuesto por ambos testigos corrobora por un lado la declaración de [[A-1]] en el sentido de que ambos mencionaron que lo que le encontraron a [[A-1]] fue dinero, en concreto cinco euros, que es precisamente la suma que [[A-1]] siempre dijo que le entregaba Víctor .

Por otro lado, desvirtúa la aseveración de Víctor relativa a que lo que le entregó a [[A-1]] fue una camiseta, o un llavero o un cinturón, pues resulta que ninguno de esto dos testigos vio a [[A-1]] nunca con estos objetos, ni los encontraron entre su ropa, a diferencia del billete de cinco euros, que sí hallaron.

Finalmente, el hecho de que ninguno de los dos tíos de [[A-1]] hubiera hablado nunca de sexo con [[A-1]], unido a que este tiene una edad mental de 9 o diez años, refrenda lo expuesto por las psicólogas que depusieron en el plenario y por la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", relativo a que el conocimiento sexual que tiene [[A-1]] es " básico".

5.- Declaración de testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 "-.

Ya nos hemos referido al testimonio prestado por la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ", en la parte del mismo referida a lo que conocía como orientadora y educadora del joven durante los muchos años que este estuvo en el colegio, tiempo durante el cual tuvo trato diario con él.

Ahora vamos a abordar otra parte de su testimonio, como es la parte en la que se refiere a lo que sucedió después de que los tíos de [[A-1]] acudieran al colegio " DIRECCION009 " contando que le habían encontrado 5 euros a su sobrino y que este les dijo que se los había dado un hombre.

Puede verse su declaración a partir del minuto 40 y 40 segundos de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral.

Esta testigo corroboró en juicio oral que efectivamente los tíos del menor llamaron al colegio, al día siguiente mantuvo una entrevista con [[A-1]].

Debemos advertir ya que en cuanto a la entrevista que este testigo con [[A-1]], es evidente que esta testifical es una testifical de referencia, en cuanto que la testigo relata lo que [[A-1]] le contó a ella.

En cuanto a la valoración de los testimonios de referencia , es doctrina del Tribunal Supremo (por ejemplo, en la antes citada **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 152/2018, de 02 de abril de 2018**), que " *la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba*



de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-. En igual sentido, por ejemplo, podemos citar la **Sentencia del Tribunal Supremo 1.322/2009, de 30 de diciembre** y la **Sentencia del Tribunal Supremo núm 1010/2012, de 21 de diciembre**.

Pero es que además, el Tribunal Supremo ha señalado que la información que puede suministrar un testigo de referencia puede servir a los efectos de aportar indicios susceptibles de permitir inferir la realidad del hecho de modo concluyente. Esto es, pueden ser valorados como indicios susceptibles de integrar, junto con otros, prueba indirecta o de presunciones. Así lo ha establecido la precitada **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 152/2018, de 02 de abril de 2018**, cuando razona de la siguiente manera: "*Ahora bien, en muchas ocasiones los datos informativos que suministra la percepción directa por parte de los testigos de referencia, de cuantas circunstancias concurrentes que pueden permitir construir una sólida cadena de indicios que arroje como inferencia el hecho punible con una altísima tasa de conclusividad. En efecto una cuestión es la prueba referencial sobre el hecho punible, carente de virtualidad acreditativa cuando no se dan los presupuestos constitucionales para su aprovechamiento -imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal-, y otra muy diferente es la prueba indirecta que permite la construcción de inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas, sin necesidad de acudir a la fuente de referencia. Solución que fue recogida en la STS. 12.7.2007, en la que de forma clara se identifica el espacio de operatividad reconstructiva de la prueba indirecta respecto a la prueba referencial.*"

Desde toda esta perspectiva, es claro que a los efectos que contemplamos la declaración de testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " sobre lo que el joven [[A-1]] le relató aquel día, puede ser tenida en cuenta a los solos y exclusivos efectos, a todas luces complementarios, de servir elemento de corroboración periférica de lo que [[A-1]] ha declarado testificalmente en la prueba testifical preconstituida.

Ello es así porque, como vamos a ver, lo que la testigo Natividad relató en juicio oral que le contó el menor en aquella ocasión, coincide con lo que este manifestó en la declaración testifical preconstituida.

Así, tal como se puede ver a partir del minuto 40 y 40 segundos de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, esta Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " manifestó en sustancia que cuando los tíos de [[A-1]] contaron en el colegio lo que les había dicho [[A-1]], el joven [[A-1]] solicitó hablar con ella, y que así lo hizo el 28 de marzo; que mantuvo una entrevista con [[A-1]] y que este le dijo que cuando jugaba con los amigos un señor le dio 5 euros; que pese a quedarse callado y mostrarse introvertido, acabó contándole que esa persona "*me enseña cosas que nosotros no podemos ver*", aclarando luego que le enseñaba videos pornográficos con el móvil; que le llevaba a un apartamento donde está la " DIRECCION011 "; que le acariciaba y al preguntarle la orientadora donde, se señaló la zona genital. La testigo manifestó que en ese momento dio inmediatamente por terminada la entrevista con el fin de no contaminar el testimonio, y "activó el protocolo", dando aviso al Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, del que son integrantes las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena. Como ya hemos visto, precisamente las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, entrevistaron a raíz de esto al joven los dos días siguientes, 29 y 30 de marzo, de la forma que ya hemos reflejado en esta resolución, grabando dicha entrevista, que fue reproducida en juicio oral.

Todo este relato de la testigo Natividad, es, desde luego, un testimonio de referencia, en cuanto que describe lo que el joven [[A-1]] le contó a ella. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en la medida en que advierte y corrobora lo que el propio [[A-1]] relató de primera mano en la prueba testifical preconstituida.

6.- *Declaración en el plenario de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, pertenecientes a la Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo.-*

Ya hemos abordado estos testimonios en el fundamento de derecho segundo, a la hora de analizar el alcance de la discapacidad de [[A-1]].

No obstante, debemos retomar brevemente estas declaraciones prestadas en el juicio oral, pues estas profesionales también explicaron a la Sala cómo se puso en contacto con ellas el Colegio de educación especial " DIRECCION009 " de Logroño, corroborando en este punto lo que antes había declarado la testigo Natividad, Orientadora de dicho Colegio. Efectivamente, tal como resulta del informe que emitieron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena del Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo obrante a los folios 54 y ss de la causa, (ver en concreto folio 55) y tal como estas psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena manifestaron en juicio, el caso les fue derivado a estas psicólogas por la



Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " Sra. Natividad , tal como este declaró, y en los mismo términos que esta expuso.

En cuanto a lo que declararon estas dos psicólogas en la segunda sesión del juicio oral acerca de la entrevista que realizaron, debemos decir que se ajusta totalmente a lo que esta Sala pudo apreciar al visionar y escuchar en el plenario la grabación de dicha entrevista, cuyo contenido ya hemos dejado sintetizado en el parágrafo 3 de este mismo fundamento de derecho, al cual nos remitimos.

7.- *Testifical de los Agentes de la Policía Nacional nº NUM018 y NUM019 (instructor del atestado)*

La declaración de estos Agentes de la Policía Nacional (especialmente, la prestada por el Agente de Policía Nacional nº NUM018) es especialmente relevante por cuanto que adviera lo acontecido desde que los tíos de [[A-1]] llegan a Comisaría poner la denuncia y relata cómo se llegó por la Policía a la determinación de que el autor de los hechos podía ser el hoy procesado Víctor .

a) *Testifical de Agente de Policía Nacional nº NUM018 .-*

Esta testimonial puede verse en la grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 36 minutos y 5 segundos.

Esta testimonial fue sumamente sólida, y ofreció numerosos detalles acerca de la investigación que llevó a la identificación de Víctor , datos que fueron comprobados y que coincidían con lo que [[A-1]] había relatado.

Esta testimonial es además es relevante debido a que esta agente fue, en concreto, quien estuvo presente en el momento de la denuncia, realizó las pesquisas que llevaron a la identificación de Víctor , y además, fue la agente que practicó y estuvo presente en el reconocimiento fotográfico, al que luego haremos referencia.

La agente manifestó estar adscrito a la Unidad de Familia Y Mujer de la Policía (UFAM).

Describió que [[A-1]] vino a Comisaría acompañado de sus tíos, de una psicóloga y con varios informes. Dijo que vio a [[A-1]] , que se entrevistaron en una salita de espera de comisaría, y que cuando los tíos y la psicóloga le enseñaron los informes , decidieron que [[A-1]] no pasara para que se le recibiera declaración en ese momento, porque era lo más adecuado. Señaló que ese es el protocolo para evitar la contaminación del testigo.

Luego explicó cómo llegaron a la identificación de Víctor . Señaló al respecto que [[A-1]] dio detalles; que en concreto daba el detalle del domicilio de esa persona, respecto del cual ofreció datos (por ejemplo decía que un amigo suyo- Virgilio - vivía allí y que él mismo vivió en esa casa pero ahora ya no); que unieron estos datos al dato ofrecido por la tía de [[A-1]] , la cual les había dicho que habían vivido en el nº NUM012 de la AVENIDA001 durante seis años.

Que el joven [[A-1]] también hizo referencia a un piso al lado del " DIRECCION011 " , y que aparcaban el coche al lado de un " DIRECCION013 ". La policía identificó que, efectivamente, a lado de " DIRECCION011 " hay un establecimiento " DIRECCION013 " , que está en la GLORIETA000 . Y que haciendo gestiones, con la descripción que dio del portal que fue muy exacta, vieron que el portal de al lado del " DIRECCION011 " coincidía con la descripción que había dado [[A-1]] (banco, buzones...). Que al llegar al portal vieron que había cámaras. Que como el joven [[A- 1]] había dicho en la entrevista que le daba en el ascensor al botón NUM013 , subieron al NUM013 piso. Y que en el cuarto piso, la única puerta que había a la NUM020 , había una placa en la puerta, que ponía " Víctor ".

Manifestó que tras ello solicitaron las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 . Indicó que como [[A-1]] había hablado de que los hechos sucedieron sábados y domingos, se solicitaron las grabaciones de los fines de semana más recientes. Que ella no visionó las cámaras del portal.

Declaró que en la entrevista, [[A-1]] había dicho que había plantas en el portal, y que eso les chocaba, porque en el portal no había plantas. Pero que, sin embargo, al visionar la grabación, advirtieron que cuando entra [[A-1]] una persona llevaba una caja con plantas de jardinería, unos " tiestos chiquitines con plantitas".

En cuanto al reconocimiento fotográfico, declaró que ella fue la única agente estuvo con [[A-1]] en esa diligencia, que se le pusieron ocho fotografías grandes en color, que utilizaron fotografías grandes debido a la discapacidad visual del joven, y que [[A-1]] no tuvo ninguna duda al reconocer a Víctor .

A partir de 1 hora y 45 minutos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral y hasta 1 hora 47 minutos y 07 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral, tiene lugar una parte de la declaración de esta testigo que es muy relevante, y a la que ya nos hemos referido a la hora de evaluar la prueba de la entrevista que le hicieron a [[A- 1]] las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena . En concreto, la acusación particular preguntó a la testigo Agente de Policía Nacional nº NUM018 sobre si fue esta agente quien hizo constar que en un momento dado del reconocimiento fotográfico, cuando [[A-1]] dijo que una de las personas reflejadas en una



de las fotografías llevaba " mucha barba", era en realidad una barba de dos o tres días, la testigo respondió que sí; y preguntada por qué se hizo constar esto, vino a indicar que cuando [[A-1]] describió a la persona, siempre decía que llevaba chándal o vaqueros y que " tenía barba"; que al hacer los agentes las gestiones a lo largo de los días para identificar al autor, y al llegar a la conclusión - por el domicilio, por la vivienda de la CALLE001 y los demás datos que había suministrado [[A-1]] - de que podía ser Víctor , no les coincidía sin embargo lo de la barba (porque Víctor no lleva barba. La agente dijo de modo elocuente que pensaron por eso que "el tema de la barba nos echa para atrás"). Que trataron de que las personas que aparecían en las fotografías que utilizaron para la diligencia de reconocimiento fotográfico fueran todas muy similares , pero había dos o tres de esas penosas de las fotografías que tenían barba de dos o tres días. Y que al practicarse la diligencia, al ver una de estas fotografías, [[A-1]] indicó de modo espontáneo y sin que nadie le preguntase , " este tiene mucha barba". Que por eso pensaron que si para [[A-1]], desde su perspectiva, una persona que presenta barba de dos o tres días "tiene mucha barba", podría ser que cuando [[A-1]] describía al autor como una persona que tenía " barba" , pudiera ser que esa barba no fuera tanta, y que en realidad " podría ser una barba de un día".

A preguntas de la defensa indicó que mostraron todas las fotografías " de golpe" (es decir, todas a la vez), que le mostraron todas las fotografías, que la visión de él no fue de una en una, que las fotografías las tenía todas delante y él las iba cogiendo una por una.

Que en cuanto a las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 , indicó que creía recordar que se solicitaron grabaciones de tres días, que " no querían ir muy atrás en el tiempo".

b) *Testifical del Agente de la Policía Nacional NUM019 (instructor del atestado).*-

Su declaración puede verse en la grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 25 minutos y 50 segundos aproximadamente.

El agente fue el instructor del atestado, el cual ratificó y manifestó estar adscrito a la Unidad de Familia Y Mujer de la Policía (UFAM). Aunque fue el instructor y coordinó por lo tanto la investigación, su testimonio resulta menos relevante en la medida en que no fue él quien recibió declaración a los tíos de [[A-1]] ni recibió la denuncia, y no fue él quien realizó las indagaciones que condujeron a la identificación de Víctor , tampoco participó en la diligencia de reconocimiento fotográfico ni en el visionado de las grabaciones de seguridad ni en la inspección del piso de la CALLE001 , y finalmente, tampoco realizó la detención de Víctor .

Manifestó no obstante algunos datos relevantes: aunque como hemos dicho, el agente señaló que no estaba en ese momento en Comisaría cuando llegaron los tíos de [[A-1]] con este para poner la denuncia, y que quienes les atendieron fueron dos compañeras suyas de la UFAM, sí que refirió, por ejemplo, que por protocolo y de acuerdo con una instrucción que existe desde Fiscalía, a las presuntas víctimas menores de 12 años o personas que se considera que presentan una discapacidad es conveniente no tomarles declaración directa; que por eso, debido a las características que presentaba [[A-1]], decidieron en ese momento no tomarle directamente declaración a él, sino tomar declaración a sus familiares.

En cuanto a las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 a las que enseguida haremos referencia, destacó que se comprobó que el tiempo que transcurría en ellas correspondía a tiempo real, esto es, que aunque no se pudo determinar si estaban sincronizadas con el tiempo real (por ejemplo, si concretamente la hora del día que aparece en la grabación se correspondía con la hora real del día) , sí se advirtió que la grabación discurría a tiempo real, esto es, que si en la grabación transcurría una hora de tiempo, realmente había transcurrido un ahora de tiempo. Indicó que en esa grabación se dató tanto la hora de entrada como de salida de [[A-1]] y Víctor . También destacó que la identificación del procesado fue fácil con los datos que les había dado [[A-1]]. A preguntas de la defensa indicó que lo que declaró [[A-1]] fue bastante "detallado" y aportó "bastantes datos".

c) *Conclusión.-Datos periféricos corroboradores de la declaración de [[A-1]] que aportan las testificales de estos Agentes de la Policía Nacional*

Sin duda la más relevante es la declaración testifical de la Agente de Policía Nacional nº NUM018 , pues ella corrobora, primero, la veracidad de los datos suministrados por [[A-1]] en cuanto a dónde vivía la persona presunta autora de los hechos (en el mismo edificio donde estuvo viviendo antes) , en cuanto a la localización del edificio donde se producían estos (cerca de la discoteca " DIRECCION011 ") y la descripción del portal del edificio (buzones, plantas, banco) .

Dicho de otra manera: los datos suministrados por [[A-1]] a la hora de identificar el domicilio del presunto autor, a la hora de identificar el inmueble al que lo llevaba, a la hora de identificar el portal, se correspondían exactamente con datos reales.



Existe un inmueble real cerca de la discoteca " DIRECCION011 " cuyo portal, ciertamente, coincide en sus características (el banco, los buzones...) con los datos que describe [[A-1]].

Es un dato cierto que hay una persona que vive en el mismo edificio de la AVENIDA001 en el cual estuvieron un tiempo viviendo [[A-1]] y su familia, y que además, es usuario de un piso de su madre sito en la CALLE001 , justo al lado de la discoteca " DIRECCION011 " .

Esa persona no es otro que Víctor .

Y cuando los agentes recabaron las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 , comprobaron que la persona a la que se ve subir a ese piso acompañado de [[A-1]], es también Víctor .

Por otro lado, la Agente de Policía Nacional nº NUM018 aporta razones lógicas que evidencian que cuando [[A-1]] dice que esa persona tenía " barba", pudiera estar refiriéndose a una persona con barba de uno o dos días, pues explica que en el reconocimiento fotográfico, cuando [[A-1]] vio una de las fotografías que reflejaba a una persona que no lucía barba propiamente dicha sino tan solo una barba de unos tres días (ver fotografía 5, folio 32 de la causa) dijo "*este tiene mucha barba*".

Cabe añadir tan solo que esta diligencia de reconocimiento fotográfico ha sido visionada y escuchada por esta Sala, porque en el momento de su realización fue registrada en soporte audiovisual y esa grabación ha sido reproducida en juicio oral. La impresión de la Sala al visionar la grabación, en cuanto a esta manifestación espontánea que hizo [[A-1]] diciendo " este tiene mucha barba" al ver la fotografía indicada , es la misma que describió la Agente de Policía Nacional nº NUM018 ; es decir, que cuando [[A-1]] dice espontáneamente "mucha barba" al ver esa fotografía nº5 que obra en la causa al folio 33, está describiendo la fotografía de una persona que luce una barba de a lo sumo tres días.

8.- Testifical de la Agente de Policía Nacional nº NUM021 .-

Esta agente declaró en la Primera Sesión del juicio oral y su declaración puede verse en la grabación de dicha sesión a partir de 1 hora 52 minutos y 25 segundos aproximadamente.

Su relevancia probatoria es menor, pues su intervención se ciñó al reconocimiento de la vivienda de la CALLE001 .

No obstante, sí fue un dato que de nuevo adviera lo manifestado por [[A-1]], pues recordemos que [[A-1]] declaró que el piso estaba vacío y la agente dijo que el piso "*no estaba habitado*" y que se veía que estaba "*deshabitado*".

Sí indicó a preguntas de la acusación particular que en una habitación había unas cajas con bolsas, que esa habitación estaba junto al salón. Dijo que en el salón había un banco de gimnasio para hacer abdominales y una cama abatible. Indicó que el registro fue completo y que no encontraron videos y películas, aspecto este que es irrelevante, en la medida en que el joven [[A-1]] siempre dijo que los videos pornográficos se los exhibía en la pantalla del móvil.

9.- Las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 y testifical prestada por el Agente de Policía Nacional nº NUM022

Valoramos ahora las grabaciones de las cámaras del edificio de la CALLE001 que fueron recabadas por la Policía, así como la declaración testifical del Agente de Policía que examinó esas grabaciones en su integridad y extrajo los fotogramas que obran unidos a la causa.

a) Las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014

La Policía intervino las grabaciones de las tres cámaras de seguridad que existían en el edificio del NUM014 de la CALLE001 de Logroño correspondientes exclusivamente a los días 19, 25 y 26 de marzo de 2017.

En el juicio oral (ver grabación de la Tercera Sesión del juicio oral) las partes renunciaron a que en el plenario se procediese al visionado completo de estas grabaciones, sobre la base de que en la causa obraban los fotogramas extraídos de dichas grabaciones. Esta Sala, por lo tanto, pudo examinar dichos fotogramas, que obran a los folios 38-48 de la causa, ambos inclusive. Además, pudo examinar por las grabaciones propiamente dichas, al haber solicitado todas las partes de modo expreso que se tuviera la documental por reproducida.

Del examen de este elenco probatorio se concluye que la cámara dos estaba orientada hacia el portal del edificio recogiendo quien entraba y quien salía, y la cámara 3 estaba orientada al ascensor, grabando quien entraba y quien salía. Las cámaras grababan a tiempo real continuo y sin interrupciones. Si bien las cámaras databan la hora, minuto y segundo del día en que se sucedía lo registrado, no se ha comprobado que correspondiera a la hora real, aunque sí, como declaró el Agente de la Policía Nacional NUM019 (instructor del atestado) y como declaró , según vamos a ver, el Agente de Policía Nacional nº NUM022 , que la grabación



se realizaba a tiempo real, de forma que un ahora de grabación correspondía a una hora de tiempo real transcurrido.

En las grabaciones de las cámaras 2 y 3 del edificio correspondientes al día 25 de marzo de 2017, se observa lo siguiente:

-En la cámara 2, entre las 15 horas y 19 minutos 20 segundos y las 15 horas 19 minutos y 45 segundos se grabó a Víctor acompañado de [[A-1]] entrando en el portal del edificio, en el cual, sobre un banco, hay una caja azul plana, tipo barquilla, de las que habitualmente trasladan fruta, verdura o plantas. Se observa que Víctor porta en su mano una bolsa o mochila.

-En la cámara 3, entre las 15 horas 19 minutos y 51 segundos y las 15 horas 19 minutos y 57 segundos, se ve a Víctor accediendo al ascensor del edificio acompañado de [[A-1]].

-En la cámara 3 a las 16 horas y 18 minutos y un segundo se observa de nuevo a Víctor y a [[A-1]] que salen del ascensor, sin que se advierta que [[A-1]] lleve consigo en la mano ninguna bolsa ni objeto de ninguna clase.

b) Testifical de Agente de Policía Nacional nº NUM022

Su declaración testifical puede verse en la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir de 2 horas cero minutos y cero segundos.

El testigo ratificó su intervención en el atestado y dijo que visionó las grabaciones de tres días.

Declaró que no se veía que nadie llevase cajas y que solo se veía a Víctor llevando una bolsa. Indicó que no sabe si la hora coincide con el real pero sí se ve el tiempo que transcurre. Manifestó que la grabación es continua, y que en la grabación del día 25 se ve que entre el momento en que entran [[A-1]] y Víctor y el momento en que ambos salen, transcurrieron 59 minutos.

Señaló que [[A-1]] y Víctor entraron y salieron juntos.

A preguntas de la defensa manifestó que únicamente en una de las grabaciones se ven fotogramas en las que aparecen Víctor y [[A-1]] pero que no aparecen en ninguna de las demás grabaciones. Señaló que [[A-1]] lleva una prenda oscura de abrigo pero que no pudo ver si llevaba bolsillos, que no sabría decir si llevaba chándal y encima abrigo.

d) Conclusiones sobre estos medios de prueba y su valoración

Las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 que se recabaron por la Policía fueron solo tres y solo se refirieron al propio fin de semana a raíz del cual se produjo la denuncia (día 25 de marzo sábado, día 26 de marzo domingo) y al domingo del fin de semana anterior (19 de marzo).

No se recabó ninguna otra grabación.

De estas tres grabaciones, en una de ellas, la del día 25 de marzo, aparecen Víctor y [[A-1]] entrando y saliendo. Se evidencia que estuvieron juntos y a solas en la vivienda del piso NUM013 de la CALLE001 nada menos que 59 minutos. Esto corrobora la versión de [[A-1]] en el sentido de que una persona, efectivamente lo llevaba a un apartamento, el cual está en un edificio cercano a la discoteca " DIRECCION011 ", y en el piso NUM013 . Pero además evidencia que la identidad de la persona que llevaba a [[A-1]] al piso indicado, no es otro que Víctor . Por eso, el hecho de que [[A-1]] describiera a esa persona como una persona barba (por las circunstancias ya explicadas con anterioridad, de que [[A-1]] confunde llevar barba con lo que simplemente es una persona mal afeitada o con barba de dos o tres días), es en definitiva muy poco relevante, pues está claro que la persona que lo llevaba es Víctor , como evidencia de forma elocuente y definitiva esta grabación.

Por otro lado, y aunque luego abordaremos en particular esta cuestión, adelantamos ya que el hecho de que [[A-1]] y Víctor no aparezcan nada más que en una de las tres grabaciones recabadas, no significa que no fueran más veces a este piso. Solo se recabaron tres grabaciones, dos de ellas del mismo fin de semana (días 25, en el cual sí aparecen Víctor y la víctima, y el día 26 en que no aparecen) y la tercera el fin de semana anterior (solo del día 19). Por lo tanto pudo suceder perfectamente que fueran otros fines de semana respecto de los que no se recabaron grabaciones. El hecho de que falten más grabaciones no impide que este hecho quede probado en virtud de otros elementos de prueba. El joven [[A-1]] fue claro al señalar reiteradamente que esto sucedió muchas veces, los sábados y los domingos; la Psicóloga Forense Sra. Diana , como luego vamos a ver, manifestó que a su juicio esta manifestación fue veraz, lo mismo indicaron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena . El joven [[A-1]], recordémoslo, es capaz de distinguir entre "una vez " y "varias veces", aunque no es capaz de cuantificar. Pues bien, muchas veces en su declaración ofreció datos, que ya hemos reseñado, en los que significaba que esto sucedió varias veces. No en vano, el propio Víctor declaró que llevó a Víctor a la vivienda de la CALLE001 una o dos veces, y además que recibió su ayuda al menos 3 o 4 veces.



Cae añadir que de la grabación resulta que un hecho incontestable: Víctor y [[A-1]] estuvieron a solas en la vivienda de la CALLE001 durante cincuenta y nueve (59) minutos.

El hecho de que durante todo este tiempo estuvieran los dos juntos en ese lugar, a solas, es perfectamente compatible con el relato del joven [[A-1]] acerca de lo que sucedió. El procesado declaró que lo que hizo con [[A-1]] durante todo ese tiempo es "hacer bolsas" para una carrera, esto es, introducir en unas bosas una serie de camisetas de distintas tallas para luego entregarlas en una carrera, pero que [[A-1]] se equivocó al introducir las camisetas en las bolsas (las introdujo todas de la misma talla) y que por eso tardaron más. También declaró que al finalizar, el procesado le dio a [[A-1]] una camiseta.

Sin embargo, lo cierto es que cuando en la grabación se ve que [[A-1]] sale del ascensor, una vez transcurridos los 59 minutos, no se le ve que lleve camiseta alguna. Sostiene el procesado que podía llevarla plegada en un bolsillo, pero ya hemos explicado al estudiar la declaración del procesado que eso es tan solo una especulación o conjetura, conjetura que además consideramos dudosa, en la medida en que no parece lógico que una persona con tan pocas habilidades manuales como [[A-1]] (el Médico Forense declaró que [[A-1]] necesita ayuda, por ejemplo, para abotonarse o para abrocharse el cinturón) tenga sin embargo la habilidad suficiente como para plegar una camiseta e introducirla en el bolsillo. En todo caso, lo único cierto y verdad es que en la grabación no se ve ninguna camiseta, y que la testigo [[tía de A-1]] manifestó que nunca vio que [[A-1]] llegase a casa con ninguna camiseta.

De otro lado, el hecho de que las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 evidencien que el tiempo en que estuvieron en ese piso fue casi una hora, incrementa sideralmente la incredulidad de Víctor cuando afirmó que nunca se percató de la discapacidad de [[A-1]], pues no creemos posible que una persona normal, interactuando a solas con [[A-1]] durante casi una hora, no se percate de las limitaciones que presenta este. Nos remitimos una vez más a lo razonado sobre este aspecto en el fundamento de derecho segundo.

Hay que insistir en que solo se recabaron grabaciones correspondientes a tres días, por lo que solo pudieron examinarse las grabaciones de esas tres jornadas (19 de marzo, 25 y 26 de marzo) pero no otras.

10.- Grabación audiovisual de la diligencia de reconocimiento fotográfico, grabación que fue reproducida en juicio oral : identificación positiva de la fotografía de Víctor unido a la ratificación efectuada pro [[A-1]] de dicho reconocimiento realizado en la prueba testifical preconstituida.-

Ya hemos hecho referencia antes a esta diligencia: después de que los Agentes de la Policía Nacional, por los datos que había dado el joven [[A-1]] y las averiguaciones que por su parte los agentes habían llevado a cabo, llegasen a la conclusión de que la persona autora de los hechos podía ser Víctor , se realizó una diligencia de reconocimiento fotográfico.

La diligencia de reconocimiento fotográfico se grabó en DVD y esa grabación se reprodujo en la Tercera Sesión del juicio oral a presencia de este tribunal, del procesado y de todas las partes. Puede verse en la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral a partir aproximadamente del minuto 15 y 30 segundos.

En la grabación se puede observar cómo hay extendidas en una mesa rectangular ocho fotografías, cada una de ellas de tamaño folio las cuales son las que obran a los folios 29 y siguientes, y corresponden, ciertamente, a personas de características físicas análogas o semejantes. Podemos ver en la grabación también que la psicóloga Asunción , que interviene como facilitadora, le indica al menor que se trata de ver si entre las fotografías está la persona que le lleva al apartamento al lado de la " DIRECCION011 " (más adelante alude a que se trata de identificar a la persona que " le da los cinco euros"). También se observa en la grabación cómo la psicóloga Asunción le da a [[A- 1]] una serie de normas claras. En concreto explica al joven que se no debe de identificar a nadie si no está seguro. También le dice que puede suceder que esa persona no se encuentre entre las fotografías. El joven va cogiendo una por una las fotografías que tiene extendidas ante él, y las mira. En ese reconocimiento, identifica con total rotundidad a la fotografía de Víctor , en al cual finalmente pone un sello.

Valoración.-

Esta Sala, ciertamente, no desconoce la doctrina jurisprudencial en cuya virtud el reconocimiento fotográfico realizado en comisaría no es un medio de prueba sino tan solo una línea de investigación policial. Por ejemplo, así lo indica **la Sentencia del Tribunal Supremo num. 686/18 de 20 de diciembre de 2018** . En suma, esta clase de diligencias constituye una diligencia legítima de iniciación de la investigación dirigiéndola contra la concreta persona reconocida por aquel medio o técnica generalmente utilizada en la práctica de todas las Policías de los distintos países, ahora bien, se trata de una diligencia cuyo valor es de naturaleza pre-procesal por lo que no constituye por sí sola una prueba, *aunque puede traerse al juicio por otros medios probatorios de los procesalmente admisibles* (Sentencia de 19 de diciembre de 1994); es decir, que *carece de virtualidad*



probatoria en sí, pero puede tener eficacia cuando se corrobora en trámite judicial y se ratifica en las sesiones del juicio oral (SS 16 de febrero de 1990 y 21 de octubre de 1996).

Pues bien, es claro que en nuestro caso la condena no se fundamenta en esta diligencia a la cual otorgamos un valor complementario, pero en todo caso, debemos decir que este reconocimiento alcanzó eficacia, relevancia y rango probatorio, desde el momento en que, *tal como puede verse en la grabación audiovisual de la prueba testifical preconstituida, el joven [[A-1]] ratificó el reconocimiento fotográfico que efectuó.* En concreto, fue preguntado sobre si recordaba esta diligencia de reconocimiento fotográfico y si reconoció a alguien, y manifestó contundentemente que sí lo recordaba y que reconoció "a él" , " al Víctor ese " , en referencia inequívoca a Víctor . *Así verse entre 1 hora y siete minutos y 1 hora 7 minutos y 40 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral.*

Por lo tanto, *esa diligencia inicialmente pre-procesal y policial que fue el reconocimiento fotográfico, al ser ratificado por [[A-1]] en la prueba testifical preconstituida, alcanzó eficacia y rango de prueba de cargo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo que hemos expuesto.* Por consiguiente, este elemento de prueba evidencia también que la identidad de la persona que mantuvo con [[A-1]] las relaciones sexuales que el mismo describió en su entrevista y en su declaración testifical en la prueba preconstituida, no fue otro que Víctor .

4.- Valoración probatoria de la prueba testifical de [[A-1]] (y III).-Conclusión: Lo declarado por [[A-1]] es veraz.- Se declara probado que los hechos sucedieron un número no determinado de veces, pero más de una vez.

Todo lo que acabamos de exponer nos permite llegar a la conclusión de que la declaración testifical de [[A-1]] , que se practicó como prueba preconstituida con intervención de las partes, y que grabada y reproducida en el plenario a presencia de las partes del tribunal y del procesado, fue realizada por una persona con una patente discapacidad, advertible en cuanto el mismo comienza a hablar, que no albergaba ningún ánimo espurio hacia el procesado, que coincide en lo sustancial con lo mismo que este discapacitado había relatado a las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , y que por estar corroborada por un amplio espectro de medios de prueba que hemos ido desgranando y describiendo en el fundamento de derecho anterior , presenta una total verosimilitud.

Por lo tanto, en virtud de la declaración de [[A-1]] en relación con los demás medios de prueba que se han descrito, esta Sala estima probado más allá de toda duda razonable que [[A-1]], cuya discapacidad es patente en cuanto se interactúa con él, fue trasladado por el procesado Víctor , a sabiendas de la discapacidad que presentaba [[A-1]], hasta la vivienda de la CALLE001 que aquel poseía, y una vez allí , el procesado le enseñaba videos pornográficos en su teléfono móvil, era sometido por el procesado a prácticas sexuales consistente en caricias del pene y a felaciones que le practicaba Víctor .

Está probado también en virtud de esa misma declaración de [[A-1]], que estos hechos sucedieron varias veces.

El joven [[A-1]] mantuvo en todo momento, tanto ante las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena que le realizaron la primera entrevista como luego en la prueba testifical preconstituida, que los hechos sucedieron varias veces. Es cierto que no pudo decir el número de veces que sucedió, no pudo indicar cuántas, ni mucho menos las fechas en que acontecieron. Pero esto tiene una explicación médica-psicológica: obedece a que como unánimemente han destacado todos los psicólogos que han depuesto en este juicio oral (Psicóloga Forense Sra. Diana , psicóloga Asunción , psicóloga Azucena ...) y el médico forense Dr. Melchor , así como la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " que por su profesión lo veía y trataba diariamente de lunes a viernes durante varios años, el joven [[A-1]] no es capaz de cuantificar, por su discapacidad no le es posible decir si una cosa ha sucedido una, dos, tres o siete veces, pero sí es capaz de distinguir entre una o más veces entre uno y varios.

Nos remitimos en este punto a todo lo que hemos razonado pormenorizadamente en el fundamento de derecho SEGUNDO.

Y a este respecto, el joven [[A-1]], pese a la incomodidad que presentaba tanto en la entrevista como en la declaración testifical preconstituida, en ambos casos sostuvo que los hechos sucedieron varias veces, situó su producción en los fines de semana (dijo que antes sucedía los sábados, que luego los domingos) e indicó que siempre sucedía lo mismo. Por otra parte, muchas de sus expresiones (como cuando en la entrevista relataba cómo le insistía el procesado para que cogiera los cinco euros, o como cuando explicaba que con el dinero que el procesado le daba, se compraba cromos) denotaban claramente que no estaba relatando un hecho aislado, sino algo que le sucedió en varias ocasiones.

Tanto la Psicóloga Forense Sra. Diana , como la psicóloga Asunción , como la psicóloga Azucena , refirieron que ellas consideraban, en virtud de lo que [[A-1]] manifestó, que efectivamente estos hechos sucedieron más de una vez.



Esta Sala ha llegado a esa misma conclusión que estas psicólogas, tras visionar la testifical de [[A-1]] y la entrevista que le hicieron psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena . La declaración testifical, máxime cuando nos encontramos con un discapaz de las características de [[A-1]], debe valorarse en su conjunto.

El referido testigo discapaz, -lo hemos visto-, ha ofrecido en su declaración numerosos datos y detalles precisos que otorgan plena credibilidad a su declaración y que han sido adverados por otros elementos de prueba (grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 , manifestaciones espontaneas de Víctor ante los Agentes de la Policía Nacional que le detuvieron, localización del piso donde sucedieron los hechos, descripción del portal...). No existe razón objetiva que nos determine a considerarla incierta en este punto, cuando ha sido cierta en todo lo demás, y la declaración en este punto, que además ha reiterado en varias ocasiones a lo largo de su relato, no difiere en tono, contenido y características del resto de su deposición testifical.

Es cierto a este respecto que en las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 que constan en autos, solo se ve en una sola ocasión a [[A-1]] y a Víctor subir a ese apartamento.

Sin embargo, las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 que constan en el procedimiento no son ni la única ni la principal prueba. La prueba determinante es la muy sólida declaración testifical de [[A-1]], que se ve corroborada por un amplio elenco de prueba, entre la que se encuentra esas grabaciones de las cámaras de seguridad. Obsérvese que esas grabaciones que constan en autos solo son las correspondientes a tres días: 19, 25 y 26 de marzo. No constan grabaciones correspondientes a otros días. Por lo tanto, el hecho de que de esos tres días en los que constan grabaciones, [[A-1]] y Víctor solo aparezcan en las grabaciones del 25 de marzo, lo único que significa es que ni el 19 ni el 26 de marzo estuvieron allí, pero de ahí no cabe deducir, como hace la defensa, que si solo aparecen el 25 de marzo es que no estuvieron ningún día más, o que el único día en que se produjeron los hechos fue el 25 de marzo.

Al margen de las grabaciones existen otros medios de prueba que evidencian que los hechos sucedieron varias veces: el joven [[A-1]] fue tajante tanto en la entrevista realizada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena como luego en la testifical preconstituida, en afirmar en distintas ocasiones a lo largo de su relato, que los hechos sucedieron varias veces. La manifestación testifical de [[A-1]], por todas las razones expuestas (variedad de detalles, forma de exposición, lenguaje corporal, identidad sustancial con lo que había declarado en la entrevista, corroboración por detalles objetivos como las grabaciones de las cámaras del edificio...), le mereció a esta Sala una total credibilidad. Y es de significar que la conclusión de esta Sala ha sido compartida, por su parte, no solo por la psicóloga Asunción y la psicóloga Azucena , sino, como luego veremos especialmente, por los peritos forenses que realizaron el dictamen psicológico sobre credibilidad del testimonio (Psicóloga Forense Sra. Diana y médico forense Dr. Melchor).

Pero es que además, como hemos explicado al estudiar la declaración del procesado, el propio Víctor en su declaración ya dijo, con notable inconcreción, que llevó a [[A-1]] a la vivienda de la CALLE001 " una o dos veces", y que estuvo con él " tres o cuatro veces" Y por ejemplo , aludió a una ocasión en que el procesado le entregó a [[A-1]] un llavero que tenía en el coche (lo que ya de por sí significa que, aun partiendo únicamente de la declaración de Víctor , por lo menos hubo una segunda ocasión en la que [[A-1]] estuvo en el vehículo de Víctor), y también a otra ocasión en que le entregó un balón, siendo la tercera vez cuando le dio una camiseta.

Esta manifestación es relevante, en la medida en que constituye una corroboración periférica evidente de la declaración de [[A-1]], en la medida en que el propio Víctor reconoce que no solo estuvo con [[A-1]] una vez, sino varias, por más que niegue la realidad de las relaciones sexuales. A mayor abundamiento, recordaremos que también hemos explicado al estudiar la declaración del procesado, que nos parece poco razonable que se pueda dudar entre una vez y varias, máxime con las circunstancias que concurren en nuestro caso. Y es que si [[A-1]] solo hubiera estado una vez en la vivienda de la CALLE001 , esa vez sería necesariamente la del 25 de marzo, pues de esa no hay duda ya que la que consta grabada en las videocámaras del edificio y fue la que desencadenó la denuncia. Por eso nos llama la atención que el procesado no recuerde o dude si [[A-1]] estuvo en esa casa "una o dos veces", esto es, que dude de si la visita del día 25 de marzo, -tan significativa hoy en la medida en que fue la que desencadenó la denuncia y consta grabada por las cámaras del edificio-, fue o no la primera y única vez que [[A-1]] estuvo en esa vivienda de la CALLE001 , o si por el contrario había estado ya en alguna ocasión anterior.

Por todo lo que antecede, consideramos probado que estos hechos sucedieron varias veces, aunque no se ha podido determinar cuántas.

SEXTO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA (IV).- VALOR DE LAS MANIFESTACIONES ESPONTANEAS REALIZADAS POR PROCESADO A LOS AGENTES DE LA POLICÍA TRAS SU DETENCIÓN.- TESTIFICAL DE DE LOS AGENTES DE LA POLICÍA QUE PROCEDIERON A LA DETENCIÓN. -VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LO QUE DECLARÓ EL PROCESADO EN EL PLENARIO.-

1.- Introducción.-

Aunque en el párrafo 3.3. del fundamento de derecho anterior ya nos hemos referido a estos medios de prueba, también hemos dicho que por su relevancia les íbamos a dedicar un fundamento de derecho completo.

Estudiaremos así en concreto lo que manifestaron en el plenario los Agentes de la Policía Nacional que procedieron a la detención.

Analizaremos luego la doctrina jurisprudencial sobre el valor probatorio que pueden tener esas manifestaciones espontáneas hechas por el procesado ante la Policía tras su detención.

Por último, valoraremos esta prueba, para lo cual estudiaremos la explicación que al respecto dio el procesado Víctor , a la cual también hemos hecho ya referencia al analizar la declaración del procesado en el fundamento de derecho TERCERO

2.- Testifical de los Agentes de la Policía que procedieron a la detención de Víctor .-

2.1. Contenido de las declaraciones.-

a) Testifical en juicio oral de la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 .-

Esta declaración se puede ver a partir de las 2 horas 4 minutos y 38 segundos de la grabación de la Primera Sesión del juicio oral.

Este testimonio fue singularmente consistente y sólido, pues describió sin vacilar y muy firmemente las circunstancias que rodearon a la detención del procesado y sobre todo, reprodujo con singular precisión lo que el procesado manifestó espontáneamente , una vez ya en dependencias policiales, después de que hubiera sido informado de que estaba detenido como autor de un delito de abuso sexual, y habersele leído sus derechos.

La testigo se ratificó en el atestado, y manifestó que intervino en la detención de Víctor .

Señaló que identificaron a [[A-1]] y le informaron de su detención y de los derechos que le asistían.

Preguntada a continuación qué fue en concreto lo que le dijeron al procesado, la testigo contestó lo siguiente: *"está usted detenido como presunto autor de un delito de abuso sexual"*. Que se le informó también de sus derechos verbalmente. Que lo condujeron a Jefatura y ya en Jefatura se le dio por escrito en un acta.

Preguntada luego pro el Ministerio Fiscal sobre si en ese momento el procesado Víctor dijo algo, la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 respondió lo siguiente: *"Que estando en jefatura haciéndole el acta de información de derechos, sí que hizo una manifestación espontánea, de que él **no entendía cómo eso era un delito porque el chaval lo había hecho de manera consentida y voluntaria.**" No entiendo por qué es un delito, por qué se me detiene, porque el chaval lo ha hecho de manera voluntaria y consentida"*. Y añadió " sí , yo lo escuché".

(Véase la grabación de la Primera Sesión del juicio oral desde aproximadamente las 2 horas 5 minutos y 40 segundos, hasta las 2 horas 7 minutos y 10 segundos aproximadamente)

A preguntas de la acusación particular acerca de si el procesado pudo no haber entendido que estaba detenido por abuso sexual, la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 fue muy clara: le habían leído los derechos y se le había informado de que estaba detenido como autor de un abuso sexual.

A preguntas de la defensa señaló que esto no sucedió cuando fue detenido en el aparcamiento de su casa, sino que sucedió ya en Comisaría. Preguntado por la defensa si Víctor se mostró sorprendido o asustado, la testigo indicó que, por las palabras de dijo, la testigo cree que Víctor igual estaba sorprendido, pero que eso era un juicio suyo personal.

b) Testifical de la agente de la Policía Nacional núm. NUM016

Esta declaración se puede ver en la grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir de 2 horas 12 minutos y 11 segundos aproximadamente.

La testigo también se mostró muy sólida al describir las circunstancias que sucedieron con ocasión de la detención de Víctor .

Señaló la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 que procedieron a identificar a Víctor , a informarle de su detención y de sus derechos. Y aclaró al Ministerio Fiscal que lo que le dijeron fue lo siguiente: *"se encuentra detenido por un presunto delito de abuso sexual"* y que le informaron de los derechos conforme lo introducían en el vehículo policial. Que luego en jefatura le volvieron a leer los derechos, que cuando está en jefatura conoce perfectamente el motivo de su detención.



A partir de las 2 horas 14 minutos y 9 segundos aproximadamente hasta 2 horas 15 minutos y 5 segundos aproximadamente, se puede observar cómo la testigo declaró que ella estaba presente cuando Víctor realizó la manifestación espontánea. Y que según recordaba, lo que dijo Víctor fue: *"no sé por qué es un delito, ha sido algo consentido...y... y alguna palabra sinónima"* Y cuando el Ministerio Fiscal le preguntó si esa palabra sinónima pudo ser "voluntario", la testigo respondió inmediatamente: *"sí, voluntario, exacto"* "con total certeza"

A preguntas de la acusación particular señaló que primero le informaron verbalmente en la calle al ser detenido tanto de sus derechos como de las razones de su detención y que luego en Comisaría, otra vez. Y que la manifestación espontánea que hizo Víctor, la realizó cuando estaban haciendo los trámites de la detención en dependencias de Comisaría. La testigo declaró también a preguntas de la acusación particular que ella no tenía ninguna duda de que Víctor, cuando hizo la manifestación espontánea relativo a que había sido "consentido y voluntario", se estaba refiriendo a un abuso sexual, no a ningún otro tipo de abuso (laboral o similar), pues se le había informado que estaba detenido por un delito de abuso sexual.

La defensa preguntó si al ser detenido Víctor estaba obcecado o aturcido, y la testigo refirió que a su juicio Víctor se mostró sorprendido pero tranquilo. Señaló que el procesado no respondió de modo especial cuando fue detenido, que cree que quizás lo estaba asimilando todavía. Indicó que no recuerda los objetos personales que llevaba Víctor cuando fue detenido, y que no recordaba si llevaba un teléfono móvil. Indicó que no sabía quién le entregó a Víctor los efectos personales.

c) Testifical del agente de Policía Nacional nº NUM015

Puede verse en la grabación de la Tercera Sesión del juicio oral, al inicio de la misma.

A preguntas de la acusación particular explicó el testigo que efectivamente intervino en el registro de la vivienda de la CALLE001, y que a su juicio, la descripción concedía con la que había facilitado [[A-1]]. Señaló que en una de las habitaciones sí que había cajas y mucha cosa revuelta, y material deportivo (chándal).

Este testigo intervino también en la detención de Víctor, sin embargo no presencié las manifestaciones espontáneas que este hizo luego en Comisaría, las cuales solo fueron presenciadas únicamente por las Agentes de la Policía Nacional nº NUM017 y núm. NUM016, puesto que el agente de Policía Nacional nº NUM015 en ese momento se hallaba realizando, según explicó otras diligencias.

Lo relevante de su declaración es que a preguntas del Ministerio Fiscal, este testigo describió con total claridad la forma en que se produjo la detención de [[A-1]], relatándola de modo idéntico a como lo habían hecho sus otras dos compañeras (Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y agente de la Policía Nacional núm. NUM016). Indicó que le informaron del motivo de la detención y de sus derechos. Señaló que le informaron del presunto delito por el que se le detenía y que ese delito era el de abuso sexual. Señaló que a continuación le informaron de los derechos, que lo introdujeron en el coche y de ahí lo llevaron a las dependencias policiales. Que en las dependencias le volvieron a leer sus derechos para que los firmase, pues en el momento de la detención lo hacen todo verbal y luego se reitera por escrito en las dependencias. Señaló que él sabe que Víctor dijo esas manifestaciones por lo que le contaron sus dos compañeras. Que entonces al contarle esto sus compañeras, el agente de Policía Nacional nº NUM015 les dijo que esto lo deberían hacer consta en el atestado porque ya le habían informado de que estaba detenido por este delito.

Preguntado por la defensa si cuando Víctor fue detenido en el aparcamiento de la casa dijo algo o quedó sorprendido, el agente de Policía Nacional nº NUM015 manifestó: *"quedó sorprendido, pero vamos, estaba tranquilo el hombre"*. Indicó que no recordaba que Víctor dijese nada más que hubiera que resaltar. Señaló el testigo algo muy relevante y es que Víctor estaba perfectamente en condiciones de entender lo que le estaba diciendo cuando le informaron de que estaba detenido por un delito por delito sexual. Que estaba "normal"

En cuanto al registro, indicó que no encontró nada revuelto, que había una cama abatible en el salón, que ellos abrieron y que sí que había cajas en una habitación. Que no encontraron nada reseñable.

2.2. Eficacia como testifical directa y como testifical de referencia.-

Del contenido de las tres declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional que acabamos de ver, se advierte claramente que la testifical del agente de Policía Nacional nº NUM015 es toda ella una testifical directa, mientras que la testifical de las dos primeras agentes (Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y agente de la Policía Nacional núm. NUM016) tiene una parte de testimonio directo y otra parte de testimonio de referencia.

Efectivamente, en la testifical de las dos primeras agentes (Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y agente de la Policía Nacional núm. NUM016) se distinguen dos partes o momentos distintos:

a) *El primero es claramente una testifical directa: es el relato que las agentes hacen de cómo ellas identificaron a Víctor, procedieron a su detención informándole de que quedaba detenido por un presunto delito de abuso*



sexual, declarando que le informaron claramente, y que le informaron de sus derechos, que lo trasladaron a Comisaría en el coche policial, y que allí le volvieron a informar de todo ello. También es testimonio directo su impresión de que el procesado, cuando fue detenido, se mostró sorprendido y que estaba tranquilo

Esto constituye una testifical directa porque las agentes relatan lo que ellas hicieron y percibieron con sus sentidos personalmente

b) *El segundo momento es testifical de referencia: las agentes declaran sobre lo que Víctor les dijo*. Nos referimos a la parte en la que las agentes declaran que cuando ya habían informado de sus derechos a Víctor y cuando ya le habían informado de que estaba detenido por un presunto delito de abuso sexual, este en comisaría les dijo que "no entendía cómo eso era un delito porque el chaval lo había hecho de manera consentida y voluntaria."

Por su parte, la testifical de agente de Policía Nacional nº NUM015 es sustancialmente testimonio directo, en el sentido de que no estuvo presente cuando Víctor hizo la indicada manifestación a las otras dos agentes, pero sí en el momento de la detención en al que él mismo participó. Por lo tanto, todo lo que este testigo relata sobre las circunstancias de la detención, de que informaron a Víctor de que estaba detenido por un presunto delito de abuso sexual y de que le informaron de sus derechos constitucionales como detenido. Igualmente es testimonio directo su impresión de que Víctor se mostró sorprendido al ser detenido, pero que estaba tranquilo y normal y que estaba perfectamente en condiciones de entender lo que le estaba diciendo cuando le informaron de que estaba detenido por un delito por delito sexual.

Sobre la **posibilidad de valorar como testimonio directo lo que presencié por sí mismo un testigo que en lo demás es testigo de referencia**, a título de ejemplo cabe citar la **importante Sentencia del Tribunal Supremo núm. 152/2018, de 02 de abril de 2018** (ROJ: STS 1285/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1285) razona que " [...]...no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba sin olvidar que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió -auditio propio- o lo que otra persona le comunicó -auditio alieno- y que, en algunos supuestos de percepción, la prueba pueda tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa."

Por lo tanto, en aquella parte que los agentes protagonizaron personalmente y por eso percibieron directamente con sus sentidos esenciaron (la detención y sus circunstancias), el testimonio será valorado como directo.

En la parte en que la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 relataron lo que escucharon decir a Víctor cuando fue detenido, el testimonio de estas dos agentes es testimonio de referencia. Relatan lo que el acusado les dijo.

3.- Valoración del testimonio directo. Está probado que los agentes informaron al detenido de que estaba detenido como autor de un presunto delito de abuso sexual, y que le informaron de sus derechos.

La declaración de los tres agentes no pudo ser más sólida. Los tres explicaron de la misma forma cómo procedieron a la identificación y detención de Víctor, señalando que con total claridad le informaron de que estaba detenido como autor de un presunto delito de abuso sexual y a continuación e inmediatamente le informaron de sus derechos, y que lo trasladaron el coche policial a las dependencias de la Policía donde le volvieron a informar. El agente de Policía Nacional nº NUM015, a preguntas de la defensa, fue claro al señalar que, en su opinión, Víctor estaba *perfectamente en condiciones de entender lo que le estaba diciendo cuando le informaron de que estaba detenido por un delito por delito sexual*. Los tres testigos calificaron la reacción de Víctor al ser detenido como de "sorpresa" y "tranquilidad". Todos ellos dijeron que se mostró sorprendido pero tranquilo, añadiendo el agente de Policía Nacional nº NUM015 que estaba "normal".

De la veracidad de lo manifestado por estos funcionarios de Policía no existe ninguna razón para dudar y en virtud de estos testimonios directos, declaramos probado que Víctor fue detenido, que se le informó con claridad de que estaba detenido como autor de un presunto delito de abuso sexual, y de fue informado de sus derechos.

Se trata ahora de evaluar la eficacia del resto de lo declarado por las Agentes de la Policía Nacional NUM016 y nº NUM017, esto, es la parte en que relataron lo que Víctor les manifestó espontáneamente ya en dependencias policiales, cuando ya le habían informado de que estaba detenido por un presunto delito sexual y ya le habían informado de sus derechos.

Ello nos obliga a examinar la doctrina jurisprudencial sobre el valor de las manifestaciones espontáneas ante la Policía. No obstante, debemos ya realizar inmediatamente una advertencia: que en este caso, amén de que



las manifestaciones se produjeron cuando Víctor ya había sido informado de sus derechos, el propio Víctor en su declaración en el plenario, reconoció que, efectivamente, es cierto lo que dicen los agentes relativo a que él les dijo que no entendía porque era delito ya que fue "consentido" y "voluntario", si bien dijo que lo que sucedió es que él creía que estaba detenido por un presunto delito de explotación laboral o algo similar.

Es decir: el propio autor de esas manifestaciones, Víctor, reconoce directamente en el plenario que es cierto que manifestó a los agentes que no entendía porque era delito ya que fue "consentido" y "voluntario". De esta forma, lo que los agentes manifestaron pro referencia, queda adverado y ratificado mediante la declaración directa de quien hizo esas manifestaciones. Como veremos, esto tiene especial trascendencia a la hora de valorar el alcance probatorio de esas manifestaciones espontáneas.

4.- Doctrina jurisprudencial sobre el valor probatorio de las declaraciones espontáneas realizadas por el detenido ante la Policía.-

Como acabamos de indicar, vamos a realizar un análisis del valor probatorio que puede tener lo que un detenido manifiesta espontáneamente ante las fuerzas policiales.

Para ello, nada mejor que analizar la doctrina del Tribunal Supremo.

El **acuerdo del Pleno del TS de 3 de junio de 2015 referente al valor de las manifestaciones espontáneas efectuadas ante los cuerpos policiales**, aparece por ejemplo en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2016** manifestando en cuanto a su valor, que si bien dichas manifestaciones carecían por sí solas de valor imputatorio, *"no existe impedimento para valorar los indicios contenidos en la manifestación espontánea del detenido para la apertura de líneas de investigación"*, lo que por extensión debe trasladarse a las declaraciones testificales realizadas a los agentes policiales.

Por lo tanto, conforme a esta doctrina, como regla, no cabe otorgar valor de hecho probado a las declaraciones testificales de los agentes como testigos de referencia sobre lo que los acusados le dijeron, cuando ello fue fruto de un interrogatorio previo a su detención, y fue justamente lo que les dijeron lo que motivó la misma detención. Dichas manifestaciones no invalidan las líneas de investigación que en base a ellas fueron adoptadas por los cuerpos policiales, pero ello es otra cosa.

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 376/17 de 24 de mayo de 2017** razona del modo siguiente: *"Sobre estas manifestaciones espontáneas en sede policial la STS de 27 junio 2014 nos dice" Es oportuno recordar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre los requisitos que deben concurrir para considerar susceptibles de ser valoradas las manifestaciones espontáneas de un detenido, en dependencias policiales y sin asistencia letrada.*

Así, en la Sentencia de esta Sala 229/2014, de 25 de marzo, se plantea, en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, si las declaraciones realizadas por el acusado en presencia policial antes de su declaración formal con asistencia de abogado, pueden ser consideradas, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, "manifestaciones espontáneas" válidas como prueba de cargo en su contra. Y se dice que en el caso que se examina no nos encontramos ante una manifestación espontánea, sino ante un interrogatorio sin abogado. En ese caso se dice que en las dependencias policiales se inició un interrogatorio preliminar, sin abogado pues todavía no existía una imputación formal de carácter policial contra el recurrente, en el que se le preguntó específicamente sobre el día del robo, y concretamente sobre que había hecho en ese día. Fue en ese momento cuando manifestó haber participado en el robo objeto de enjuiciamiento. Se sigue diciendo que no pueden ser calificadas estas manifestaciones como declaraciones espontáneas que pueden ser válidamente consideradas como prueba de cargo si se reproducen en el acto del juicio oral a través de un testimonio referencial. No es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes. No se trata en este supuesto de una comparecencia voluntaria ante los agentes, ni de una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren como pruebas si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron). Cuestión



distinta es cuando las declaraciones se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado.

Y la **sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2.015, nº 652/2016** , dice: "Es cierto que el Tribunal sentenciador valora adicionalmente como elemento de corroboración una prueba a la que no puede otorgarse validez, como es la declaración de los Guardias Civiles sobre determinadas manifestaciones autoinculporatorias que, según dicen, realizó espontáneamente el acusado en su presencia, encontrándose detenido. Estas supuestas manifestaciones no pueden ser consideradas como elemento de corroboración pues, en primer lugar, no respetan el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, ya que no consta que el detenido hubiese sido informado de sus derechos y, en segundo lugar, no tienen cabida en la doctrina excepcional de esta Sala sobre las denominadas manifestaciones espontáneas, conforme al cambio jurisprudencial sobre esta materia consolidado en el Acuerdo de 15 de junio del año en curso.

Esta Sala admite como manifestaciones espontáneas supuestos de declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que acepta esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron).

La evolución jurisprudencial sobre esta materia, recogida por ejemplo en nuestra **STS 487/2015, de 20 de julio** , **ha culminado en el reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 3 de junio 2.015**, que adoptó el siguiente acuerdo : " Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 Lecrim . No cabe su utilización como prueba preconstituída en los términos del art. 730 Lecrim . Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legitimar y lógicas inferencias . Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron".

Este acuerdo, que como tal no es más que un criterio unificador de nuestra doctrina, y que solo alcanza valor jurisprudencial cuando se incorpora como "ratio decidendi" a resoluciones específicas, ya ha sido efectivamente utilizado en sentencias como la citada STS 487/2015, de 20 de julio . "

Y más recientemente la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017 de 24 de julio de 2017** señala: "es preciso diferenciar entre lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes de la Policía, de lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de letrado y previa advertencia de los derechos. En cuanto a las primeras no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o de los funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del detenido, si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia - auditio alieno - y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo - auditio propio - en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo.

Respecto a las manifestaciones espontáneas de un acusado fuera del atestado, la doctrina de esta Sala (SSTS 418/2006, de 12-4 , y 667/2008, de 5-11) precisa que **el derecho a no declarar, que el recurrente habría expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.** Como se dice en la **sentencia 25/2005, de 21 de enero** , las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser confluyentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social.

En las SSTS 156/2000, de 7 de julio , y 844/2007, de 31 de octubre , se incidió en que las manifestaciones que una persona efectúa en sede policial, tras haber sido detenida y antes de ser informada de sus derechos, realizadas voluntaria y espontáneamente, no pueden ser contrarias, sin más, al ordenamiento jurídico, a no ser que dichas



manifestaciones fuesen recogidas por escrito en el atestado instruido con motivo de los hechos y suscritas por el detenido, pues los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales. Por ello la jurisprudencia de esta Sala nos dice en la sentencia 1266/2003, de 2 de octubre, que ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral (STS 13-5-1984 y 1282/2000, de 25-9), y debe ser sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo.

Por último, la STS. 365/2013, de 20 de marzo, resume la doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento de las manifestaciones espontáneas del detenido a los agentes policiales. En ella se establece que este Tribunal viene considerando material probatorio utilizable las declaraciones espontáneas prestadas por el detenido antes de ser asistido de Letrado. Y la STS 1571/2000, de 17 de octubre, admitió como prueba válida las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por los agentes policiales que testimoniaron acerca de las manifestaciones espontáneas realizadas por el acusado, tras su detención y una vez informado verbalmente de sus derechos, en el sentido de que no encontrarían nada en el registro de su vehículo porque la droga la traían los otros coimputados, lo que se comprobó posteriormente.

La doctrina precedente ha sido también reproducida, en cuanto a sus líneas generales, en la sentencia 112/2015, de 10 de febrero, y también figura recogida en una sentencia anterior: la 667/2008, de 5 de noviembre.

Y en cuanto a los testigos de referencia, tiene declarado el Tribunal Constitucional que " constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas, STC 217/1989), pero la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos " (SSTC 217/1989, 303/1993, 79/1994, 35/1995, 131/1997, 7/1999 y 97/1999). La validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de intermediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 209/2001, 155/2002, 219/2002 y 146/2003).

Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio de Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta contra Francia, de 19-12-1990; Isgró contra Italia, de 19-2-1991; Asch contra Austria, de 26-4-1991; en particular sobre declaración de testigos anónimos, Windisch contra Austria, de 27-9-1990 y Ludi contra Suiza, de 15-6-1992).

Esta Sala de Casación tiene establecido que los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen sólo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y, en consecuencia, subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr., tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a privilegiar una narración extraprocesal sustraída a la intermediación y a la contradicción. Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical. Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal (SSTS 31/2009, de 27-1; 129/2009, de 10-2; 681/2010, de 15-7; 757/2015, de 30-11; 586/2016, de 4-7; y 415/2017, de 8-6)."



5.- Traslación de la doctrina anterior al caso. - Valoración de las manifestaciones espontaneas.-Corroboración por la declaración de Víctor en juicio oral , de la testifical de los Agentes que escucharon las manifestaciones espontaneas.-

Como acabamos de ver , la **Sentencia del Tribunal Supremo núm, 376/17 de 24 de mayo de 2017** define qué son manifestaciones espontáneas.

En primer lugar, lo hace en sentido negativo, excluyendo que se pueda considerar como una manifestación espontánea " *lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales*".

Esto no es, obviamente, lo que sucedió en el caso que nos ocupa.

A continuación ejemplifica supuestos en los que sí es posible considerar que se está ante lo que se denominan "*manifestaciones espontaneas*":

- Una comparecencia voluntaria ante los agentes.

- Una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito.

- una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada.

Este tipo de manifestaciones son las consideradas efectivamente como espontáneas. No tienen ese carácter las declaraciones provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales. Es además necesario que esas manifestaciones fueran efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron . Por otra parte, recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017 de 24 de julio de 2017, que incluso en la hipótesis de que el detenido hubiera expresado ya a los agentes que se acogía a su derecho a no declarar - que no es nuestro caso-, tal derecho no se extendería al supuesto de que luego ese detenido hiciera voluntariamente declaraciones libres y espontáneas esos agentes, porque el ejercicio del derecho a no declarar determina que a los agentes les queda vedado a partir de ese momento la indagación o hacer preguntas, pero no puede serles impedido que escuchen las manifestaciones que luego el detenido pueda hacer libre, voluntaria y espontáneamente pese a haber manifestado que se acogía al repetido derecho (o como dice la sentencia, no queda prohibida "la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales")

Pues bien, la manifestación espontánea de Víctor entra dentro de esta categoría. Fue hecha sin coacción alguna, y sin que los Agentes de la Policía Nacional le hubieran hecho ninguna pregunta sobre los hechos. Ya le habían informado de que estaba detenido por un presunto delito de abusos sexual y le habían informado de sus derechos. Y estando ya informado de dichos derechos, - entre ellos, obvio es decirlo, el de no declarar- Víctor realizó espontáneamente, como decimos sin que nadie le hubiera hecho ninguna pregunta, esas manifestaciones que la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 y la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 escucharon y reprodujeron con total firmeza en su declaración testifical en el juicio oral: "*No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida*".

Es cierto que el **Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de fecha 3 de junio 2.015**, restringió el ámbito de la eficacia probatoria de las denominadas "manifestaciones espontaneas" , pero también indica que " *cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legitimar y lógicas inferencias*" .

Pues bien, en nuestro caso, ya hemos dicho que la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 reprodujeron en juicio con total consistencia lo que Víctor les dijo espontáneamente, y que lo dijo después de ser informado de que estaba detenido por un presunto delito de abuso sexual y de que se le informase de sus derechos.

Pero es que al margen del valor que pudiéramos dar, en sí mismo considerado, a lo declarado por estos agentes acerca de las manifestaciones espontaneas del procesado (sería una testifical de referencia y por ende, tendría valor complementario) **dicha manifestación alcanza un valor muy superior en la medida en que se ha visto averada y reconocida en el juicio oral por la declaración del propio acusado Víctor , quien durante el juicio oral , como ha quedado analizado en el fundamento de derecho TERCERO en sus parágrafos 9 y 10 (a los**



cuales expresamente nos remitimos), **reconoció que era cierto que los agentes que le detuvieron le informaron de que estaba detenido por un abuso sexual, que le informaron de sus derechos y sobre todo, reconoció que era cierto que les dijo a las agentes que no entendía que lo detuvieran, porque había sido "voluntario" y consentido**".

Preguntado incluso otra vez por el Ministerio Fiscal si había dicho ambas palabras ("voluntario", "consentido") el encausado reconoció que sí.

Ahora bien, el encausado ofreció una explicación al respecto: sin negar en absoluto haber dicho ante los agentes esa frase que las Agentes de la Policía Nacional reprodujeron en el plenario ("No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida"), lo que alega es que pese a que los agentes que lo detuvieron sí le dijeron que quedaba detenido por un delito de abuso sexual, en ese momento no lo entendió bien, estaba tan sorprendido que se quedó con la palabra "abuso" y pensó entonces que le estaban acusando de una especie "exploración laboral" hacia [[A-1]], es decir, como que el procesado le imponía a [[A-1]] que le ayudase a trabajar "haciendo las bolsas". Y que fue por eso por lo que les dijo a los agentes que [[A-1]] lo hizo de manera *voluntaria y consentida*, esto es, en el sentido de que [[A-1]] que había ido voluntariamente, pues el acusado sostiene además que era siempre [[A-1]] el que le iba buscando y le decía si le podía ayudar (véase grabación de la Primera Sesión del juicio oral a partir del minuto 32 y 10 segundos aproximadamente hasta 35 minutos y 02 segundos aproximadamente).

No en vano, esta misma explicación ya la refirió Víctor en la declaración que prestó en fase de instrucción (ver su declaración sumarial , folio 101), en la cual sobre esta cuestión, sin negar en ningún momento haber proferido esa frase que las agentes escucharon y reprodujeron en juicio, el entonces investigado declaró lo siguiente: *Que cuando le llevan a dependencias de policía cuando dijo eso, se refería al hecho de que él pensaba que no era delito el llevar a un chico a que le ayudase a llevar unas bolsas. Que entonces se enteró que no ve por un ojo*".

Pero lo relevante es que **mediante una prueba directa practicada en el juicio oral, como es la declaración del propio procesado, ha quedado probado que, después de que fuera informado de que estaba detenido por un delito de abuso sexual, después de que fuera informado de sus derechos, espontáneamente Víctor les dijo a los Agentes de la Policía Nacional la frase " No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida"**.

Por lo tanto, no se trata ya solo de valorar la testifical de los Agentes de la Policía Nacional que la escucharon, sino de tener en cuenta la existencia de otra prueba practicada en juicio oral, como es la declaración del procesado, que reconoce que lo que los agentes relataron es cierto, y que él dijo lo que se acaba de transcribir.

En cuanto a la explicación que facilitó Víctor para justificar la razón por la que dijo esa frase a las agentes que lo detuvieron - esto es, que él creía que la detención era por explotación laboral o algún " abuso" de este tipo-, debemos decir que **las agentes de policía, mediante su solidísimo testimonio manifestaron - y en este punto su testimonio es directo- que ellas le habían informado ya de forma clara que estaba detenido por presunto delito de abuso sexual, que le informaron de sus derechos, que ellas no tuvieron duda de que el acusado lo comprendía, que el acusado quedó sorprendido pero tranquilo , y que no tuvieron duda de que cuando se refirió a "consentido" y " voluntario", a lo que se refería era al delito del que se le había informado que era el motivo de su detención, es decir, delito de abuso sexual**.

La objetividad e imparcialidad de estos agentes, unida a la firmeza de su testimonio, no nos deja resquicio alguno de duda.

Por todo ello, uniendo la declaración del agente de Policía Nacional nº NUM015 , de la Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y de la agente de la Policía Nacional núm. NUM016 con lo manifestado en el juicio oral por Víctor , resulta lo siguiente:

Consideramos probado que Víctor era plenamente consciente de que estaba siendo detenido pro un delito de abuso sexual, y no por ninguna otra clase de infracción.

Consideramos probado que Víctor fue informado de sus derechos.

Consideramos probado que tras ello, y con ese conocimiento, Víctor manifestó a los agentes *"No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida"*.

Por otra parte cabe añadir que expresiones "consentida" y " voluntaria", son cabalmente de las que se utilizan habitualmente para describir una relación sexual, y no tanto una relación laboral .

Si unimos esto al hecho de que Víctor había sido informado con claridad de que la detención era por abuso sexual, y que los agentes no tienen duda de que lo comprendió, la conclusión no puede ser sino que esta



manifestación espontánea que hizo de Víctor corrobora plenamente la declaración testifical de [[A-1]], y en suma, que cuando Víctor les dijo a los funcionarios de policía que lo habían detenido la frase "No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida", lo que estaba diciendo que no entendía que las relaciones sexuales que había mantenido con [[A-1]] fuera delito porque había sido voluntaria y consentida.

SÉPTIMO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA (V).- DICTAMEN PERICIAL PSICOLÓGICO FORENSE SOBRE CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO Y DECLARACIONES DE LOS PERITOS EN JUICIO ORAL ACERCA DE DICHO DICTAMEN.

1.- En general: alcance complementario de la eficacia probatoria de los dictámenes sobre credibilidad del testimonio.-

Debemos partir de algo que ya hemos reiterado en esta resolución, y es que la valoración de la credibilidad del testimonio no corresponde a los peritos, sino al tribunal. Al tribunal incumbe valorar la prueba, incluida la testifical y la documental, e incluidas, claro está, la declaración testifical preconstituida del discapaz [[A-1]] y las grabaciones de la entrevista que le realizaron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, que ya hemos descrito y analizado.

El dictamen pericial sobre la credibilidad del testimonio puede ser un medio de prueba hábil, pero complementario en todo caso, en la medida en que no puede sustituir jamás a la percepción directa que el tribunal debe tener de la credibilidad del testigo que depone ante él en juicio (en este caso, el discapaz [[A-1]]), ni puede suplir tampoco la valoración crítica que debe hacer el tribunal de todo el elenco probatorio, incluido, claro está, las grabaciones de la entrevista de [[A-1]] realizada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, que fueron reproducidas en el plenario.

A este respecto, no está de más citar la mencionada **Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2016** (Pte. Soriano Soriano): (...) *la prueba determinante, como es usual en delitos de abuso sexual, lo constituye el testimonio del ofendido. Sobre este punto y en su interacción con los dictámenes periciales, que tratan de ofrecer criterios y orientaciones al Tribunal, la decisión del mismo no puede sustituirse por la de los peritos.*"

Por su parte, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2010**, razona: ".Como hemos dicho en STS. 969/2009 de 21.10, un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque si podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de la víctima establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Es por eso precisamente que hemos dejado para el final el estudio de este medio de prueba, consistente en los dictámenes periciales sobre credibilidad del testimonio emitidos por las peritos de designación judicial Sra. Diana (psicóloga del Instituto de Medicina Legal) y del médico forense Dr. Melchor .

2.- Dictamen psicológico sobre credibilidad del testimonio de [[A-1]].-

2.1.- Introducción.- Admisibilidad de la aplicación de la técnica SVA/CBCA en relación a incapaces.

El estudio del dictamen sobre credibilidad del testimonio fue emitido por la Psicóloga del Instituto de Medicina Legal de la Rioja Sra. Diana (folios 215 y ss) y ratificado por el médico forense Dr. Melchor (folio 286) .

La Psicólogo Doña Diana , según consta en el dictamen y según ratificó en juicio oral (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 3 horas 49 minutos y 40 segundos aproximadamente) , se basó en técnica empleada en este tipo de informes conocida como SVA, que es el acrónimo de "Statement Validity Assessment" (SVA) (Evaluación de la Validez de la Declaración), el cual tiene como integrante principal el denominado "CBCA" (Criteria-Based Content Análisis, o, en español, Análisis de Contenido Basado en Criterios).



El CBCA se proyecta sobre la declaración y su finalidad es averiguar si su contenido específico y sus características son reveladores de un relato producido a partir de lo recordado, esto es, de registros de memoria, o si por el contrario son producto de la ideación, la inventiva, la imaginación o la sugestión de terceros. Los criterios o "ítems" de análisis, según explica el propio informe de la psicóloga (124 y ss, por ejemplo) son 19, de los cuales han de cumplirse los tres referidos a las características generales (estructura lógica, elaboración no excesivamente estructurada y detalles abundantes) y además otros específicos. Una vez aplicados los criterios del CBCA, es necesario además complementarlos con los criterios de la lista de validez que supone la aplicación de 11 aspectos diferenciados agrupados en cuatro categorías que se describen en el informe (adecuación del lenguaje, adecuación del afecto, susceptibilidad a la sugestión, etc). Es conocido que en este protocolo o técnica, el resultado final del análisis permite clasificar cualitativamente la declaración según cinco posibles categorías 1º) creíble; 2º) probablemente creíble; 3º) indeterminado; 4º) probablemente increíble; 5º) increíble.

Se ha discutido por la defensa por la defensa sobre si era posible aplicar o proyectar este tipo de análisis (SVA), que en origen está pensado para menores de edad, sobre una persona como [[A-1]], que aunque discapaz y con una edad mental, según declaró la Psicóloga Forense Sra. Diana, de "nueve o diez años", tenía sin embargo una edad real de 19 años en el momento de los hechos.

La cuestión por lo tanto es si el SVA/CBCA es una técnica susceptible de ser aplicada no solo a menores, sino también a incapaces.

Pues bien, ya en el dictamen pericial (ver folios 215 y ss) se hace constar que sí es posible aplicar esta técnica en el caso de [[A-1]].

En concreto se razona de la manera siguiente: *"En este caso concreto, a pesar de que la técnica se aplica en menores de edad, dada la discapacidad que éste presenta, puede ser utilizada equiparando sus condiciones psicológicas a los de menores de edad, tanto en conocimientos como experiencias sexuales.(...) Los resultados obtenidos con la técnica SVA permiten apoyar la validez de la técnica empleada CECA tanto en relación con las características psicológicas (adecuación del lenguaje, adecuación del afecto y susceptibilidad al sugestión), como en cuanto las características de la entrevista mantenida (aparición de preguntas sugestivas y adecuación global de la entrevista). Asimismo se han valorado los aspectos relacionados con la motivación para informar en falso (motivos para denunciar, contexto de la revelación y presiones para informar en falso)."*

Más adelante, el dictamen (folio 220) hace la siguiente valoración psicoforense:

"existe información suficiente para aplicar las técnicas de credibilidad de testimonio infantil, equiparado con la discapacidad que presenta [[A-1]] en nivel de desarrollo infantil, que permitan obtener datos objetivos sobre la existencia de una conducta abusiva.

[[A-1]] es capaz de verbalizar situaciones que han sido vivenciadas por éste y entren en la esfera perceptiva de éste.

Partimos de la premisa de que existe una verbalización de [[A-1]] que permite, de manera objetiva y funcional, una exploración sobre abusos sexuales dentro de un contexto judicial. La premura en la recogida de la información facilita la exposición de ésta, ya que con la patología que presenta [[A-1]] el paso del tiempo provocaría la pérdida de detalles del suceso central.

[[A-1]] ha sido explorado de manera inmediata. Durante la recopilación de información no se ha dado una situación de sugestión de la información por lo que se ha podido llevar a cabo una evaluación forense de credibilidad de testimonio infantil.

La custodia de información de la situación abusiva se ha producido de forma espontánea sin que la misma haya sido provocada por terceros."

Pero además, la principal respuesta la dio la propia Psicóloga Forense Sra. Diana en juicio oral tanto a preguntas del Ministerio Fiscal como a preguntas de la defensa.

Así el Ministerio Fiscal preguntó a la perito si la técnica empleada, elaborada para menores de edad, se ajusta también a un discapaz como [[A-1]], la perito contestó *"sí, se ajusta perfectamente"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 3 horas 52 minutos y 45 segundos hasta 3 horas 53 minutos y 4 segundos).

Igualmente, a preguntas de la defensa (ver la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de 4 horas 19 minutos y 18 segundos), la perito dio más razones, y todas claras. Así, dijo que la técnica es apta también para ser aplicada a personas vulnerables, como un discapaz de las características de [[A-1]]. Indicó que para aplicar esta técnica (SVA/CBCA) lo importante es que el sujeto no hubiera tenido

previamente ese tipo de experiencias sexuales; pero que en este caso, en el que se trataba de un discapaz, equiparable a un menor de edad y en el que no se contaban con experiencias sexuales previas constatadas, la técnica se podía aplicar y que por eso se aplicó. Preguntada entonces la perito por la defensa del procesado acerca de por qué sabían que [[A-1]] no había tenido experiencia sexual previa, manifestó que al realizar la exploración se advierte si esa persona ha tenido experiencia sexual o no. Que si se tienen actividades sexuales previas, evidentemente se puede saber porque la persona está aportando datos de una actividad sexual, que al explorar a un menor o a una persona de las características de [[A-1]] se valora si han tenido o no actividad sexual previa. Y en este caso, no estaba alcanzada esa actividad sexual. Vino a sostener que aunque no se preguntase en la entrevista directamente por eso, no constaban otros indicadores que podían evidenciar si [[A-1]] tenía experiencia sexual previa (si ha tenido o no pareja antes, etc). Señaló que no existía constancia de que [[A-1]] hubiera tenido antes pareja, o que hubiera mantenido relaciones sexuales con iguales. Señaló que [[A-1]] estaba equiparado a un niño de 9 o diez años. Añadió que el hecho de que pudiera conocer el concepto de qué son "dos personas follando" o que pueda verbalizar ese concepto, no significaba que lo hubiera practicado, pues de conocer a la práctica, es una cosa muy distinta; señaló la Psicóloga Forense Sra. Diana que la conducta sexual es una conducta compleja que no se pueda aprender solo con ver. Preguntada la Psicóloga Forense Sra. Diana si el hecho de que [[A-1]] hubiera podido visionar, en su caso, videos pornográficos, podría incidir en su relato, manifestó que no, que para poder verbalizar una situación como la que describió [[A-1]] no sería tampoco suficiente con haber visionado antes videos o películas pornográficos, no hubiera podido llevar a cabo el aprendizaje como para luego ser capaz de verbalizarlo, porque además ahí se entraría en la esfera del pensamiento abstracto , que [[A-1]] no ha alcanzado.

Cabe recordar, en fin, a este respecto, que no solo la Psicóloga Forense Sra. Diana , sino también la psicóloga Azucena , la psicóloga Asunción y la testigo Natividad , Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 " calificaron el conocimiento sexual que tienen [[A-1]] como de "básico".

Debemos por último añadir que no son pocas las resoluciones judiciales en las que podemos encontrar la valoración de una prueba pericial psicológica realizada con la técnica SVA/CBCA a un discapacitado presunta víctima de abusos sexuales. Por ejemplo, citaremos la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 5 del 20 de diciembre de 2016** (ROJ: SAP TF 2754/2016 - ECLI:ES:APTF:2016:2754) o la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas sección 1 del 28 de junio de 2016** (ROJ: SAP GC 1189/2016 - ECLI:ES:APGC:2016:1189) que además contienen unas certeras reflexiones sobre la denominada psicología del testimonio: " *en relación con el dictamen psicológico sobre la credibilidad del testimonio del menor o incapaz en los delitos sexuales cometidos contra los mismos resulta frecuente, pues, acudir al auxilio del dictamen psicológico para valorar el crédito que pueda tener la declaración del menor o incapaz a los propios psicólogos, como se desprende de la sentencia de 22 de marzo de 1995 , teniendo dicho dictamen el carácter de prueba pericial, a practicar con todas las garantías procesales y constitucionales (STS 29 octubre de 1996). La psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza de un notable desarrollo, fruto del cual surge un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que pueden gravar a la prueba testifical, aunque también de su validez y objetividad, para lo cual se han de tener en cuenta las circunstancias personales y de entorno concurrentes. Tiene que insistirse en cuanto a la pericial psicológica, que sin duda ha alcanzado una gran importancia en el proceso moderno, dada la profusión de su empleo y los resultados que suele aportar, que son fundamentales, en muchos casos, para la toma de la decisión judicial correspondiente, abarca una complejidad de factores con el fin de efectuar un estudio de la psiquis en sí y de su entorno, que proporcionan los antecedentes personales, familiares y sociales de los intervinientes, y por lo tanto constituyen una modalidad de pericia no recogida en la Ley, aunque les sean aplicables las reglas generales de la prueba pericial, teniendo gran importancia cuando se trate de delitos sexuales, y sea precisa su práctica cuando resulten insuficientes los datos judiciales y las declaraciones testificales obrantes. En los delitos sexuales, en los que la única prueba directa puede ser el testimonio de la víctima, no resulta infrecuente acudir al auxilio del dictamen psicológico para determinar la credibilidad del testimonio y descartar la posibilidad de fabulación (STS 22 de marzo de 1995). Todo ello en el bien entendido sentido de que dichos informes puede ser admisibles como herramienta complementaria de valoración de las declaraciones testificales, si bien, por su propia naturaleza, no pueden en modo alguno sustituir a la función genuina de valoración del testimonio que corresponde al Tribunal. En este sentido, la sentencia de esta misma Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 9 de febrero de 2009 , puso de manifiesto ". Finalmente, en relación a la prueba pericial psicológica, como punto de partida debe situarse su alcance probatorio en sus justos términos, y en segundo lugar debe correlacionarse con el resto de la prueba practicada, esencialmente la fundamental de los testimonios de las aparentes víctimas."*

Por todo lo indicado concluimos que no existe razón objetiva alguna que permita concluir, en contra del criterio profesional de la Psicóloga Forense Sra. Diana y el médico forense Dr. Melchor , que la técnica empleada SVA /CBCA no pueda aplicarse a un discapaz de las características de [[A-1]].



2.2.- Aptitud y corrección de las entrevistas realizadas por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena para la elaboración del dictamen.-

Comenzaremos diciendo que preguntas de la defensa (ver a partir de las 4 horas 7 minutos y 20 segundos aproximadamente de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral) la Psicóloga Forense Sra. Diana y el médico forense Dr. Melchor explicaron que el dictamen se elaboró el 31 de agosto de 2017 .

A continuación los peritos explicaron algo importante, y es que ellos tomaron como base para su dictamen la entrevista que habían realizado las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena y la prueba preconstituida, porque la técnica del CBCA-SVA permite que se lleve a cabo con base en el primer testimonio recogido . En concreto, la Psicóloga Forense Sra. Diana manifestó que se basaron tanto en la primera entrevista que se le realizó a [[A-1]] (esto es, se refiere a la entrevista de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena) como en la prueba preconstituida, ya que *"...la técnica [SVA/CBCA] permite practicar la prueba con base en el primer testimonio que se recoge", " por eso es fundamental que se haga en grabación audiovisual , porque luego ya hay que evitar la contaminación en el resto de declaraciones, si no la técnica no te permite aplicarla"*.

Consideramos que no se ha probado que sea objetable científicamente, y desde el punto de vista de la técnica SVA/CBCA, la circunstancia de que los peritos hayan utilizado para llevar a cabo su informe la entrevista semiestructurada que llevaron a cabo las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena en su día, en lugar de llevar a cabo una nueva entrevista con [[A-1]], "ad hoc" para la elaboración del informe. Es más, consideramos que la explicación que ofreció la Psicóloga Forense Sra. Diana para exponer las razones por las que tomaron como base de su dictamen la primera entrevista realizada, en lugar de realizar otra nueva entrevista, consistente en tratar de evitar que la sucesivas declaraciones pudieran contaminar el testimonio, nos parece razonable. La entrevista que realizaron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena se grabó en soporte audiovisual y pudo ser evaluada perfectamente por los peritos forenses.

Sentado lo anterior, y entrando ya al estudio de lo que fue en sí la entrevista desde el punto de vista de la técnica y su forma de realización, la Psicóloga forense Sra. Diana indicó con contundencia de que la entrevista realizadas por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena fue correcta, y explicó las razones por las que las va a tener en cuenta.

Efectivamente, la Psicóloga Forense Sra. Diana , que declaró en juicio conjuntamente con el médico forense Dr. Melchor pero intervino como portavoz principal de ambos (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 3 horas 49 minutos y 40 segundos aproximadamente) muestra a lo largo y ancho de su declaración una opinión que coincide exactamente con la que esta Sala se ha formado tras visionar y escuchar las entrevistas de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena . Así, ya el dictamen psicológico forense emitido por la Psicóloga Forense Sra. Diana y ratificado y corroborado por el médico forense Dr. Melchor (ver folio 219 de la causa) advierte ya específicamente cuanto a la entrevista, que *"se considera que la entrevista se ha llevado a cabo sin inducir las respuestas e introduciendo preguntas más cerradas posteriores al relato libre para ampliar o aclarar información. Las preguntas directivas se han introducido una vez [[A-1]] había verbalizado previamente la situación."*

Este parecer fue ratificado en juicio oral por los peritos a preguntas de las partes (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 3 horas 53 minutos y 45 segundos aproximadamente hasta 3 horas 54 minutos y 50 segundos aproximadamente), pues la Psicóloga Forense Sra. Diana manifestó que a su juicio las preguntas de las entrevistas realizadas por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena fueron abiertas, que no fueron inductivas, que de hecho en el pericial no rechazó ninguna pregunta por sugestiva o inductiva, y que si hubiera advertido la existencia de alguna, la hubieran rechazado a la hora de hacer el dictamen. Explicó que la inducción se debe eliminar; pero que si se hacen preguntas relativas a aspectos que el entrevistado ha manifestado ya antes en tal caso no es inducción el preguntar sobre eso. Que la inducción se produce cuando se introduce en la pregunta información nueva, pero que si el entrevistado ha verbalizado ya antes un dato, a partir de ahí sí que es posible hacer nuevas preguntas sobre ese dato, porque eso no supone ya inducir.

Es decir: de acuerdo con lo indicado por la Psicóloga Forense Sra. Diana , lo que se concluye es que la inducción existe cuando en la pregunta se introduce un dato o información que el entrevistado no ha dicho ni mencionado nunca antes. Pero si el entrevistado (menor o incapaz) al contar una pregunta, introduce él espontáneamente un dato o una información, ya es posible, a partir de ese momento, hacer preguntas sobre se dato , pues quien lo ha introducido es el propio entrevistado.

Debemos concluir señalando que los razonamientos y apreciaciones de la Psicóloga del Instituto de Medicina Legal de la Rioja Sra. Diana acerca de la técnica de la entrevista realizada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena son totalmente coincidentes con los que este tribunal ha obtenido tras el visionado de la entrevista realizada a [[A-1]] por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , y que expusimos ya muy pormenorizadamente en el fundamento de derecho CUARTO de esta resolución, al cual nos remitimos.



Consideramos en definitiva que la entrevista realizada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena fue correcta, llevada a cabo en lenguaje coloquial apto para [[A-1]], que se llevó a efecto mediante preguntas abiertas, sin coacción, inducción ni sugestión.

2.3.-Análisis del dictamen pericial psicológico sobre credibilidad del testimonio y de la declaración en juicio oral de los peritos acerca del mismo.-

En cuanto a la forma de realización del dictamen, debemos decir que el dictamen emitido por la Psicóloga Forense Sra. Diana (folios 215 y ss de la causa) y asumido por el médico forense Dr. Melchor , expone suficientemente la técnica de SVA/CBCA y sobre todo, razona y explica el resultado obtenido en relación a [[A-1]].

Así, indica:

"El SVA se compone de tres elementos principales: la realización de una entrevista estructurada, un análisis de la declaración de acuerdo con determinados criterios y finalmente la comprobación de su validez.

El Análisis de Contenido Basado en Criterios (CECA), ayuda a examinar el contenido de la declaración. La base teórica radica en que las afirmaciones realizadas sobre sucesos que realmente se han experimentado difieren de manera cuantificable de las afirmaciones falsas o producto de la fantasía, de manera que un análisis de la declaración realizada puede discriminar entre una declaración verdadera o falsa sobre lo sucedido.

El CBCA se efectúa mediante la transcripción de la entrevista. Este método comprende 19 Criterios o ítems para valorar, de los cuales deben cumplirse varios criterios para considerar válida una declaración, siendo necesario que se cumplan los tres criterios de características generales: 1. Estructura lógica, 2. Elaboración no excesivamente estructurada y 3. Detalles abundantes.

De estos tres criterios, se cumplen todos a pesar de las limitaciones que presenta [[A-1]].

Existe una coherencia contextual, ya que existe una ubicación espacio que se ha mantenido a lo largo de las manifestaciones de [[A-1]] consistencia lógica, así como diferentes detalles de la declaración tienen un curso de acontecimientos lógico, consistente e integrado. Este aspecto se ha estudiado de manera más minuciosa dado que la discapacidad de [[A-1]] le podría dificultar la rememoración de hechos acaecidos con anterioridad.

De los contenidos específicos, se cumple la ubicación de los hechos en espacio con mayores dificultades en la ubicación temporal; la capacidad espacial la recupera por indicadores contextuales que él conoce " DIRECCION011 ", compatible la forma de recuperar información con la discapacidad que presenta. Descripción de la interacción "acaricia el brazo" "cogió pene". No existen complicaciones inesperadas durante el incidente, dado que lo ubica en un espacio cerrado, vivienda en la cual no existen otras personas.

De las peculiaridades de contenido cumple el de detalles inusuales [[A1]] aporta "visionado de videos porno". En detalles superfluos, vergüenza que muestra a la hora de hablar del "pene". En cuestiones de interés por conductas sexuales la exhibición de videos que [[A1]] identifica como pornográficos. El criterio de emociones de la víctima se cumple cuando [[A1]] informa sobre "pene en su boca" le provoca mayor rechazo.

En criterios de contenidos de motivación el relato de [[A1]] puntúa en cuestionamiento su propio testimonio reconociendo que no se acuerda. No rellena información, cuando no recuerda algo y se le pregunta.

El último criterio de elementos específicas de la ofensa, respecto a aportación de elementos cuya presencia está empíricamente demostrada en este tipo delito, el ofrecimiento del dinero. La identificación la realiza en base a que es una persona familiar en su contexto inmediato. "

Sobre todos estos aspectos, los peritos fueron interrogados en juicio oral.

Así, en cuanto a la existencia de los *detalles abundantes* que los peritos reseñaron el dictamen (recordemos que este es que es el tercer criterio del CBCA correspondiente a características generales , según hemos visto en la transcripción del dictamen que acabamos de reseñar), a preguntas del Ministerio Fiscal (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de las 3 horas 55 minutos y 30 segundos aproximadamente) la perito contestó afirmativamente a la pregunta de si era cierto que [[A-1]] daba " *detalles con mucho lujo*", y explicó que esto es posible, porque *"en este tipo de discapaces la memoria visual no está tan deteriorada y es capaz de aportar todo este tipo de datos; sí que es verdad que con el paso del tiempo pueden perder toda la información, y pueden ir recuperando a retazos, a trozos, siempre y cuando haya un indicador visual o contextual que le permita recuperar esa memoria"*. Añadió que era *"muy difícil"* que se los hubiera inventado porque se trata de memoria inmediata y además [[A-1]] no tiene desarrollado el pensamiento abstracto.

La defensa también preguntó a la Psicóloga Forense Sra. Diana por la cuestión de los *" detalles abundantes"*. Sobre esta cuestión,, la Psicóloga Forense Sra. Diana explicó que esto significa que sobre un hecho concreto,



el entrevistado va aportado datos conforme a los distintos criterios. Señaló que los tres primeros criterios [del CBCA] , son obligatorios, deben de cumplirse los tres, "en función de las características del sujeto que se está valorando". Por ejemplo, hizo referencia al segundo de esos criterios (esto es, el relativo a "elaboración no excesivamente estructurada") y la perito explicó al respecto que a nivel psicológico, cuando recordamos los hechos lo hacemos de forma desestructurada, es decir, en desorden ("de repente viene este recuerdo, viene otro..."). Por lo tanto, considera que cuando un relato es desestructurado, eso aumenta a nivel psicológico la credibilidad de dicho relato, porque es esa la forma en que recuperamos los recuerdos. Sin embargo, cuando aprendemos algo, la forma de recuperar esos datos es completamente distinta (es más sistemático, ordenado) y se hace un relato lineal de dicho aprendizaje. A continuación explicó a qué se refería con lo de los "detalles" y señaló que estos siempre deben referirse a hechos concretos que el entrevistado ha podido vivenciar. Señala que existen relatos que cumplen muy pocos criterios, pero que en este caos pasaba por varios criterios . La Psicóloga Forense Sra. Diana manifestó también, siempre a preguntas de la defensa , que la técnica establece que cuando se recuperan datos a nivel contextual [como los del ejemplo indicado] a nivel psicológico significa que está basado más en la vivencia; pero cuando no se recuperan datos a nivel contextual , es que se está más en el ámbito de la imaginación. Pero que en este caso, por ejemplo, en el *item* 19 relativo a " detalles característicos del abuso", se cumple al ofrecer el detalle de que le ofrece cinco euros, o cuando [[A-1]] verbaliza los cinco euros. La letrado de la defensa del procesado preguntó entonces (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 4 horas 18 minutos y 17 segundos aproximadamente hasta 4 horas 19 minutos y 10 segundos) por qué, por ejemplo, [[A-1]] describe detalladamente el portal del edificio (se refiere de la CALLE001) y sin embargo , cuando describe "el hecho en sí" (esto es, los actos de contenido sexual) los detalles no son tan extensos. La perito dio a nuestro juicio a continuación una respuesta muy clara y razonable a dicha pregunta. Indicó que hay que tener en cuenta como es [[A-1]]; y que es distinto describir aquello que el propio [[A-1]] está acostumbrado a ver (describir un portal, por ejemplo, pues pasa por una calle y ve portales) que cuando [[A-1]] tuvo que describir una conducta a la que no está habituado (como son esos actos de contenido sexual) pues... " [[A-1]] no estaba integrado dentro de la sexualidad con adultos".

En todo caso, debemos decir que esta Sala no advierte en realidad una sustancial diferencia de detalle en la descripción que hizo [[A-1]] de los actos de contenido sexual, en relación a los demás datos que refirió en su relato. Pero sea como fuere, entendemos que efectivamente sí se advierten en la entrevista detalles abundantes (la situación en que se producían los encuentros - cuando jugaba con sus amigos- la insistencia en que cogiera los cinco euros, la descripción del vehículo, la ubicación del apartamento al lado de a " DIRECCION011 ", la descripción del portal, el hecho de que le enseñaba videos pornográficos, e incluso también, a nuestro juicio, el hecho de cómo le acariciaba - lo cual escenifica- y finalmente, el hecho de la felación, respecto de lo cual, ciertamente tampoco cabe una descripción mucho más extensa a como la realizó [[A-1]]).

El dictamen emitido por los peritos (folio 219) analiza asimismo las *características psicológicas concurrentes en el relato de [[A-1]]* .

En ellas advertimos que se indica expresamente que no se detecta signos de manipulación, ni tampoco influencias de terceros , ni se detectó ninguna motivación en [[A-1]] para declarar en falso.

En concreto señala el dictamen : " Al mismo tiempo no se han detectado motivaciones externas o influencias de terceros en la declaración de [[A-1]] . A lo largo de las grabaciones se ha mantenido el testimonio, no existiendo alteraciones en los detalles centrales del mismo." (...) " No se detectan motivaciones para alegar en falso. La ingenuidad que se da en este tipo de discapacidad no entra en consonancia con intereses dañinos hacia terceros."

Sobre si se habían advertido o no signos de manipulación, el Ministerio Fiscal preguntó también a los peritos, rechazando estos rotundamente dicha posibilidad. Y en este sentido, tal como puede verse a partir de las 4 horas 13 minutos y 5 segundos hasta 4 horas 13 minutos y 46 segundos aproximadamente de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, el médico forense Dr. Melchor añadió a preguntas de la defensa que " la capacidad de inventiva de [[A-1]] es muy baja" y que " no tiene capaz de inventiva, no tiene capacidad de inventar algo que no le ha pasado..."

Finalmente por todas estas razones el informe concluye con un *dictamen de credibilidad*, el cual creemos que en virtud todo lo que antecede, se halla suficientemente razonado

En concreto, el dictamen señala (ver folio 220):

"Dadas las características personales de [[A1]] éste aporta detalles específicos y contextuales que serían de difícil elaboración ya que son de una elevada complejidad para exponerlos sino han entrado en la esfera perceptiva del mismo, ya que sus limitaciones cognitivas no son compatibles con el relato de hechos que no hayan sido vivenciados por éste. El paso del tiempo disminuirá en la cantidad de detalles que pueda aportar sobre los hechos.



Y concluye: "En relación a la credibilidad de la declaración de [[A1]] y los resultados obtenidos en la aplicación de la técnica concluimos **que el testimonio tiene criterios de credibilidad**" (el énfasis en negrita está en el dictamen original)

A este respecto en el juicio oral, el Ministerio Fiscal preguntó a los peritos si ratificaban que a su juicio el testimonio de [[A-1]] era creíble. (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral desde 3 horas 55 minutos y 50 segundos hasta 3 horas 56 minutos 50 segundos aproximadamente). Y ante esta pregunta, la Psicóloga Forense Sra. Diana , en nombre de los dos peritos, manifestó rotundamente *que " desde el punto de vista psicológico y del análisis que hicimos es creíble"*. Y añadió *que no habían detectado ningún tipo de manipulación, pues si así hubiera sido, lo hubieran hecho constar en el dictamen*

3.- Conclusión.- Eficacia probatoria.-

Todo lo que antecede nos hace concluir que debemos otorgar relevancia probatoria complementaria al dictamen emitido por la Psicóloga del Instituto de Medicina Legal de la Rioja Sra. Diana y el médico forense Dr. Melchor , cuyos argumentos y conclusión compartimos, pues no en vano, la conclusión de credibilidad a la que llega esta pericial coincide plenamente con la impresión y valoración a la que ha llegado esta Sala al examinar y abalzar la testifical preconstituida de [[A-1]] y la entrevista que realizaron a [[A-1]] las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena .

OCTAVO.- VALORACIÓN PROBATORIA (VI).- INFORME PERICIAL PSICOLÓGICO SOBRE EL PERFIL DEL PROCESADO.-

1.- La defensa de Víctor aportó al procedimiento un dictamen elaborado por el Psicólogo Sr. Cesareo , que fue admitido como prueba y obra a los folios 18 y siguientes del rollo de Sala. Dicho dictamen fue emitido el 12 de diciembre de 2017 y fue ratificado por su autor, el Psicólogo Sr. Cesareo , tal como puede verse en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir aproximadamente de las 4 horas 24 minutos y cero segundos.

2.- El dictamen que le fue encargado por la defensa a este perito tuvo por objeto, según se indica en el primer folio del mismo, "determinar el riesgo de realizar conducta sexual violenta hacia terceros de Víctor "

Tal fue pues su exclusivo ámbito.

El dictamen por lo tanto no tiene por objeto examinar la credibilidad del testimonio de [[A-1]], el cual no es objeto de la pericia.

El objeto de la pericia se ciñe al procesado. Pero además, ni siquiera examina la credibilidad del propio procesado sobre los hechos objeto de este procedimiento, sino que se trata de examinar, en general, el perfil psicológico del procesado, pero además, en una proyección a futuro (así lo expuso claramente en juicio oral el perito); esto es, analiza si el procesado constituye un riesgo para terceros, en el sentido de que pueda llegar a realizar una conducta sexual violenta.

El dictamen determina que el procesado no cumple ni uno solo de los 20 *items* o factores que incluye la metodología empleada en el informe (método SRV-20) que podrían denotar que concurre un riesgo de que el encausado pueda desarrollar conducta sexual violenta, pues en todos ellos da cero. Concluye por ello que el riesgo de que Víctor realice conducta sexual violenta hacia terceros es "bajo".

El Psicólogo Sr. Cesareo explicó en juicio oral que el riesgo se clasifica en tres categorías dentro de la probabilidad de riesgo, alto -moderada- bajo; pero que la técnica o metodología empleada no permite indicar que el riesgo sea *inexistente*; y explicó que no se podía asegurar jamás que una persona no fuera a realizar un comportamiento de este tipo, y que él "*no podría determinar con total certeza*" que una persona no vaya a realizar una determinada conducta.

Sin embargo, el resultado de esa prueba no nos parece que tenga relevancia a la hora de determinar si se cometieron o no los hechos objeto de enjuiciamiento.

El hecho de que el acusado no tenga un perfil psicológico de abusador sexual o que no presente a priori un riesgo de que en el futuro pueda realizar una conducta sexual violenta, carece de relevancia para el enjuiciamiento de los hechos en cuanto no determina que no pudiera haber cometido los abusos sexuales, toda vez que las personas con conductas sexuales anormales lo suelen ocultar socialmente y que los factores de riesgo tienen únicamente una base probabilística sin que existan estudios concluyentes que nos puedan permitir ni afirmar ni descartar la autoría de un delito de esta naturaleza en base a un perfil elaborado por un especialista en psicología o en psiquiatría, de modo que el mero hecho de que una persona no responda a un perfil determinado, en este caso de abusador sexual, o presente un riesgo bajo de conducta sexual violenta en el futuro, no significa que debamos, sin más, descartar la posibilidad de que pudiera ser autor del delito pues de lo contrario, de ser tan fiable el resultado de los exámenes periciales con el emitido por el Psicólogo Sr.



Cesareo , de cuya seriedad no dudamos, serían innecesarios este tipo de juicios, ya que bastaría el dictamen de un perito para concluir en la condición o no de agresor o abusador sexual según el perfil psicológico que presente. En este sentido, por ejemplo , la Sentencia del Tribunal Supremo 1367/2011 de 20 de diciembre hace referencia , entre otras cosas, a la limitada eficacia de la intervención de peritos para informar sobre el perfil psicológico del examinado. En similares términos se pronuncia la sentencia de fecha 15 de julio de 2016, recurso núm. 197/2016. Podemos citar también el Auto del Tribunal Supremo del 28 de diciembre de 2017 (ROJ: ATS 13037/2017 - ECLI:ES:TS:2017:13037A), que confirma la decisión de la Audiencia Provincial de no otorgar relevancia probatoria a un dictamen de este tipo.

No en vano, como hemos dicho, el propio Psicólogo Sr. Cesareo , dejó claro en juicio que la técnica o metodología empleada no permite indicar que el riesgo sea inexistente, pues no se podía asegurar jamás que una persona no fuera a realizar un comportamiento de este tipo.

En suma, la pericial en relación con el perfil psicológico del acusado no puede determinar en absoluto que no sea factible considerarlo autor del delito de abusos sexuales, máxime cuando, como en este caso, y según vamos ya exponiendo, el elenco probatorio evidencia de forma sólida y variada que Víctor sí cometió los hechos por los que es acusado.

NOVENO.- VALORACIÓN PROBATORIA (VII).- TESTIGOS PROPUESTOS POR LA DEFENSA.-

1.- Testifical prestada por Rosana , pareja del procesado.-

1.1. Contenido de la declaración.

A propuesta de la defensa declaró en juicio oral Rosana , pareja del procesado, a la que se le informó de lo dispuesto en el artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido de que no estaba obligada a declarar debido a su condición de cónyuge del encausado.

Es de señalar que esta testifical objetivamente tiene una importancia más que relativa, pues no aportó ningún dato concreto acerca de los específicos hechos objeto de enjuiciamiento (los presuntos abusos sexuales perpetrados por Víctor hacia [[A-1]]). Su declaración se refirió sustancialmente a describir el conocimiento previo que tenía de [[A-1]] y su familia, así como a describir la personalidad de su esposo.

La declaración puede examinarse en la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 31 minutos y 12 segundos aproximadamente.

A preguntas de la defensa explicó el conocimiento que tenía de [[A-1]] y de su familia (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 32 minutos y 12 segundos): indicó que conocía a [[A-1]] y a su familia debido a que vivieron en arrendamiento en el edificio donde ella reside, desde el año 2009 hasta 2012. Señaló que ella y el procesado (con sus hijos) viven en el piso NUM013 y que se los encontraba de forma habitual por las escaleras o en el rellano o en los jardines. Que cuando dejaron de vivir en el edificio, en los veranos "me los encontraba por la tarde a [[A-1]] y a su familia en los jardines de mi casa". Que también conoce al denunciante porque " el denunciante ha subido a mi casa. No dentro, pero ha llamado a la puerta de mi casa" .

Preguntada seguidamente por la abogado de la defensa si la testigo conocía que [[A-1]] tenía algún tipo de discapacidad y si le pareció en algún momento un chico discapaz, la testigo contestó de forma muy categórica: "No. Aparentemente es una persona normal, lo he visto jugar al fútbol en la calle. Habla el español perfectamente, lo poco que he podido verle." "Es a raíz de la denuncia cuando conocemos que tiene una discapacidad."

Preguntada seguidamente sobre si ha tenido alguna relación con [[A-1]] y su familia, la testigo contestó lo siguiente: "No. Eran... las veces que me los encontraba en el portal o en los jardines, era una familia muy huraña, si saludaban normalmente saludaban ellos, los hombres, las mujeres no. Pero no ha habido una conversación nunca con ellos."

A continuación, la abogada de la defensa preguntó a la testigo sobre lo que acababa de referir poco antes relativo a que en una ocasión [[A-1]] subió a su casa, y le preguntó en concreto a qué subió [[A-1]] a su casa, Rosana contestó del modo siguiente (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 34 minutos y 36 segundos aproximadamente) :

"Era un sábado, estábamos los cuatro en la cocina, terminando de comer, suena el..., sonó el timbre de la puerta de mi casa, la del rellano, no la del portal, no sonó el interfono, directamente llamó en la puerta de mi casa. Me levanté, miré por la mirilla... y me estremecí al ver a la otra persona que estaba al otro lado de mi puerta. No contesté ni abrí la puerta. Volví a la cocina, me preguntaron quién era , yo contesté que nadie. Entonces me volvieron a preguntar: "¿cómo que nadie? Alguien sería..." Les dije que era el chico DIRECCION017 que jugaba abajo al fútbol con los niños . Entonces Víctor dijo: a lo mejor viene a buscarme a mí. Voy a ver. Salió, volvió al momento, entonces me explicó que le había ayudado a descargar un par de veces el coche y que él le había



dado... le había dado un balón viejo de fútbol. Entonces yo le dije que esta persona me daba miedo porque no me gustaba cómo miraba a nuestra hija y no quería volverlo a ver nunca más por nuestra casa. Yo me quedé limpiando, Víctor salió afuera, se fue, cuando volvió le pregunté si había estado con este chico y.. y me dijo que habían estado haciendo bolsas, pero que me quedase tranquila, que ya le había dicho que no le iba a necesitar más." Preguntada cuanto tiempo tardó entre que Víctor se fue y hasta que volvió, la testigo señaló que no sabía el tiempo exacto pero que debió de ser algo prudencial, porque no se alarmó. (Véase grabación de la Segunda Sesión del juicio oral, a partir de 1 hora 34 minutos y 36 segundos aproximadamente, y hasta 1 hora 36 minutos y 34 segundos aproximadamente)

A continuación la abogada de la defensa le preguntó por la afirmación que había hecho la testigo relativa a que le daba miedo de cómo [[A-1]] miraba a su hija. Sobre esta cuestión Rosana declaró lo siguiente (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral a partir de 1 hora 36 minutos y 52 segundos): *" sí... de hecho mi hija estaba advertida de este chico. A raíz de esas miradas, yo la tenía advertida. Si este chico entraba al portal, - porque jugaba con niños que viven en alquiler en el mismo edificio mío-, yo le tenía dicho que si este chico entraba al portal que llamara al interfono de abajo antes de subir arriba a casa..."*

Luego relató que un día Víctor le preguntó a su hijo si conocía al chico DIRECCION017 y que su hijo le dijo que sí, y que Víctor le preguntó si había visto que alguna vez le buscara cuando llegaban en coche, a lo que su hijo refirió que alguna vez. Y la testigo añadió espontáneamente: *"también quiero decir que a este chico le he visto merodeando a solas por el portal de mi casa. Sentado, a solas, en banco más cercano al portal de mi casa. Incluso un día, yo salía de mi casa, él pasaba de largo, y cuando oyó la puerta que se cerraba y salía, se me quedó fijamente mirando. Ahí hubo un cruce de miradas, sabe perfectamente quién soy-"* Preguntada inmediatamente por la abogada de la defensa si a la testigo le daba miedo, esta respondió terminantemente que " sí" . (Ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral hasta 1 hora 38 minutos y 54 segundos).

Señaló luego que su marido lleva material deportivo cuando va a hacer alguna carrera, a la vivienda de la CALLE001 . E indicó que *tenía llaves de ese piso tenía su madre, su hermana, podían acceder sus sobrinos y que además ese piso estaba en venta y la inmobiliaria también tenía llaves y podía acceder.*

Indicó que Víctor tiene una agenda muy llena. Que los sábados y los domingos por la mañana Víctor normalmente los dedica a entrenar a sus atletas y llevarlos a "crosses" y a carreras, y a sus hijos porque los dos juegan a baloncesto. Que también lo dedica a ver a su madre. Que las comidas y por las tardes estaban juntos. Señaló que Víctor no lleva dinero encima porque siempre paga con una tarjeta de crédito y que en el coche siempre lleva monedas pero no lleva nunca dinero encima, que la que lleva el dinero encima es ella. Manifestó que su marido no está al día en tecnologías, empezó muy tarde en las redes sociales y en whatsapp, y si empezó fue porque se lo exigían sus atletas. Que cuando tiene un problema en el móvil siempre llama a su hijo Pelayo o a la testigo. Que Víctor no tiene ni contraseñas ni patrón de acceso al móvil, y que de hecho ella y sus hijos solían coger su móvil para hacer llamadas. Describió el móvil de Víctor como un "SONY XPERIA - U". Indicó que a veces le llegan videos verdes, pero que no los guarda sino que los borra. Que nunca vio en ese móvil que hubiera videos de carácter pornográfico. Que el móvil de Víctor antes era de su hijo.

Señaló que Víctor otras veces ha cogido a chavales que entrena para que le ayuden a llevar a la vivienda de la CALLE001 y que incluso allí se ha celebrado alguna junta del equipo de atletismo.

Que nunca ha conocido con barba a Víctor y que por razones de higiene y de imagen no ha llevado barba, porque el procesado, por su actividad laboral, está expuesto a la gente.

La abogada de la defensa pidió a la testigo que definiera a Víctor . La testigo, visiblemente afectada, lo definió como una persona que no fuma, ni bebe, ni se droga, que lleva una vida ordenada, que tiene una familia estructurada, una profesión que le enriquece e intenta compaginar su vida familiar y profesional, porque está muy absorbido por el atletismo, por el que siente verdadera pasión. Decidió a su pareja como una persona confiada y explicó que incluso había sido objeto de una estafa. Explicó que le llaman de muchos sitios, e incluso ha colaborado con FERDIS (FERDIS es una entidad que tiene por finalidad desarrollar el deporte para Discapacitados Intelectuales). Que incluso después de que saliera la noticia de esto hechos , el propio Víctor trató este tema con sus jefes, compañeros de trabajo y atletas, y no ha recibido más que apoyos.

Las preguntas que realizó a esta testigo el Ministerio Fiscal pueden verse a partir de 1 hora 52 minutos y 55 segundos de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral.

El Ministerio Fiscal le preguntó si entonces había mantenido alguna conversación con [[A-1]] a lo que la testigo contestó *que "nunca", "conversación ninguna".*

El Ministerio Fiscal le preguntó más tarde si el piso la CALLE001 estaba vacío, y la testigo dijo que sí. Preguntado si el sábado o domingo por la tarde la inmobiliaria va a acceder a ese piso, dijo que puede acceder al piso su madre, su tía y sobrinos.



Manifestó también que su marido sí sabe eliminar archivos del whatsapp.

Tal como podemos ver a partir de 1 hora 55 minutos y 4 segundos de la grabación de la Segunda Sesión del juicio oral aproximadamente, el Ministerio Fiscal, con singular tino, le preguntó a la testigo entonces por las palabras que utilizó la testigo al referirse a [[A-1]], las cuales enumeró (" me he estremecí", " estaba merodeando", " le he advertido a mi hija..." " hemos tenido un cruce de miradas..."); y en concreto preguntó a la testigo si no le parecía que este muchacho era raro. A esto la testigo respondió que lo que le parecía es que [[A-1]] *miraba mal a su hija*, y precisó: *"que la miraba como un chico mira a una chica cuando le gusta"*. Preguntada entonces si eso es pues todo lo que advirtió entonces de [[A-1]], y si era por eso por lo que dijo "me estremecí", y las demás expresiones, a testigo contestó de forma muy rotunda : *"sí, me daba miedo"* (ver grabación de la Segunda Sesión del juicio oral hasta 1 hora 56 minutos cero segundos)

La acusación particular no quiso hacer preguntas.

1.2. Valoración de la testifical de Rosana .

Expuesta así la declaración de Rosana , en ella se advierten señaladamente dos características: por un lado, un muy comprensible y lógico sesgo favorable hacia el procesado, que es su pareja y el padre de sus hijos, a quien describió como una persona sana (no fuma, ni bebe, ni se droga, que lleva una vida ordenada), que tiene una familia estructurada, que tiene una profesión que le enriquece e intenta compaginar su vida familiar y profesional, etc.

La segunda característica de su declaración es que la testigo evidenció a lo largo de su declaración un sesgo de aversión hacia [[A-1]].

Nos explicamos.

En primer lugar, es un hecho cierto que la testigo manifestó en varias ocasiones que nunca había hablado con [[A-1]], que nunca había mantenido una conversación con él, y que solo lo conocía de vista, en concreto porque en tiempo vivió en su mismo edificio -en régimen de arrendamiento, precisó la testigo- y se lo encontraba en la escalera o en lo rellanos, y sobre todo porque lo veía jugando al fútbol *"con los niños"*, y porque aun después de dejar de vivir en el edificio, tanto [[A-1]] como su familia siguen yendo en verano a los jardines del edificio.

Por lo tanto, el conocimiento de la testigo sobre [[A-1]] es un mero conocimiento "de vista", a todas luces insuficiente para formar cabalmente un juicio sobre la conducta o el carácter de una persona.

Sin embargo, la testigo evidenció en su declaración que pese al limitado trato que había tenido con [[A-1]] sí que había formado un juicio sobre él, el cual era patentemente desfavorable, como con acierto puso en valor el Ministerio Fiscal tanto en el interrogatorio a la testigo como luego en vía de informe.

Para comprobarlo, detengámonos a continuación, a título de ejemplo, en algunas de las frases de la testigo durante su declaración:

a) La testigo refirió que [[A-1]] un día llamó a la puerta de su casa, que ella miró por la mirilla, y que *"me estremecí al ver a la persona que estaba al otro lado de mi puerta"*.

Prima facie, parece cuando menos no proporcionada objetivamente, la reacción de "estremecimiento" de la testigo, simplemente por haber visto al otro lado de la puerta a una persona a la que solo conocía de vista.

De hecho, recordemos que la testigo había declarado poco antes que cuando [[A-1]] vivía en su edificio, a veces se lo cruzaba en la escalera y en el rellano (así lo declaró Rosana). Sin embargo, no consta que sucediera nunca nada en esos encuentros ocasionales.

Bien es verdad que la testigo explicó a continuación, a preguntas de la defensa, las razones por las cuales [[A-1]] le causaba estos sentimientos (estremecimiento): *"no me gustaba cómo miraba a nuestra hija y no quería volverlo a ver nunca más por nuestra casa."* E incluso más tarde dijo que dijo : *"sí... de hecho mi hija estaba advertida de este chico. A raíz de esas miradas, yo la tenía advertida. Si este chico entraba al portal, -porque jugaba con niños que viven en alquiler en el mismo edificio mío-, yo le tenía dicho que si este chico entraba al portal que llamara al interfono de abajo antes de subir arriba a casa..."*

A preguntas del Ministerio Fiscal, aclaró qué significaba "mirar mal": *" que la miraba como un chico mira a una chica cuando le gusta"*. E indicó que por eso esta persona le *"daba miedo"*.

Sin embargo, creemos que esta manifestación (*"miraba mal"*) es inespecífica, incluso con la explicación añadida luego; y es que no se describe cómo y cuándo sucedieron esas miradas, ni cuantas veces, ni en qué circunstancias se produjeron. A mayor abundamiento, lo expuesto evidencia que aun en la hipótesis de que fuera cierto lo referido por la testigo, la conducta de [[A-1]] no habría ido más allá de "mirar", pues consta



evidenciado - ni siquiera ha sido alegado-, que [[A-1]], hubiera realizado alguna vez, ya fuera de obra o tan solo de palabra, alguna conducta indebida ni contra la hija de la testigo, ni contra esta, o el resto de su familia.

No consta tampoco que a raíz de esas supuestas "miradas" se requiriera de alguna forma a [[A-1]] o a su familia para que dejara de conducirse así (desde luego, mucho menos que se interpusiera ninguna denuncia).

Tampoco se ha aportado - y esto es relevante- ningún otro testigo que, con mayor dotación de objetividad e imparcialidad, haya corroborado haber visto esa situación hacia la hija de la testigo que únicamente la pareja del procesado ha descrito. No se aporta nadie más que viera esas miradas, ni ninguna otra prueba de su realidad.

Tampoco nos queda claro el motivo por el que, si todo esto era así, hasta el punto de que tenía incluso "miedo" de [[A-1]] y había llegado incluso a "advertir" a su hija de que se previniera de él, la testigo sin embargo no comentase nunca antes con su pareja y padre de su hija, Víctor, esta preocupación por su hija y este miedo que la aquejaban. Y en la hipótesis de que la testigo sí le hubiera contado anteriormente a Víctor la preocupación que tenía con [[A-1]], en tal caso lo que no se explicaría de un modo razonable, es por qué entonces Víctor seguía viendo a [[A-1]] hasta el punto de llevarlo a la vivienda de la CALLE001 y permanecer allí con él a solas durante 59 minutos el día 25 de marzo.

b) Pero es que más adelante, la testigo declaró, además de modo espontáneo: *"También quiero decir que a este chico le he visto merodeando a solas por el portal de mi casa. Sentado, a solas, en banco más cercano al portal de mi casa."*

Utilizó por lo tanto la testigo la palabra "merodear" para describir que vio a [[A-1]] sentado en un banco solo a la puerta de su edificio, en el cual ya se ha dicho que [[A-1]] residió tiempo antes, y seguía yendo por allí a jugar a fútbol "con niños".

No nos parece sin embargo que el hecho de que [[A-1]] estuviera sentado en un banco del edificio donde había vivido y donde seguía yendo habitualmente a jugar, sea *merodear*.

Baste decir que según podemos ver en la definición del Diccionario de la RAE, la palabra "merodear" tiene un inequívoco componente peyorativo: la RAE la define de la siguiente manera: *"Vagar por las inmediaciones de algún lugar, en general con malos fines."* La segunda acepción no es mucho más positiva: *"Dicho de una persona: Vagar por el campo viviendo de lo que coge o roba."*

El hecho que la testigo Sra. Rosana, consciente o inconscientemente (suponemos que esto último), eligiera la palabra "merodear" para definir el comportamiento de [[A-1]], que desde luego era de los más neutro, pues simplemente estaba sentado en un banco a la puerta de un edificio, denota a nuestro juicio ese sesgo de aversión al que hemos aludido, y que en todo momento de su declaración manifestó la testigo al referirse a [[A-1]].

c) Añadió también la testigo - no sabemos con qué finalidad- que *"Incluso un día, yo salía de mi casa, él pasaba de largo, y cuando oyó la puerta que se cerraba y salía, se me quedó fijamente mirando. Ahí hubo un cruce de miradas, sabe perfectamente quién soy."* Sin perjuicio de que no precisó si este episodio sucedió antes o después de la denuncia, lo cierto y verdad es que lo único que reprocha a [[A-1]] es "mirar". Nada más. La testigo no dice ni describe que [[A-1]] hubiera ninguna acción u omisión ni de obra ni de palabra, contra ella o su familia, o contra nadie en general. La expresión "cruce de miradas" denota también el sesgo que estamos advirtiendo en todo momento en la testigo.

Todo lo que exponemos nos lleva a considerar que la testigo nos ofrece serias dudas de credibilidad subjetiva.

No obstante, y a título de a mayor abundamiento, destacaremos otros tres datos de cierto interés aportados por la testigo:

1º) El primero se refiere a que la testigo que corrobora que el teléfono móvil que poseía en esa época Víctor era un SONY XPERIA U, en definitiva, un sencillo *smartphone*, que no obstante es notorio que permite el envío, recepción y reproducción de archivos de video y el uso de aplicaciones como "whatsapp".

2º) La testigo indicó que no solo Víctor tenía llaves de la vivienda de la CALLE001, sino que también las tenían la madre de Víctor, la hermana de Víctor (por lo que sus sobrinas podían acceder allí) y también una inmobiliaria cuyo nombre sin embargo no especificó. Pero lo que está claro es que quien utilizaba esa vivienda era Víctor. La Policía, según hemos visto, indicó que la casa estaba deshabitada. No consta que fuera nadie más con asiduidad a esa casa (ni el responsable de esa ignota inmobiliaria ni los familiares que se afirma que poseían otros juegos de llaves declararon en juicio). Consta probado por el contrario que quien tenía allí material deportivo, y diversas cajas, no era otro que el procesado. El testigo de la defensa Artemio - cuya declaración examinaremos más tarde- vino a hacer referencia a que no era inusual que Víctor fuese con



atletas a ese piso y que incluso él había estado varias veces, siempre con el fin de "hacer bolsas" seleccionar camisetas por tallas, y cosas similares. La propia Rosana refirió en su testifical, según hemos dicho, que Víctor había celebrado reuniones de la junta directiva de su club en ese lugar. Todo esto evidencia una vez más que era Víctor el usuario del piso. La Policía mencionó además que en la puerta de esa vivienda había un rótulo en el que ponía " Víctor ". En cuanto a la inmobiliaria cuyo nombre ni siquiera se ha aportado, además, cabe añadir, como acertadamente indicó el Ministerio Fiscal, que aunque tuviera las llaves como afirmó la testigo, sería irrelevante en la medida en que los hechos, como ha quedado dicho, sucedieron sábados y domingos a la tarde, días en los que es harto dudoso que las inmobiliarias lleven a cabo visitas.

3º) La testigo declaró terminantemente que nunca advirtió que [[A-1]] padeciera ningún tipo de discapacidad. Esto, "ab initio", nada tiene de extraño en sí mismo, porque como hemos dicho, la testigo nunca mantuvo ninguna conversación con [[A-1]]. Y ya hemos explicado en esta sentencia que [[A-1]] presenta un aspecto físico normal, y que es interactuando mínimamente con él, con una breve conversación, cuando la discapacidad se advierte de modo notorio y evidente: pero si, como ella misma dijo, la testigo no habló nunca con [[A-1]], es lógico que no advirtiera su discapacidad.

No obstante, no deja de llamarnos la atención que la testigo sí mencionó en su declaración, y en dos veces distintas, que *solía ver a [[A-1]] jugar " con niños "*. Así, en un momento dado, cuando relató el momento en que [[A-1]] llamó a su puerta, dijo *"Entonces me volvieron a preguntar: "¿cómo que nadie? Alguien sería..." Les dije que era el chico DIRECCION017 que jugaba abajo al fútbol con los niños. ..."* Más tarde cuando relató cómo había advertido a su hija en relación a [[A-1]] , manifestó: *"... Si este chico entraba al portal, -porque jugaba con niños que viven en alquiler en el mismo edificio mío-, yo le tenía dicho que si este chico entraba al portal que llamara al interfono de abajo antes de subir arriba a casa..." "*

El hecho de que [[A-1]] jugase habitualmente con niños pese a tener 19 años nada tiene de extraño. Tal como hemos visto, su discapacidad determina que tenga una edad mental de 9 o de 10 años de edad. Pero Sala considera que el hecho de que un chico de 19 años de edad, como entonces tenía [[A-1]], juegue habitualmente en la calle *"con niños"*, no es algo que haga habitualmente una persona de 19 años. Y cabalmente, debe llevar a una persona normal, quizás no a saber con certeza pero sí a sospechar razonablemente que ese joven puede padecer algún tipo de limitación. No digamos ya en el caso de Víctor , que es distinto, pues este estuvo con [[A-1]] e interactuó con [[A-1]] varias veces y advirtió con total seguridad la discapacidad de [[A-1]]; en concreto, la última de las ocasiones estuvo a solas con [[A-1]] durante 59 minutos en la vivienda de la CALLE001 .

Cabe añadir por último, también a mayor abundamiento, que en lo relativo a la manifestación de la testigo relativa a que [[A-1]] llamó un día a la puerta de su casa, aun de ser cierto tampoco sería óbice bastante para desvirtuar la declaración de [[A-1]] , que lo que dijo que no estuvo en la vivienda de Víctor , lo cual en todo caso es verdad, pues nunca estuvo en dicha vivienda. Tampoco desvirtuaría la afirmación de [[A-1]] relativa a que Víctor siempre le buscaba cuando jugaban al fútbol. De hecho, la testigo cuando relata que [[A-1]] llamó a su puerta lo refiere a una única vez, cuando sabemos que las veces en que Víctor estuvo con [[A-1]] fueron varias (él mismo reconoció que fueron 3 o 4 veces, y dijo que una o dos veces lo llevó a la Vivienda de la CALLE001).

En conclusión a todo lo expuesto sobre esta testifical: las dudas sobre la credibilidad subjetiva de esta testigo, y el hecho de que tampoco pudo aportar dato alguno acerca de los concretos hechos que son objeto de este procedimiento, nos determina a no otorgar especial relevancia probatoria a esta declaración testifical.

2.- Restantes testigos propuestos por la defensa y documental aportada por la defensa (certificados).-

2.1.- Descripción del contenido de la prueba.-

La defensa propuso una extensa relación de testigos (Rafael , Artemio , Romulo , Samuel , Saturnino) que depusieron en juicio oral y que sin embargo, no aportaron ningún dato relevante a los efectos de esclarecer los hechos. Fueron, en general, ora deportistas con los que [[A-1]] había trabajado como entrenador (algunos de ellos, atletas de alto nivel de los que el procesado fue entrenador, como Artemio), ora responsables de algunas entidades (como el Sr. Rafael , presidente de FERDIS) con las cuales el procesado colabora o había colaborado o para las que había trabajado.

Todos ellos declararon ser amigos de Víctor , llegando a indicar alguno de ellos (Artemio), con total verosimilitud, que fue un segundo padre para él.

Estos testigos, de modo unánime, destacaron la gran profesionalidad de Víctor , su carácter amistoso, su preocupación y entrega por los atletas y entidades con los que trabajaba, la ayuda que prestó a algunos de estos atletas (el testimonio del citado Artemio fue muy elocuente).

En igual sentido, constan en la causa como documental (folios 175 y siguientes de la causa) diversos certificados expedidos por distintas entidades (Bomberos, Policía) en los que se acredita la colaboración y



trabajo pasado del procesado en su calidad de preparador físico con todas estas entidades, las cuales alaban unánimemente su quehacer profesional.

Asimismo todos ellos (Rafael , Artemio , Romulo , Samuel , Saturnino) manifestaron que a lo largo de muchos años, jamás recibieron por parte de Víctor ninguna insinuación de tipo sexual y que nunca les habrá enviado ningún video pornográfico; incluso algunos de ellos (Rafael , Romulo , Samuel) habían dormido en la misma habitación que él, o bien se habían duchado o estado en la sauna con él, y jamás habían recibido del procesado propuesta sexual de clase alguna. El testigo Artemio manifestó incluso que estuvo con Víctor varias veces en la vivienda de la CALLE001 donde dijo que el procesado tenía un pequeño almacén con material deportivo. Todos se mostraron muy sorprendidos por la denuncia, todos afirmaron no creer que Víctor fuera capaz de perpetrar los hechos por los que se le acusaba, todos ellos dijeron que seguían confiando en él. Algunos que tenían hijos dieron que querrían que sus hijos entrenasen con él y Romulo declaró que sus hijos habían entrenado con Víctor . Artemio manifestó su disposición a volver a entrenar con Víctor si volvía a Logroño (actualmente el testigo estaba en un centro de alto rendimiento en Soria)

De modo unánime todos se refirieron también al desconocimiento de Víctor sobre las nuevas tecnologías, y en especial de la telefonía, que solo utiliza Whatsapp desde hace un año o año y medio, que siempre enviaba " sms". Rafael y Agapito por ejemplo, declararon que el teléfono de Víctor era un *Nokia* muy anticuado.

2.2.- valoración de estos medios de prueba.-

La prueba que se acaba de examinar no es relevante para el caso que nos ocupa en el sentido de que no aporta ningún dato significativo o de interés en relación a si se produjeron o no los abusos sexuales perpetrados contra [[A-1]], de los que Víctor es acusado.

Esta Sala no duda, en absoluto, de que todos estos testigos han dicho la verdad en el sentido de que ninguno de ellos, subjetivamente, cree capaz a Víctor de haber realizado los hechos por los que es acusado.

Esta Sala no duda tampoco que Víctor es sin duda un gran profesional de la preparación física, pues así resulta unánimemente de esta prueba. Tampoco duda de su entrega a su trabajo y a sus amigos, muchos según declaran todos los testigos. Tampoco duda este tribunal, en fin, de que Víctor a lo largo de todos estos años mantuvo para con todos y cada uno de los testigos que depusieron en juicio a propuesta de la defensa (Rafael , Artemio , Romulo , Samuel , Saturnino .) una conducta intachable, y que desde luego nunca les realizó insinuación alguna de tipo sexual ni nada semejante.

Pero sea cual sea el comportamiento del procesado hacia todas estas personas y sea cual sea la convicción que hubieran formado estas acerca de lo que el procesado es capaz o no de hacer, todo eso no significa, en absoluto, que no haya cometido los hechos de lo que ha sido acusado. Pues resulta que, frente a esa convicción, al fin y al cabo subjetiva, existe sin embargo variada y suficiente prueba, según hemos razonado ampliamente a lo largo de esta sentencia de que Víctor ha perpetrado los hechos de los que es acusado que consisten en un abuso sexual continuado perpetrado contra un discapacitado intelectual, como es [[A-1]], condición que concurre en [[A-1]], y de la que se aprovechó el acusado.

De las relaciones entre Víctor y el discapacitado [[A-1]] ninguno de estos testigos aportó nada, pues nada sabían. Sobre la veracidad o inveracidad de los hechos que sustentan la acusación, estos testigos no aportan ningún dato relevante y su testimonio es, por todo ello, inane.

Cabe añadir que si bien todos estos testigos son contestes en afirmar la inhabilidad de Víctor con la tecnología, e incluso dos de ellos describen su teléfono como un "Nokia de tapa", lo cierto es que está probado por las manifestaciones del propio procesado Víctor y de su pareja Rosana , que el teléfono que Víctor tenía en la fecha de los hechos era un *smartphone*, en concreto un SONY XPERIA - U, el cual tenía instalada la aplicación *whatsapp*.

DÉCIMO VALORACIÓN PROBATORIA (y VIII).- CONCLUSIÓN.-

1.- Introducción.-

En virtud de todo el elenco probatorio que hemos dejado pormenorizadamente evaluado en los fundamentos de derecho precedentes, **consideramos probado que Víctor perpetró en relación a [[A-1]] los hechos que hemos declarado probados en esta resolución, con pleno conocimiento de que [[A-1]] padecía una relevante discapacidad intelectual que le incapacita para la prestación de consentimiento sexual válido.**

2.- Relevante discapacidad intelectual de la víctima.

En particular, está probado que [[A-1]], de 19 años de edad en el momento de los hechos, pese a tener una apariencia física normal, **padece una discapacidad** equiparable a DIRECCION014 moderado o como mínimo de un DIRECCION014 ligero en su más avanzado grado, y que ello le determina una **edad mental de 9 o 10**



años, se ha probado por la abundantísima prueba de carácter psicológico y médico practicada (declaraciones de las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena en juicio, informe emitido por el Equipo de Apoyo a la Víctima con Discapacidad Intelectual y del Desarrollo, certificado de discapacidad del Centro de Valoración de la Discapacidad y Dependencia del Gobierno de La Rioja y la declaración testifical del psicólogo Jose Augusto, informe pericial psicológico forense emitido por la Psicóloga Forense Sra. Diana y el médico forense Dr. Melchor, declaración en juicio de ambos peritos, dictamen médico de incapacidad emitido por el médico forense Dr. Melchor en el procedimiento civil de incapacidad de [[A-1]] y su ratificación en juicio), a todo lo cual debe sumarse la solidísima testifical de la testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial "DIRECCION009" y el contenido de la sentencia firme que declara a [[A-1]] totalmente incapaz.

En virtud de la prueba mencionada, está probado que, entre otras características, [[A-1]] presenta las siguientes: una persona muy vulnerable, manipulable y fácilmente influenciable, que carece de pensamiento abstracto, que no es capaz de ninguna planificación, no es capaz de idear un plan de venganza o actuar motivado por el rencor, que presenta una gran ingenuidad, carece de inventiva respecto de lo que no ha vivido por lo que su capacidad de inventiva o fantasía es muy limitada, solo es capaz de decir mentiras muy simples y referidas a aspectos cotidianos y concreto que conoce, solo tiene un conocimiento sexual básico sin que conste que haya tenido ninguna experiencia sexual previa. Su edad mental es de 9 o diez años de edad.

3.- Perceptibilidad de la relevante discapacidad intelectual de la víctima, evidente para cualquiera que mantenga una mínima interacción con la víctima .-

En particular, está también probado que **cualquier persona o ciudadano que interactúe mínimamente con [[A-1]], o que hable un breve tiempo con [[A-1]], o que escuche mínimamente lo que dice, advierte necesaria e inexorablemente que [[A-1]] es una persona con discapacidad intelectual y que presenta las limitaciones indiciadas.** La prueba de este extremo es abrumadora: declaración en el plenario de la Psicóloga Forense Sra. Diana y del médico forense Dr. Melchor, declaración de la psicóloga Asunción, declaración de la psicóloga Azucena, declaración del psicólogo Jose Augusto, declaración de la testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial "DIRECCION009". A ello debe añadirse que esta Sala, al presenciar tanto la reproducción de la grabación de la prueba testifical preconstituida como la reproducción de la grabación de la entrevista que le hicieron a [[A-1]] las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena tuvo la percepción a nivel de certeza de que, efectivamente, la discapacidad intelectual de [[A-1]] se advertía por cualquier ciudadano medio en cuanto [[A-1]] hablaba unos breves instantes, a la vista de cómo se comportaba, de cómo se explicaba, la estructura del lenguaje, de su lenguaje corporal.

4.- Conocimiento por Víctor de la discapacidad intelectual de la víctima y de sus limitaciones .-

En particular está también probado que Víctor conocía la discapacidad intelectual relevante que padecía [[A-1]] y sus consiguientes limitaciones, incluida la evidente limitación que tenía [[A-1]], debido a su incapacidad intelectual, para prestar un consentimiento sexual válido. La propia declaración del procesado ya evidencia que Víctor habló e interactuó con [[A-1]] en varias ocasiones, un mínimo de tres o cuatro (habla de que en una le dio un llavero, en otra un balón, en otra una camiseta...), dándose el caso de que en dos de ellas lo llevó hasta la vivienda vacía que él poseía en la CALLE001 en su coche; además, está probado que en la última de esas ocasiones, sucedida el 25 de marzo de 2017, el procesado estuvo a solas con [[A-1]] en la vivienda de la CALLE001 nada menos que durante 59 minutos: así resulta probado en virtud de las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 .

5.- El procesado mantuvo relaciones sexuales con la víctima conociendo su discapacidad y su alcance, y aprovechándose de dicha circunstancia. Caracteres de dichas relaciones sexuales mantenidas. Pluralidad de ocasiones en que sucedieron los hechos.-

En virtud de la declaración testifical de [[A-1]] (corroborada periféricamente por las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014, por la declaración testifical de los Agente de la Policía Nacional nº NUM017 y agente de la Policía Nacional núm. NUM016, por la propia declaración del procesado Víctor, por la testifical del Agente de Policía Nacional nº NUM018, por la testifical del Agente de la Policía Nacional NUM019, por la testifical del Agente de Policía Nacional nº NUM021, por la grabación de la diligencia policial de reconocimiento fotográfico reproducida en juicio, por la testifical de los tíos de [[A-1]], por la declaración prestada por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena en juicio, y en fin, por la testifical de la testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial "DIRECCION009", entre otros medios de prueba) y en virtud de la entrevista que le realizaron las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena y que se grabó y reprodujo en juicio oral, está probado que cuando el joven [[A-1]] estaba jugando al fútbol cerca de donde vivía Víctor, este, **con el fin de satisfacer su deseo sexual, aprovechándose de la discapacidad de [[A-1]], le buscaba y le ofrecía cinco euros insistentemente para que fuera con él, tras lo cual finalmente [[A-1]] accedía y se subía al coche Toyota gris del procesado, desde allí Víctor lo llevaba**



hasta la vivienda de la CALLE001 de la que era usuario y que estaba deshabitada, y aprovechándose de la discapacidad intelectual que sabía que padecía [[A-1]], tras exhibirle videos de contenido pornográfico en su teléfono móvil, le acariciaba el pene, e introducía el pene de [[A-1]] en su boca. Esto sucedió varias veces, siempre en fin de semana, primero los domingos, luego los sábados.

El dictamen sobre credibilidad del testimonio elaborado por la Psicóloga Forense Sra. Diana y suscrito por el médico forense Dr. Melchor, y ratificado y expuesto en juicio por estos dos peritos, con plena contradicción de las partes, complementa desde una perspectiva científica y técnica la conclusión que asimismo resulta del estudio y análisis de dicha prueba con base a todo lo demás expuesto, esto es, la credibilidad de la declaración de la víctima.

6.- Identificación del autor: no existe ninguna duda de que el autor es Víctor .-

La testifical de los testigos Agente de la Policía Nacional NUM019 (instructor del atestado), Agente de Policía Nacional nº NUM018, Agente de Policía Nacional nº NUM021, el Agente de Policía Nacional nº NUM022, las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 y el reconocimiento fotográfico llevado a cabo por [[A-1]] en diligencias policiales que fue grabado y se reprodujo en juicio, evidencia que Víctor fue detenido después de las pesquisas policiales que se hicieron a partir de los datos que proporcionó [[A-1]] sobre el autor de los hechos, **en la entrevista que le hicieron por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena**. En concreto, los agentes partieron de que el joven identificaba que el domicilio del autor de los hechos estaba en la AVENIDA001 donde él vivía antes (nº NUM012), y que el piso al lado del " DIRECCION011 " al que se refería [[A-1]] en su declaración podía ser el inmueble ubicado en la CALLE001, nº NUM014, cuyo portal se correspondía en sus características con la descripción que había dado [[A-1]]. Los agentes concluyeron que Víctor vivía en ese edificio de la AVENIDA001 de Logroño y además era usuario del piso de su madre sito en la CALLE001 nº NUM014. Que los agentes recabaron las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 y apreciaron que el día 25 se veía a [[A-1]] y a Víctor subir a esa vivienda y estar allí 59 minutos. A continuación los Agentes de la Policía Nacional sometieron a [[A-1]] a un reconocimiento de identificación fotográfica, que fue grabado, y [[A-1]] reconoció sin dudar a Víctor como el autor de los hechos.

7.- Detención : Víctor fue informado de que estaba detenido por delito de abuso sexual y fue informado de sus derechos.- . Manifestaciones espontáneas realizadas por Víctor ante los agentes tras la detención. Reconocimiento de esas manifestaciones por Víctor en juicio.

A raíz de ello Víctor fue detenido por los Agentes de la Policía Nacional nº NUM015, núm. NUM016 y nº NUM017.

En virtud de la declaración testifical prestada por los tres indicados agentes y por la declaración del procesado en juicio está probado que la detención se practicó de la siguiente manera: identificaron a Víctor, fue informado de que estaba detenido por un presunto delito sexual y se le informó de sus derechos. A continuación fue traslado a las dependencias policiales.

En virtud de la testifical de los Agentes de la Policía Nacional nº NUM017 y núm. NUM016 así como de lo declarado en juicio por Víctor, está probado que cuando ya estaban en la Jefatura de Policía, tras informarle de nuevo de sus derechos y cuando se estaba redactando el acta para que la firmase, Víctor les dijo espontáneamente a las indicadas agentes, sin que mediase pregunta previa por parte de estas, lo siguiente: *"No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida"*. En virtud de la testifical de los Agentes de la Policía Nacional nº NUM017 y núm. NUM016 así como de lo declarado en juicio por Víctor, **está probado que el procesado comprendió y sabía que estaba detenido por un presunto delito de abuso sexual, y que después dijo a los Agentes de la Policía Nacional "No entiendo por qué es un delito, porque lo ha hecho de manera voluntaria y consentida"**.

En suma, todo lo que antecede permite declarar probados, más allá de toda duda razonable, los hechos que hemos dejado descritos en el relato de " HECHOS PROBADOS " de esta resolución.

DÉCIMO PRIMERO.- CALIFICACIÓN JURIDICA. INEXISTENCIA DE ERROR DE TIPO. AUTORÍA.-

1.- Planteamiento general.-

Los hechos que se declaran probados, son legalmente constitutivos de **un delito continuado de abuso sexual perpetrado con abuso de persona intelectualmente discapacitada**, previsto y penado en los artículos 181.1. 2 y 4 del Código Penal, en relación con el artículo 74 del Código Penal, en su redacción vigente al momento de ocurrir los hechos que nos ocupan, del que resulta **criminalmente responsable en concepto de autor Víctor** al haber ejecutado los hechos material, directa, consciente y voluntariamente.



2.- Calificación. (I) - Incardinación de los hechos en el tipo penal de abusos sexuales del artículo 181.1 y 2 del Código Penal .-

2.1.- Descripción del tipo penal.-

En efecto, **el artículo 181 del Código Penal** vigente al momento de ocurrir los hechos dispone que "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.*

3. *La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.*

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 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código."*

El Tribunal Supremo, por ejemplo en su muy reciente **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 13/19 de 17 de enero de 2019** (ROJ: STS 39/2019 - ECLI:ES:TS:2019:39) ha establecido, con cita de sus sentencias 396/2018 de 26 Jul. 2018, Rec. 2194/2017 y 615/2018 de 3 Dic. 2018, Rec. 778/2018 que "*cualquier acción que implique un contacto corporal inconsciente con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.*

2.2.- En particular, concurrencia de dolo. Abuso de la discapacidad de la víctima . Inexistencia de error de tipo.

a) Dolo: concurrencia de discapacidad en el sujeto pasivo. Conocimiento y aprovechamiento por Víctor de dicha discapacidad.

En este caso nos encontramos con un delito de abuso sexual continuado perpetrado contra una persona intelectualmente discapacitada e impedida por ello para poder prestar un consentimiento sexual válido.

Los delitos contra la libertad sexual, cuando afectan a menores o personas con alguna deficiencia mental o psíquica, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada a su acentuada gravedad, a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y a la reforzada tutela que dichas personas merecen como víctimas de los mismos

Desde el punto de vista de la tipicidad penal la existencia de un delito de abuso sexual, cuando nos encontramos ante personas que presentan un DIRECCION014 , precisa no solo la objetiva constancia de dicho retraso, sino que será necesario comprobar que aquel se manifieste externamente de forma perceptible para el sujeto activo, especialmente cuando se trata de un profano, no siendo bastante para integrar el tipo el mero conocimiento del retraso, debiendo comprobarse que el agente abusó de dicho trastorno. Es decir no toda relación sexual habida con una persona que tiene un DIRECCION014 conlleva la presunción de falta de consentimiento, sino sólo aquella en la que cabe advertir un elemento de "abuso" (así lo expresan por ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo 344/05, 18-3 y 1308/05, 30-10).

En el mismo sentido, la **Sentencia núm. 612/15 del Tribunal Supremo del 02 de octubre de 2015** (ROJ: STS 4415/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4415) establece:

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



Por lo tanto, el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente que el sujeto pasivo tenía una discapacidad que le imposibilitaba para prestar un cometimiento sexual, y que además abusase de esa circunstancia.

Es por lo tanto necesario un conocimiento o racional presunción de esa discapacidad.

Sin embargo, inmediatamente debemos decir que es indudable que el dolo exigido al autor para la correcta aplicación del tipo penal que nos ocupa puede acomodarse *al dolo eventual*.

Como dice el Tribunal Supremo, en **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 97/2015 del 24 de febrero de 2015** (ROJ: STS 823/2015 - ECLI:ES:TS:2015:823) de fecha 24 de febrero de 2015, "*...Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTS 737/1999, de 14 de mayo ; 1349/20001, de 10 de julio ; 2076/2002, de 23 enero 2003)."*

Pues bien, aun con estas precisiones, la incardinación penal de los hechos en el tipo estudiado fluye con absoluta naturalidad del relato de hechos probados. Y así resulta que:

1.- *La víctima es un discapacitado que padece un DIRECCION014 moderado (o ligero en su grado más avanzado) con edad mental de 9 o 10 años.*

Sobre el alcance de la discapacidad intelectual de la víctima [[A-1]], damos por reproducido lo razonado en el fundamento de derecho SEGUNDO y DÉCIMO. Es un joven de 19 años que aunque presenta una apariencia física normal, tiene reconocida una discapacidad del 77%, de la cual la mayor parte corresponde a disparidad intelectual y solo en un 24 o en un 25% a discapacidad visual. Tiene un DIRECCION014 moderado o como mínimo, se halla en el grado más grave del DIRECCION014 ligero. Presenta *edad mental de 9 o 10 años*. Es vulnerable, muy manipulable, muy ingenuo, muy fácil de convencer, incapaz de salir por sí solo de situaciones de riesgo, es incapaz de toda planificación o estrategia, es incapaz de pensamiento abstracto, desconoce el valor del dinero más allá de que los billetes valen más que las monedas, presenta graves déficits de memoria a largo y medio plazo y por la secuenciación, no puede cuantificar más allá de distinguir entre " una vez y más veces"; tiene un conocimiento sexual básico, elemental, y está imposibilitado, debido a su discapacidad intelectual, para prestar un consentimiento sexual válido.

2.- *El sujeto activo es una persona de 54 años de edad plenamente capaz.*

Víctor es una persona con plena capacidad, de 54 años de edad, con una profesión normalizada (preparador físico).

3.- *La discapacidad de [[A-1]] es perceptible inmediata y necesariamente para cualquier persona que interactúa un mínimo tiempo con [[A-1]].*

Tal y como hemos dejado explicado ampliamente en el fundamento de derecho segundo, existe abundante prueba de que la discapacidad de [[A-1]] y sus limitaciones, el hecho de que en definitiva tiene una edad mental de un niño de 9 de diez años, se advierte de forma inmediata, necesariamente, por cualquier persona normal que interactúe mínimamente o converse un muy breve tiempo con [[A-1]] Víctor. Así lo refirieron con firmeza y de modo unánime en el plenario la Psicóloga Forense Sra. Diana, el médico forense Dr. Melchor, la psicóloga Asunción, la psicóloga Azucena, el psicólogo Jose Augusto, y la testigo Natividad, Orientadora del Colegio de educación especial " DIRECCION009 ". Y esta Sala, al visionar y escuchar en el plenario la grabación de la entrevista que hicieron al joven [[A-1]] las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, así como la grabación de la prueba testifical preconstituida no tiene ninguna duda de que la discapacidad de [[A-1]] se advierte fácilmente por cualquier persona en cuanto interactúa un breve tiempo con [[A-1]].

4.- *El procesado interaccionó varias veces con [[A-1]].*

Así resulta probado en virtud de la declaración testifical de [[A-1]], según resulta de las entrevistas realizadas a [[A-1]] por las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena, y también, según lo que reconoció el propio procesado mismo en su declaración (él mismo ya reconoció que fueron 3 o 4 veces, de las que una o dos veces lo llevó a la vivienda de la CALLE001). Está probado que última de esas ocasiones, por ejemplo, tal



como se ve en las grabaciones de las cámaras de seguridad del edificio de la CALLE001 nº NUM014 , durante 59 minutos, al margen del tiempo adicional que estuvo con él mientras lo llevó en coche hasta ese lugar.

Conclusión: Víctor era plenamente consciente de la discapacidad de [[A-1]] y de las limitaciones que el mismo presentaba debido a esa causa , que hacían evidente que no podía prestar un consentimiento sexual válido.

Y creemos que no solo a título de *ignorancia deliberada, o de dolo eventual* - que desde de luego, y como ya hemos explicado, ya sería suficiente como para apreciar la existencia de dolo-. Es que consideramos que es tan patente la discapacidad de [[A-1]] y sus limitaciones con una mínima interacción con él, que *entendemos que existe base* (por las veces en que habló con [[A-1]], y el tiempo en que estuvo con él, y la patente perceptibilidad que en tal caso se tiene de su discapacidad) *para declarar probado que el dolo que concurrió en Víctor fue directo*. Pero aun en la hipótesis de que así no lo considerásemos, la concurrencia de dolo eventual sería evidente.

Nos remitimos a lo que hemos razonado en los fundamentos de derecho SEGUNDO, TERCERO Y DÉCIMO.

b) Abuso por Víctor de la discapacidad del sujeto pasivo.

Por otro lado, ya hemos dicho que existe a nuestro juicio una situación de abuso.

El *abuso de la discapacidad deriva del hecho de que, a sabiendas de dicha discapacidad* que padecía la víctima, Víctor *decidió a aprovechar esa circunstancia en su beneficio para satisfacer sus deseos sexuales* : insistía al joven discapaz para que cogiera los cinco euros que él le ofrecía, a fin de que fuera con él, y una vez que finalmente aceptaba, lo llevaba en su coche hasta a la vivienda de la CALLE001 de la que era usuario y que sabía que estaba deshabitada, asegurándose de esa forma la impunidad, y una vez allí, aprovechándose de que la vulnerabilidad de [[A-1]] derivada de su discapacidad mental, tras ponerle videos pornográficos en su móvil, mantenía relaciones sexuales con dicha víctima. Esas relaciones sexuales consistían en tocamientos del procesado al pene de [[A-1]] así como luego, Víctor introducía en su boca el pene de la víctima (felación).

Es evidente la *situación dispar y desigual existente entre Víctor (una persona de 54 perfectamente capaz) y [[A-1]] (un discapaz de 19 años con edad mental de 9 o diez años)* .

El hecho de que una persona con plena capacidad como es Víctor , de 54 años, que conocía las limitaciones de [[A-1]] debido a su discapacidad, haya decidido aprovechar esa circunstancia, y haya llevado a esa persona discapaz (de 19 años de edad física, pero con una edad mental de 9 o diez años de edad) a una vivienda deshabitada, y una vez allí haya mantenido las relaciones sexuales antes descritas con el discapaz, constituye manifiestamente un abuso.

Víctor era consciente de la discapacidad de [[A-1]] y de que por ello no podía prestar un consentimiento sexual como una persona con plena capacidad y decidió aprovechar esta circunstancia para mantener relaciones sexuales con [[A-1]].

c) Como consecuencia de lo expuesto: inexistencia de error de tipo.

Debemos indicar que la defensa del procesado, en el acto del juicio oral, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales.

En su escrito de conclusiones provisionales (ver folios 68 y siguientes del Rollo de esta Sala) la defensa NO alegó la existencia de error de tipo, ni invocó el artículo 14.

Sin embargo, cuando se le dio la palabra en vía de informe, pese a que había elevado sus conclusiones provisionales a definitivas, procedió entonces (y solo entonces) a alegar de modo subsidiario la concurrencia de error invencible de tipo del artículo 14 del Código Penal, sobre la base de que Víctor nunca advirtió que [[A-1]] padeciera algún tipo de discapacidad. La introducción de dicha alegación en ese momento procesal privó a las acusaciones de realizar alegación alguna al respecto. Consideramos que si la defensa pretendía introducir esta alegación, debió de indicarlo en sus conclusiones definitivas, modificando en este punto las provisionales, a fin de que en trámite de informe las acusaciones pudieran alegar sobre este punto.

Sea como fuere, en todo caso , y pese a la extemporaneidad de esta alegación, esta Sala va a entrar a resolver sobre la misma, señalando **que la prueba practicada evidencia con singular contundencia que no existe ni el más leve atisbo de error en la conducta del procesado**, mucho menos invencible.

Como indica por ejemplo la **Sentencia núm. 320/2017 del Tribunal Supremo , de 04 de mayo de 2017** (ROJ: STS 1668/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1668), la doctrina sobre el error como causa de exclusión del dolo - error de tipo- o como presupuesto excluyente de la culpabilidad -error de prohibición- ha sido ampliamente abordada por el Alto tribunal (cfr. SSTS 737/2007, 13 de septiembre; 411/2006, 18 de abril; 721/2005, 19 de mayo; 709/1994, 28 de marzo; 873/1994, 22 de abril, entre otras muchas). Conforme a esta idea, el error sobre la

edad de la víctima [o sobre la concurrencia de la discapacidad] en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición (art. 14.3 CP), sino como un error de tipo (art. 14.1 CP).

El tenor del artículo **14 del Código Penal** en su núm. 1, reza " *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*"

Al respecto de esto, debemos de recordar que el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción, de modo que el conocimiento equivocado o juicio falso, que llamamos error, y la falta de conocimiento, que denominamos ignorancia, y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose distinguido en la doctrina mayoritaria tradicionalmente entre error de hecho, que podría coincidir con el error, y error de Derecho, que se correspondería con la ignorancia, y así, se distingue entre error de tipo, imbricado con la tipicidad, si bien un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, y error de prohibición, que afecta a la culpabilidad

En ambos casos, el error, como cualquier causa de irresponsabilidad, *ha de ser probado, no bastando la mera alegación*, es decir, se requiere una prueba suficiente sobre tal errónea creencia; así, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 2018, núm. 438/2018, Recurso núm. 772/2017.

Ciñéndonos al **Error de Tipo** que ha sido el invocado en nuestro caso, el artículo 14 del Código Penal lo describe como conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Este desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye, en todo caso, el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto. Como ya hemos explicado suficientemente, el elemento subjetivo del tipo de abuso sexual que nos ocupa exige que el dolo del autor abarque el componente que el sujeto pasivo tenía una discapacidad que lo limitaba para prestar consentimiento sexual, es decir, que tenía conocimiento o racional presunción de esa circunstancia, pero teniendo en cuenta, como ya hemos advertido suficientemente con anterioridad, que el dolo exigido al autor para la correcta aplicación del tipo penal que nos ocupa puede acomodarse al dolo eventual, y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia o de ignorancia deliberada, pues cuando se dan circunstancias objetivas que determinan que el sujeto activo necesariamente debe tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar la existencia del elemento del tipo o prescindir de la acción, su pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Eso es así porque con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, *"todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción"* (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/2001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Pues bien, en nuestro caso, nos remitimos a lo que hemos expuesto en los fundamentos de derecho SEGUNDO, TERCERO, DÉCIMO y como no, en el párrafo 2.2.a) de este fundamento de derecho DÉCIMO PRIMERO.-

En virtud de lo razonado en dichos fundamentos de derecho, ninguna duda de que Víctor era consciente de la discapacidad intelectual que padecía [[A-1]] y a sabiendas de eso lo sometió a las relaciones sexuales descritas.

Desde luego, ante las limitaciones que tan evidentes se hacen en cuanto [[A-1]] habla o se relaciona, no consta que el acusado, que se relacionó varias veces con [[A-1]], hiciera nada para tratar de averiguar el alcance de esa patente discapacidad, sino que, simple y llanamente, lo llevaba a la vivienda de la CALLE001 y mantenía relaciones sexuales con él. Eso ya de por sí nos situaría en el ámbito del dolo eventual. Pero creemos además que las circunstancias en que se produjeron los hechos, en las que Víctor le ofrecía a la víctima una escasa cantidad de dinero- cinco euros- para que se fuera con él, y le insistía para que lo cogiera y tras ello lo llevaba a un lugar donde se aseguraba el llevar a cabo sus acciones en un ámbito de soledad e intimidad, evidencian que Víctor sabía perfectamente de las limitaciones intelectuales de [[A-1]], por otra parte evidentes en cuanto el mismo habla o se relaciona durante muy breve tiempo con esta persona.

2.3. Elemento subjetivo: ánimo de satisfacer un deseo sexual .-

En cuanto al ánimo libidinoso, en nuestro caso, el hecho de que el acusado acariciase el pene de la víctima y luego se introdujera el pene de la víctima por vía bucal, en el contexto en el que se desarrollaron los hechos (el acusado había exhibido videos en su móvil a la víctima previamente a estas caricias y a que se introdujera



el pene de la víctima en su boca) presenta tan *indudable significación sexual*, que incluso *hace innecesario valoración alguna sobre un elemento subjetivo del injusto, el ánimo libidinoso*, que la moderna jurisprudencia considera innecesario justificar con el análisis objetivo de la conducta enjuiciada, en todo caso pudiendo descartarse otro tipo de consideraciones normativas - SsTS 1331/2009, de 15 de diciembre ; 87/2011, de 9 de febrero -.

En esta línea, la jurisprudencia imperante acude al sentido objetivo del tocamiento, si es o no de indudable significación sexual que descarte otras alternativas mínimamente razonables, poniendo el acento en el sentido que al tocamiento atribuye el afectado en relación con la misma zona afectada. Y así se señala en la STS 702/2013, de 1 de octubre que, efectivamente, puede haber situaciones en las que la ambigüedad de una cierta acción sea susceptible de inducir dudas acerca de su carácter. La STS 147/2017, de 8 de marzo recuerda al efecto que el bien jurídico protegido se fija por la Jurisprudencia en la denominada indemnidad sexual, de modo que con cita de la STS 54/2016 , el móvil del autor, singularmente el denominado ánimo libidinoso, resulta excluido como elemento del tipo.

En todo caso, tocamientos como los que han tenido lugar en este caso- en el pene de la víctima- y conductas como la felación que el procesado practicó a la víctima, dejan nulo margen a este debate, dado el inequívoco carácter sexual de la conducta de Víctor y el ánimo libidinoso que efectivamente presidió sus actos.

3.- Calificación. (II) - Concurrencia de acceso carnal. Incardinación de los hechos en el apartado 4 del artículo 181 del Código Penal .-

Como hemos adelantado, también hemos estimado que concurre en nuestro caso el del nº 4 del artículo 181 del Código Penal, *pues existió acceso carnal bucal*.

A este respecto, se llegó a plantear en su momento la cuestión de si debía considerarse acceso carnal el supuesto en el que el sujeto activo no es el que introduce su pene en la cavidad del sujeto pasivo, sino que lo que hace es hacer que el sujeto pasivo introduzca su miembro en la cavidad (en este caso, la boca) del sujeto activo del delito.

Esta cuestión sin embargo fue resuelta por el **Tribunal Supremo en su Pleno no jurisdiccional de 2 de mayo de 2005**, en el que se concluyó que se debía considerar acceso carnal ambos supuestos, es decir, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo. Este criterio luego ha sido acogido por distintas Sentencias del Tribunal Supremo

Así lo explica con meridiana claridad la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 449/18 del 10 de octubre de 2018** (ROJ: STS 4043/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4043):

"La defensa cuestiona, pues, la posibilidad de que pueda considerarse como acceso carnal el hecho consistente en que el sujeto activo del delito realice al sujeto pasivo felaciones sin el consentimiento de éste, supuesto que entiende que no puede estar comprendido dentro del concepto de acceso carnal. De tal forma que en los supuestos en que los menores intervienen en los hechos como sujetos pasivos de una felación no podría hablarse de yacimiento por parte del sujeto activo que las practica. Por lo cual, no podría ser condenado como autor del delito continuado de abusos sexuales en la modalidad de acceso carnal.

La cuestión que se suscita ha sido debatida en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 2 de mayo de 2005, en el que se obtuvo el Acuerdo siguiente: "Es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder".

Este acuerdo fue después aplicado en diferentes sentencias de esta Sala: 909/2005, de 8-7 ; 476/2006, de 2-5 ; 1295/2006, de 13-12 ; 699/2014, de 28-10 ; y 340/2018 , de 28- 6, entre otras.

Y así en la sentencia 1295/2006 se dice que "...se plantea doctrinalmente la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito cuando la acción consiste en penetración del miembro viril. En la redacción del Código Penal anterior a 1989 tal cosa no era posible, pues el delito se cometía yaciendo con mujer y por yacer se entendía la introducción del pene en la vagina, con las precisiones jurisprudenciales que no es preciso recordar aquí.

Como ya hemos dicho, no existe ninguna razón para que la protección del bien jurídico sea distinta en función del sexo del sujeto activo o del pasivo. Tampoco la conducta pierde significado o potencialidad lesiva para el bien jurídico si afecta a la libertad sexual en forma semejante, pudiendo tenerse en cuenta en este sentido la entidad y características de las conductas equiparadas".

"La cuestión, pues, se centra en determinar si el texto del artículo permite esa interpretación que equipara las agresiones. En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se



hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha".

Y recuerda después la sentencia 1295/2006 que "Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos "es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder", acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS núm. 476/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: "La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre "acceso carnal" y "penetración bucal o anal", por lo que se entendía que si el sujeto activo "se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del art. 178 o 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo "el que penetraba". Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal", lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo."

Tal interpretación venía permitida por el texto del precepto desde 1999, de forma que no se ha acudido a la analogía in malam partem, prohibida en el ámbito del Derecho Penal.

Y en las sentencias 699/2014, de 28-10, y 340/2018, de 28-6, se incide en la misma línea jurisprudencial en los términos siguientes: "...hay acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo ("sujeto pasivo" del delito, pero no de la "relación" ni del "acceso" en los que ostenta el papel de "sujeto activo") a introducirle alguno de sus miembros corporales por vía vaginal o anal. Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder".

En nuestro caso se trata de un acceso carnal por vía bucal, pero el criterio aplicable es el mismo que el que se acaba de señalar.

A tenor de los precedentes jurisprudenciales referidos, no cabe acoger la tesis de la parte recurrente según la cual no se podría hablar de acceso carnal con respecto a los actos de felación realizados a los menores, dando así a entender la defensa del acusado que el hecho de que el miembro viril de los menores fuera el que entrara en la cavidad bucal del acusado -debido a la conducta activa de éste- impedía hablar de actos de acceso carnal del mayor de edad hacia sus víctimas.

Se desestima, en consecuencia, este motivo de impugnación."

4.- Calificación (III).-No incardinación de los hechos en el apartado 5 del artículo 181 del Código Penal, en relación con el 180.3. del Código Penal.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular sostienen que los hechos se incardinan también en el nº 5 del artículo 181.5 del Código Penal en relación con el artículo 180.3 del Código Penal, pero nosotros no compartimos este parecer.

El artículo 181.5 del Código Penal pro remisión al artículo 180.3 del Código Penal, establece un subtipo agravado en supuesto de que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

En nuestro caso no cabe duda de que [[A-1]] es una persona discapaz y que es por ello muy vulnerable (así ha quedado probado según hemos explicado) pero esta circunstancia resulta que ya la hemos tenido en cuenta a la hora de configurar el tipo básico (artículos. 181.1 y 2 del Código Penal), pues precisamente ha sido el hecho de que Víctor abusase de la discapacidad de [[A-1]] y se aprovechara de ello para mantener relaciones sexuales, lo que determina que cometiera un delito de abuso sexuales. Si tuviéramos en cuenta otra vez esa vulnerabilidad de [[A-1]] derivada de su discapacidad para dar lugar, además, al subtipo agravado, estaríamos incurriendo en un evidente "bis in idem".

A sí lo establece por ejemplo la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 335/18 del 4 de julio de 2018** (ROJ: STS 2690/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2690) y también la **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 384 /18 de 25 de julio de 2018** (ROJ: STS 3068/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3068), que razona del modo siguiente: "Pese a no ser invocada expresamente la cuestión, la voluntad impugnativa manifiesta y la denuncia explícita de una aplicación indebida del art. 180 CP (motivo primero) nos permitirá suscitar un problema de subsunción jurídico penal que no aparece bien tratado en la sentencia: el juego de las agravaciones del art. 180 CP .



La sentencia aplica el art. 181.4 (abusos sexuales agravados) en atención a la concurrencia de las circunstancias contempladas en los ordinales 3º y 4º del art. 180 CP (según el texto legal vigente en el momento de comisión).

La apreciación del art. 180.1.3ª (edad) no es acertada: vulnera el principio *ne bis in idem*, puesto que la edad de la víctima sería doblemente valorada en perjuicio del reo: una, para considerar los hechos constitutivos de abusos sexuales (art. 181.1 y 2) pues en su mayor medida el prevalimiento vendría fundado en la diferencia de edad; y la otra, para agravar la penalidad por la vía de los arts. 181.4 (actual 5) y 180.1.3ª (SSTS 69/2001, de 23 de enero, 114/2004, de 9 de febrero, 242/2004, de 27 de febrero, 244/2005, de 25 de febrero, 1357/2005, de 14 de noviembre, 131/2007, de 16 de febrero, 788/2012 de 24 de octubre y 775/2012, de 17 de octubre ó 925/2012, de 8 de noviembre).

La citada STS 775/2012 se expresa así: "entiende el recurrente que no es aplicable el subtipo agravado de especial vulnerabilidad basado solo en la edad del sujeto pasivo, pues tal dato ya se tuvo en cuenta para la configuración del tipo básico.

Ciertamente no es posible apreciar cualesquiera de los supuestos previstos en el art. 180.1.3 y 182.2 para configurar el tipo básico del art. 181.1 por falta de consentimiento y luego valorar esa menor edad para construir el subtipo agravado. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias inculcables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del "non bis in idem" (cfr. SSTS 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero).

Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio "non bis in idem", al valorarse una misma circunstancia o "modus operandi" dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo agravado, (SSTS. 971/2006 de 10.10, 131/2007 de 16.2.) Por tanto hemos dicho que lo decisivo es no tener en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino los demás factores concurrentes, pues si la minoría de 13 años es requisito ineludible para considerar los abusos sexuales como no consentidos (art. 181.2), no puede tenerse en cuenta seguidamente para aplicar la penalidad agravada, por más que la Ley penal se exprese diciendo que ésta se tomará en consideración "en todo caso, cuando sea menor de trece años", pero no se aprecia tal vulneración cuando la especial vulneración de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, ya que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de 13 años -art. 181.2- abusos sexuales no consentidos- concurre una especial relación de confianza -casi familiar- del acusado con los padres de la menor y por tanto, con ésta, cosa que sin la menor duda le hacía especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo. (SSTS. 339/2007 de 26.3, 224/2003 de 11.2)".

En nuestro caso, aunque no es la edad lo que determina la constitución del tipo básico sino la discapacidad, el argumento de esta Sentencia del Tribunal Supremo es perfectamente trasladable a nuestro caso: si es la discapacidad la que ha servido para configurar el tipo básico del art. 181.1 por falta de consentimiento, no es posible volver luego a valorar esa discapacidad a fin de construir el subtipo agravado, sin incurrir en un *bis in idem*. Para aplicar el indicado subtipo necesario que concurriera - y así se hubiera justificado- algún "plus" que fuera más allá de lo que configura el tipo básico, esto es, que fuera más allá del aprovechamiento por el sujeto activo de esta discapacidad, y en este caso creemos que ni se ha justificado ni existe. Víctor se aprovechó de la discapacidad de [[A-1]] para mantener con él relaciones sexuales con acceso carnal, y esto lo que integra es el tipo básico, con el subtipo agravado del acceso carnal del artículo 181.4 del Código Penal, ya comentado.

5.- Continuidad delictiva.- Artículo 74 del Código Penal .-

Como hemos razonado extensamente en esta resolución, los hechos perpetrados por Víctor en relación a Víctor sucedieron varias veces, aunque no se haya podido determinar exactamente el número de veces.

En este sentido, la muy reciente **Sentencia del Tribunal Supremo núm 703/18 del 14 de enero de 2019** (ROJ: STS 92/2019 - ECLI:ES:TS:2019:92) razona así:

Como recuerdan las STS 711/2013, de 30 de septiembre, 609/2013, de 10 de julio y la STS de 18 de junio de 2007, entre otras, en materia de abusos sexuales debe aplicarse el delito continuado cuando nos encontremos ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (STS nº 988/2016, de 11 de enero de 2017). En similar sentido, decíamos en la STS nº 964/2013, de 17 de diciembre, que "En su evolución jurisprudencial esta Sala considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa en los casos en que se trate de ataques



al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo, (SSTS 11 de octubre y 26 de diciembre de 1996 ; de 15 de marzo de 1996 , 30 de julio de 1996 , 8 de julio de 1997 y 12 de enero , 16 de febrero , 22 de abril y 6 de octubre de 1998 , 9 de junio de 2000 y STS núm. 1002/2001, de 30 de mayo), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo, (STS núm. 1730/2001, de 2 de octubre).

En las SSTS núm. 463/2006, de 27 de abril y 609/2013, de 10 de julio , se clasifican los diversos supuestos señalando: "En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.

b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Es decir que debe aplicarse el delito continuado ante "... una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes " (STS de 18 de Junio de 2007)".

En nuestro caso, los hechos se han producido varias veces, en un número de ocasiones que no ha podido concretarse, producidas a lo largo de un tiempo en distintos fines de semana, en los que el sujeto activo siempre ha sido Víctor y el sujeto pasivo siempre ha sido [[A-1]], y todos con el mismo contenido sexual y acceso carnal . Por lo tanto aplicando la expresada doctrina, concurre la continuidad delictiva.

Por otra parte, el Tribunal Supremo tiene reiterada una doctrina acerca de la continuidad delictiva que consideramos relevante para nuestro caso. De ella es ejemplo la muy reciente **Sentencia del Tribunal Supremo núm 717/18 de 17 de enero de 2019** , que razona así: "en cuanto a la dificultad para situar temporalmente los abusos, hemos dicho - STS 355/2015, de 28 de mayo - que cuando se trata de abusos reiterados sobre menores por parte de personas de su entorno familiar, resulta en muchas ocasiones imposible identificar las fechas, las ocasiones y el número de acciones abusivas cometidas, pues la actuación abusiva es reiterada y comienza a temprana edad, de modo que los menores no pueden ordinariamente precisar ni el número de veces que se ha repetido el abuso, ni la fecha exacta de cada uno de los actos. Precisamente por ello se recurre en estos supuestos, según recuerda la STS 210/2014, de 14 de marzo , y como acertadamente ha hecho la Sala sentenciadora, siguiendo fielmente nuestra doctrina jurisprudencial, a la aplicación del sustitutivo del delito continuado, de gran utilidad para abarcar la punición de la totalidad de la conducta enjuiciada."

Por su parte, el **Auto del Tribunal Supremo núm. 259 /18 de 11 de enero de 2018** (ROJ: ATS 1684/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1684 A) razona en igual sentido que "cuando se trata de abusos continuados sobre menores resulta en muchas ocasiones imposible identificar las fechas, las ocasiones y el número de acciones abusivas cometidas, pues la actuación es reiterada y se produce a temprana edad, de modo que los menores no pueden ordinariamente precisar ni el número de veces que se ha repetido el abuso, ni la fecha exacta de cada uno de los actos. Precisamente por ello se recurre en estos supuestos a la aplicación del instituto del delito continuado, tal y como hemos afirmado en STS 14- 03-14 La Sala de instancia considera, por otro lado, que el testimonio de la menor es coherente, firme, y coincidente con sus declaraciones anteriores -a su madre, en la exploración judicial y en el acto del juicio oral-, no existiendo contradicciones."

Como vemos en las resoluciones que acabamos de citar, en cuanto al hecho de que no se haya podido determinar el número concreto de veces en que han sucedido los hechos, el Tribunal Supremo no objeta , antes al contrario, que en tales supuestos pueda apreciarse la continuidad delictiva.

En nuestro caso los hechos no se han producido en el ámbito de una relación familiar ni con un menor de edad, sino con un discapaz que tiene una edad mental de 9 o 10 años, unos graves problemas de memoria a medio y largo plazo, y una constatada incapacidad para la cuantificación, pues solo es capaz de distinguir entre " uno"



y " varios", pero no indicar el número concreto de veces que un hecho le ha acontecido. Por lo tanto resulta meridiano que es aplicable la doctrina expresada al caso que nos ocupa.

6.- Autoría.-

Es autor del delito continuado de abuso sexual el procesado Víctor debido a que los cometió material, directa exclusiva y personalmente (artículos 27 y 28 del Código Penal).

DÉCIMO SEGUNDO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: NO CONCURREN.-

1.- Ni se han alegado ni concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

DÉCIMO TERCERO.- GRADUACIÓN, INDIVIDUALIZACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS PENAS.-

1.- Penas de prisión: graduación e individualización.-

De acuerdo con lo expuesto, Víctor es autor de UN DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL perpetrado con abuso de persona discapacitada, en su modalidad agravada de realización con acceso carnal de los artículos 181 en sus apartados 1, 2 y 4 del Código Penal y 74 del Código Penal , sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La pena prevista en el Código Penal para la infracción del artículo 181.1.2 y 4 del Código Penal es de a 4 años a 10 años de prisión .

Como quiera que el delito es continuado, por aplicación del artículo 74 del Código Penal , la pena ha de imponerse en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Esto determinaría que la pena mínima a imponer, por imperativo del Código Penal, a Víctor es de 7 años de prisión, pues este el mínimo de la mitad superior de la pena prevista en el artículo 181.4 del Código Penal, que como hemos dicho va de 4 a diez años de prisión.

Por otro lado, la pena que como máximo podría imponerse a Víctor por el delito continuado que cometió sería la de 12 años y medio de prisión: recordemos que pena máxima fijada en el artículo 181.4 del Código Penal es de diez años de prisión y el artículo 74 permite incluso la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo en su mitad inferior. Por lo tanto, siendo que la pena superior en grado a la prevista en el artículo 181.4 iría de 10 años a 15 años de prisión, su mitad inferior sería desde 10 años a los 12 años y medio de prisión.

No obstante lo anterior, el Ministerio Fiscal y la acusación particular han solicitado la imposición de una pena de diez años de prisión, por lo que en virtud del principio acusatorio, esta es la pena máxima que pudiera llegar a imponerse a Víctor .

En conclusión, para valorar qué pena procede imponer al procesado, hay que partir de que la pena mínima que puede imponérsele conforme a las normas del Código Penal que hemos examinado, es la de 7 años de prisión . No es posible legalmente imponerle una pena inferior a esta. Tampoco es posible imponerle una pena superior a los 10 años de prisión, pues es el límite que han solicitado las acusaciones.

Al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por aplicación de la regla 6ª del artículo 66 del Código Penal, procede imponer la pena en la extensión que se estime adecuada atendiendo las circunstancias del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Se trata pues de valorar qué pena se impone, dentro de ese arco que va desde los siete años hasta los diez años de prisión.

Pues bien, es cierto que en este caso concurren circunstancias que inciden en la reprochabilidad pudieran llevarnos a una pena que fuera mayor que lo que es el mínimo de siete años, y ello no solo por el hecho de que sucedió varias veces (lo cual va ínsito en el delito continuado) sino porque Víctor se valió para consumir su acción del ofrecimiento de dinero (cinco euros) , siendo desde luego esta utilización de recompensa o premio un elemento del que se servía para asegura su propósito. Pero además se llevaba a [[A-1]] a un lugar en el que se aseguraba la impunidad como era la vivienda de la CALLE001 , al tiempo que situándole en un entorno ajeno, minimizaba el riesgo de negación de la víctima, ya de por sí nulos debido a su gran vulnerabilidad y manipulabilidad derivada de su discapacidad.

Desde luego, esta Sala, en el caso de hallarnos solamente ante una sola acción, hubiera tenido sin duda estas circunstancias a la hora de la graduación pena imponiendo una pena superior a la mínima.

Sin embargo, creemos que a la hora de graduar una pena, han de tenerse en cuenta las circunstancias y la pena finalmente resultante. En nuestro caso, el hecho de que estemos ante un delito continuado, eleva considerablemente la pena hasta fijarla en un mínimo de 7 años de prisión, pena que entendemos



que constituye un reproche proporcional a la conducta del procesado y sus circunstancias. Por esa razón solamente, esto es, por la elevada pena a imponer que resulta de la continuidad delictiva, fijamos la pena en **siete años de prisión**.

2.- Penas accesorias de inhabilitación.- No aplicación del último párrafo del artículo 192.3 del Código Penal . Aplicación del artículo 56 del Código Penal .

Procede imponer a Víctor la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a la pena de prisión, artículos 54 y 56 del Código Penal.

De otro lado, el Ministerio Fiscal solicitó que se impusiera a Víctor la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio sea retribuido o no, que conlleve el contacto regular y directo con menores por tiempo de 15 años.

Por su parte, la acusación particular solicitó expresamente en su escrito de acusación que se le impusiera pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier trabajo u ocupación que suponga el contacto con personas con discapacidad intelectual por tiempo de 15 años.

Como vemos, por lo tanto, el Ministerio Fiscal solicitó que la prohibición se refiera a menores, mientras que la acusación particular la refirió a discapaces.

A este respecto debemos decir que no es de aplicación en este caso el último párrafo del artículo 192.3 del Código Penal porque el delito por el que Víctor ha sido condenado no se encuentra entre los previstos en el capítulo V o el capítulo II bis del Título VIII del Libro segundo del Código Penal

Sin embargo es de plena aplicación el artículo 56 del Código Penal , que establece:

"En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código."

Las ya citadas SSTs de 23-3-99 y 18-10-99 afirman que "el art. 56 del Código Penal de 1995, emplea una expresión preceptiva, "impondrán", y no potestativa "podrán imponer", por lo que ha deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. Hasta el punto es preceptiva la imposición de al menos una de las penas accesorias establecidas en el art. 56 Código Penal , que dicha imposición habrá de tener lugar aunque no haya habido petición expresa en el sentido por la parte acusadora, sin que por ello se vulnere el principio acusatorio (STS de 26-1-99).

Esta Sala cree necesario acoger tanto la petición de la acusación particular como la del Ministerio Fiscal, pues en ambos casos (tanto menores como discapaces) existe un riesgo que justifica que se prohíba al encausado trabajar en contacto con estas personas.

La indemnidad sexual de menores y discapaces debe ser especialmente protegida, ya que presentan un desvalimiento o vulnerabilidad sexual evidente que es necesario proteger. Y el acusado, al realizar la conducta por la que ha sido condenado, ha evidenciado que el hecho de que en el futuro pudiera trabajar con personas de este tipo (menores e incapaces) entraña un riesgo objetivo para ellas que justifica la imposición de esta pena accesoria, la cual imponemos por tiempo de la duración de la condena impuesta (**SIETE AÑOS**).

3.- Prohibición de aproximación y comunicación.-

Tal como solicitaron el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y ante la gravedad de los hechos, y con el fin de asegurar la indemnidad personal y la seguridad de [[A-1]], y conforme a los artículos 57.1. y 48 del Código Penal, procede imponer a Víctor las penas accesorias de **prohibición de aproximarse** a menos de 150 metros de [[A-1]] , a sus respectivos domicilio, centro de estudios o trabajo y cualquier otro lugar en que [[A-1]] se encuentre o que frecuente. Se le impone también a Víctor y con base en los mismos motivos, la **prohibición de comunicarse o relacionarse** con [[A-1]] por cualquier medio.

La duración que establecemos para estas penas es de **Diez años y seis meses**, (artículo 57.1 C.P.).

Todo ello por las consideraciones que tenemos que hacer a continuación.



El **artículo 57 del Código Penal** en su redacción aplicable, que es la dada por el apartado décimo del artículo único de la L.O. 5/2010, establece.

"1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

Por su parte, el **artículo 48 del Código Penal** en su redacción aplicable dada por el apartado décimo del artículo único de la L.O. 5/2010, al que el artículo 57 se remite, establece:

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

En nuestro caso se ha impuesto a Víctor una pena de 7 años de prisión.

No cabe duda de que el delito por el que ha sido condenado Víctor es grave (vide artículo 33 del Código Penal).

Por lo tanto, conforme al artículo 57 del Código Penal la duración de estas prohibiciones ha de ser superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Si la pena de prisión que hemos impuesto es de 7 años de prisión, las prohibiciones de aproximación y de comunicación podrían abarcar desde los 8 años hasta los 17 años

Las acusaciones solicitan en este caso 15 años como duración de estas prohibiciones, pero esta Sala, que ha impuesto una pena de prisión inferior a la solicitada por las acusaciones considera que con una duración para estas prohibiciones de 10 años y seis meses se cumple la finalidad de garantizar la indemnidad de la víctima, pues se extiende no solo a la duración a todo el cumplimiento de la pena de prisión sino que se prolonga a tres años y medio más, lo que determina el cumplimiento del espíritu que preside la norma que disciplina estas penas accesorias, a la par que se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, la gravedad de la conducta y el riesgo existente. Que hay que proteger a [[A-1]] es evidente, y así se acuerda. Sin embargo, la duración de esta pena accesoria solicitada por las acusaciones nos parece excesiva.

4.- Aplicación del artículo 36.2 del Código Penal :no se aplica la limitación prevista en dicho precepto.

En nuestro caso la acusación particular ha solicitado genéricamente que se aplique lo previsto en el artículo 36.2 del Código Penal.

El artículo 36.2 del Código Penal dispone: "[...] Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:



- a) *Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*
- b) *Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal*
- c) *Delitos del artículo 183.*
- d) *Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior."

En nuestro caso, la pena sí es superior a los cinco años de prisión.

No obstante, el delito perpetrado es el tipificado en el artículo 181 del Código Penal y se ha perpetrado contra una persona discapaz pero mayor de edad. Por lo tanto, no nos hallamos ante uno de los supuestos en los que, conforme al artículo 36.2 del Código Penal, es imperativo que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena.

Nos encontramos por lo tanto ante un supuesto en el que la imposición de dicha prohibición de acceso al tercer grado hasta la mitad de la pena impuesta, es facultativa del tribunal ("*... Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta*").

En este caso la acusación particular, que ha solicitado que este tribunal imponga esta prohibición, no ha añadido ningún argumento para justificar esta petición. Por consiguiente el Tribunal no la va a acordar, y por ende, la progresión o regresión en grado derivará de lo que la evolución del tratamiento individualizado del penado aconseje en cada momento y de acuerdo con lo que decida, en función de todo ello, en su caso, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

DÉCIMO CUARTO.- LIBERTAD VIGILADA.-

1.- Planteamiento.-

El Ministerio Fiscal y la acusación particular han solicitado la imposición a Víctor de la medida de libertad vigilada.

El Ministerio Fiscal la ha solicitado por tiempo de 6 años, ex artículo 192 y 106 del Código Penal. Dicha medida consistiría en la obligación de participar en programa formativo de educación sexual.

La acusación particular ha solicitado que esa libertad vigilada sea por diez años, y que además de la obligación de participar en programa formativo de educación sexual, entrañe ex artículos 192 y 106.1 e), f) y j) del Código Penal, la prohibición de aproximarse y comunicarse con [[A-1]].

2.- Preceptos aplicables.-

El **artículo 192** preveía lo siguiente: "*A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.*

Por su parte, el **Artículo 106 del Código Penal** en sus dos primeros números establece:

1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) *La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.*
- b) *La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.*
- c) *La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.*
- d) *La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.*



- e) *La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- f) *La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- g) *La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.*
- h) *La prohibición de residir en determinados lugares.*
- i) *La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.*
- j) *La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.*
- k) *La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.*

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.

En estos casos, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado.

Si éste lo hubiera sido a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas.

Asimismo, el penado a quien se hubiere impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente. (...)

3.- Aplicación al presente caso.-

Víctor es delincuente primario, pero ha cometido un delito grave (abuso sexual con acceso carnal) además de que es delito continuado, lo cual tiene trascendencia a los efectos del artículo 192 del Código Penal pues determina la *imposición imperativa de la medida*. Procede por lo tanto imponerle la medida de libertad vigilada, pues es imitativo ex artículo 192 del Código Penal y 106.2 del Código Penal .

Además de las circunstancias analizadas, esto es, la gravedad de los hechos derivados de que el acusado ha perpetrado su acción (un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal por vía bucal) sobre un discapaz, debemos añadir, a los solos y exclusivos efectos de evaluar la imposición de la libertad vigilada y su duración, que no consta que el procesado siga tratamiento alguno y además, que no ha mostrado ningún signo ni de empatía por su víctima, ni de interiorización de la gravedad de su repetida acción, todo lo cual evidencia un riesgo de que pudiera repetir en el futuro hechos semejantes. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos 192 y 106, se acuerda la imposición de la medida de libertad vigilada interesada por la acusación particular, aunque por tiempo de seis años solicitado por el Ministerio Fiscal, para su cumplimiento posterior a las penas privativas de libertad impuestas, con observancia de lo dispuesto en el artículo 106, para lo cual, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, y previa la oportuna propuesta formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 del Código Penal, se concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97 del mismo Código , el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que se han solicitado por las acusaciones , esto es, obligación de participar en programas de educación sexual y también, lo solicitado por la acusación particular relativo a la prohibición de aproximarse y de comunicar con [[A-1]] a su domicilio en un radio de 150 metros, y así como de comunicarse o relacionarse con [[A-1]] por cualquier medio. la prohibición de aproximación se circunscribe a la persona, pues la acusación particular, que ha solicitado esta medida, la limita a este extremo (solo se refiere a los artículos 106.1 e), f) y j) . Todo esto es de independiente cumplimiento, claro está de la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación que además e ha impuesto, la cual debe cumplirse en los términos que hemos explicado en el párrafo 3 del fundamento de derecho DÉCIMO tercero.

DÉCIMO QUINTO.- RESPONSABILIDAD CIVIL.-



1.- Según dispone el **artículo 116.1 del Código Penal** , "Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables del delito o falta, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno".

El Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitan en concepto de responsabilidad civil que Víctor indemnice en 20.000 euros a [[A-1]], con el interés del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Siguiendo, por ejemplo, a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2018** , podemos decir que la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias alcanza dificultades a veces insuperables, cuando se trata de explicar la indemnización por daño moral, difícilmente sujeta a normas preestablecidas ya que los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones. El Tribunal Supremo en señalar que " *no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los Juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho, su entidad real o potencial relevancia repulsa social, así como las circunstancias personales de los ofendidos, (SSTS 957/1998, 16 de mayo y 1159/1999, 29 de mayo , entre otras)*".

No cabe duda de que en nuestro caso procede acordar una indemnización a favor de [[A-1]] que repare el daño moral causado. Afortunadamente, no constan que los graves hechos perpetrados contra este discapaz por Víctor le hayan dejado secuelas psíquicas o alteraciones psicológicas derivadas de estos hechos. Pero claro está, ello no dispensa a Víctor de reparar el grave daño causado, puses como hemos indicado, conforme establece el Tribunal Supremo no es necesario para que exista el debe de indemnizar, el que se hayan producido alteraciones patológicas o psicológicas a las víctimas.

Debemos tener en cuenta la objetiva gravedad delictiva de los hechos (el procesado ha sometido a [[A-1]] a prácticas sexuales con acceso carnal en varias ocasiones). El acusado atentó gravemente contra la indemnidad sexual de [[A-1]] y cometió unos hechos indudablemente exigen compensación. A ello se debe sumar la repulsa social que merece objetivamente esta clase de hechos, sin soslayar el gravamen que para el propio [[A-1]] ha supuesto el procedimiento en sí (entrevista con las psicólogas Sra. Asunción y Sra. Azucena , tener que declarar en la prueba preconstituida sometiéndose a preguntas sobre hechos que afectaban a su intimidad e indemnidad sexual...). Es necesario que el procesado repare económicamente los innegables perjuicios que ha provocado con su delictivo proceder. Por eso, si el criterio normalmente seguido en otras ocasiones recientes por esta Sala fue el de fijar una indemnización de 6000 euros en el caso de comisión de una sola acción, teniendo en cuenta que estamos ante un delito continuado , la indemnización que entendemos procedente en este caso es la de 8000 euros, con el interés del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil

DÉCIMO SEXTO.- COSTAS PROCESALES.-

1.- Conforme a los artículos 123 y 124 del Código Penal y 239 y 240 Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas del procedimiento se imponen al acusado Víctor incluidas las devengadas por la acusación particular.

Por todo cuanto antecede y se deja expuesto, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por UNANIMIDAD

FALLAMOS

PRIMERO.- Que DEBEMOS CONDENAR Y **CONDENAMOS** al acusado Víctor como autor penalmente responsable de **UN DELITO CONTINUADO DE ABUSO SEXUAL cometido con abuso de una persona discapacitada, en su modalidad del subtipo agravado de comisión mediante acceso carnal**, anteriormente definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal .

SEGUNDO.- Que en su virtud, debemos imponer e imponemos al acusado Víctor las **PENAS SIGUIENTES:**

1º) La pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2º) La pena accesoria de **siete años de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier trabajo u ocupación que suponga el contacto con personas con discapacidad intelectual y / o con menores de edad.**



3º) La pena accesoria de **diez años y seis meses de prohibición de aproximación** a menos de 150 metros de [[A-1]], a su respectivo domicilio, centro de estudios y cualquier otro lugar en que se encuentre o que frecuente, así como la **prohibición de comunicarse** o relacionarse con [[A-1]] por cualquier medio durante el mismo .

TERCERO.- Que asimismo debemos imponer e imponemos al acusado Víctor la medida de **libertad vigilada por tiempo de seis años**, para su cumplimiento posterior a las penas privativas de libertad impuestas, con observancia de lo dispuesto en el artículo 106, para lo cual, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, y previa la oportuna propuesta formulada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98 del Código Penal, se concretará, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 97 del mismo Código, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que se han solicitado por el Ministerio Fiscal, esto es, obligación de participar en programas de educación sexual y prohibición de aproximarse a menos de 150 metros de [[A-1]] y de comunicar o relacionarse con [[A-1]] por cuales medio.

CUARTO.- Que en concepto de **responsabilidad civil** derivada de sus infracciones criminales, debemos condenar y condenamos a Víctor al pago a [[A-1]], en la persona de su tutor, la cantidad de **OCHO MIL EUROS** (8000 €) y el interés del artículo 576 Ley de Enjuiciamiento Civil:

QUINTO.- Las **costas** del procedimiento, incluidas las de la acusación particular, se impone a Víctor .

Abónese a la pena de prisión impuesta al acusado Víctor el tiempo en que este estuvo detenido (detenido por esta causa el 4 de abril de 2017 y puesto en libertad provisional por Auto de 5 de abril de 2017), así como el tiempo cumplido de medida cautelar de prohibición de acercamiento. Se ratifica la pieza de responsabilidad pecuniaria.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, **se podrá interponer recurso de APELACIÓN ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja** dentro de los diez (10) días siguientes al de la última notificación.

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