



Roj: **STS 2090/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2090**

Id Cendoj: **28079120012023100357**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2023**

Nº de Recurso: **2606/2021**

Nº de Resolución: **339/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 339/2023

Fecha de sentencia: 10/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2606/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia Cantabria. Sala Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2606/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 339/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 10 de mayo de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 2606/2021, interpuesto por **D. Horacio**, representado por la procuradora D^a. Carolina Beatriz Yustos Capilla, bajo la dirección letrada de D. José María Cavada Alonso, y **D. Cipriano** representado por el procurador D. Adrián Díaz Muñoz, bajo la dirección letrada de D^a. Guadalupe Bohoyo Nieva contra la sentencia n.º 4/2021 de fecha 11 de marzo de 2021 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 300/2020 de fecha 14 de diciembre de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Primera en el procedimiento sumario ordinario 13/2019, procedente del Juzgado de Instrucción num. 3 de Santander.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Javier Hernández García, con exclusión del Fundamento jurídico destinado a resolver el recurso interpuesto por Cipriano del que asume la ponencia el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, formulándose por el ponente inicial voto particular sobre dicho fundamento.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santander incoó procedimiento sumario ordinario núm. 1103/2018 por delito continuado de abuso sexual, contra Horacio y Cipriano; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria, cuya Sección primera, (SU núm. 13/2019) dictó Sentencia en fecha 14 de diciembre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"**ÚNICO**: Ha resultado probado y así se declara que, en fecha no determinada del mes de noviembre de 2017, los procesados Horacio y Cipriano ambos mayores de edad, y, sin antecedentes penales,, accedieron juntó con Braulio nacido el NUM000 /87, al interior de un garaje cerrado que los padres de éste tenían en la CALLE000 de Santander, y del que Braulio tenía llaves y una vez en allí, y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, mantuvieron con Braulio relaciones sexuales consistentes en felaciones que éste realizó a ambos.

Braulio padece DIRECCION000 congénito con un grado de minusvalía del 66% con gran afectación de su capacidad cognitiva para conocer la trascendencia de los actos sexuales y consentir los mismos siendo fácilmente manipulable, hecho tangible por su apariencia y comportamiento y que era por ello conocido y aprovechado por Horacio para la realización de los hechos.

El procesado Cipriano padece de sordomudez desde el nacimiento sin formación alguna no fue escolarizado ni adquirió habilidad en lecto escritura ni aprendió lenguaje de signos lo, que le ha impedido realizar un desarrollo intelectual y cognoscitivo de forma adecuada alterando su conciencia de realidad e impidiendo comprender la ilicitud que supone mantener relaciones sexuales con Braulio pos sus circunstancias personales.

Por sentencia del Juzgado de 1^a Instancia n° 11 de Santander 'de fecha 25 de octubre de 2018 se acordó la discapacidad plena de Braulio para regir su persona y sus bienes nombrándose tutor a su hermano Jose Antonio .

No consta que Braulio haya sufrido como consecuencia de estos hechos algún tipo de alteración o sufrimiento psíquico."

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

"Que debemos condenar y condenamos a Horacio, como autor directo y responsable de un delito o de abuso sexual sobre persona de cuyo trastorno mental se abusare agravado por el acceso carnal por vía bucal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de comunicación por cualquier medio y de acercamiento a menos de 300 metros a su persona, lugar de trabajo o estudio así como domicilio, respecto de Braulio, durante seis años.

Procede además imponer la medida de *libertad vigilada*, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, durante CUATRO AÑOS con la obligación de someterse a un programa de educación sexual.

Que debemos absolver y absolvemos del referenciado delito a Cipriano por concurrencia de la eximente completa de alteración de la percepción imponiéndole la medida de seguridad no privativa de libertad, consistente en libertad vigilada con el contenido de prohibición de acercamiento a Braulio, a distancia inferior a 300 metros, a su domicilio, lugar de estudios o trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por el mismo



por un período de 3 años, así como la prohibición de comunicar con él por cualquier medio o procedimiento también durante 3 años; y la obligación de someterse a un programa de educación sexual

En concepto de responsabilidad civil dimanante de la criminal declarada, ambos procesados deberán indemnizar solidariamente a Braulio en la persona de su tutor Jose Antonio, en la cantidad de *dos mil euros* (2.000 e); por los daños morales originados con el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Igualmente Horacio deberá abonar la mitad de las costas procesales causadas. La otra mitad se declara de oficio.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede prepararse *recurso de apelación* ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Horacio y Cipriano; dictándose sentencia núm. 4/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Cantabria en fecha 11 de marzo de 2021, en el Rollo de Apelación 4/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Doña Mar Macías de Barrio, en la representación que ostenta de D. Horacio y el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Sandra Peña Álvarez, en representación de Cipriano, frente a la sentencia dictada en esta causa por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cantabria, que se confirma en su integridad, imponiendo al primero de los apelantes citados la mitad de las costas de la presente apelación declarando de oficio la otra mitad.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante la Sala segunda del Tribunal Supremo en la forma y plazos previstos por los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D. Horacio y D. Cipriano que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos de casación en los siguientes motivos:

Recurso de Horacio

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 5-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24-2 de la Constitución Española, infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24-1 de la Constitución Española en relación con los artículos 9-3 y 120-3 de la Constitución Española en su vertiente del derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental de la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española por deficitario análisis de la prueba de descargo.

Recurso de Cipriano

Motivo único.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 181, apartados 1, 2 y 4 del Código Penal -y, con ello, aplicación indebida de los arts. 95.1, 96.1 y 3, 106.1.e), f) y j) del Código Penal-, al no quedar acreditado que concurrieran los elementos del tipo delictivo; así como por infracción de ley, con base en el artículo 849.1, en relación con el artículo 852, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haber vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación.

SÉPTIMO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, se da traslado a los recurrentes para que adapten si lo estiman procedente los motivos alegados, y al Ministerio Fiscal por si interesa presentar alegaciones, con el resultado que obra en autos.

OCTAVO.- Por providencia de esta Sala de 21 de febrero se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 25 de abril de 2023.



NOVENO.- Con motivo de la deliberación, se votó de forma unánime la propuesta del ponente rechazando el recurso del Sr. Horacio . Respecto a la propuesta relativa al recurso formulado por el Sr. Cipriano , la mayoría de la Sala la rechazó, acordándose que el Magistrado Excmo. Sr. D. Leopoldo Puentes Segura asumiera la redacción del fundamento mayoritario, anunciando respecto a este, voto particular por parte del Magistrado Excmo Sr. D. Javier Hernández García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Horacio

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. El motivo denuncia insuficiencia probatoria para fundar la condena. Considera el recurrente que los datos de prueba utilizados por el tribunal de instancia y que valida el tribunal de apelación para sustentar la condena resultan inconsistentes. Se hipertrofia el valor reconstructivo del relato de la afirmada víctima sin analizar los evidentes trazos de implausibilidad que concurren. Como ha quedado suficientemente acreditado, el hoy recurrente, a consecuencia de una intervención quirúrgica relacionada con un proceso cancerígeno, no puede tener erecciones. Disfunción física que no solo priva de todo sentido a la acción que se declara probada - que la afirmada víctima practicó una felación al recurrente- sino que, además, debería haber sido descrita por el testigo de cargo. Si como el propio Tribunal Superior reconoce, el testimonio de Braulio se mostró impreciso sobre tan decisivo extremo fáctico -incluso llegó en algún momento de su declaración a afirmar que el miembro del recurrente se puso "duro"- no resulta razonable que se le atribuya tan alto valor probatorio para considerar acreditada la existencia de una práctica sexual de estimulación sin efecto ni sentido funcional alguno. No cabe explicación para que la afirmada víctima revelara de manera espontánea, como se concluye en la sentencia, haber practicado una felación al recurrente y no precisara, al tiempo, el estado no erecto del pene. Esta imprecisión, se insiste por el recurrente, priva de toda atendibilidad al testimonio de cargo. Sin que resulten de recibo los argumentos valorativos utilizados por el tribunal de apelación pues si bien el hoy recurrente puede, en efecto, conservar el deseo y la libido sexual ello no significa que, efectivamente, se produjera la práctica sexual que se describe en los hechos probados de la sentencia recurrida. Como tampoco puede compensar el déficit de fiabilidad de la información aportada que la afirmada víctima se mostrara espontánea cuando reveló los presuntos hechos a su padre y a la trabajadora social o de que existan coincidencias espaciotemporales relativas al encuentro entre lo relatado por aquella y lo manifestado por el ahora recurrente.

2. El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas hasta la consistencia de los razonamientos probatorios empleados por el tribunal de apelación.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.

De tal modo, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura y se estrecha notablemente. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia limitada de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior - vid STC 184/2013-.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

3. Pues bien, en el caso que nos ocupa, por la cantidad de información probatoria disponible, por el método valorativo empleado y por los criterios de valoración utilizados por el tribunal de apelación descartamos cualquier atisbo de lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.



En efecto, el Tribunal Superior, desde una impecable metodología holística, dando cumplida respuesta al efecto plenamente devolutivo transferido por la apelación, analizó, con rigor, todas las informaciones probatorias disponibles, sin eludir en momento alguno las dificultades valorativas que ofrecía el testimonio de la víctima, el Sr. Braulio, atendida su discapacidad intelectual, llegando a la conclusión, más allá de toda duda razonable, de que practicó una felación al hoy recurrente pese a su disfunción eréctil.

4. Como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio, por la vía de los derechos a la vida (artículo 2), a no sufrir trato inhumano y degradante (artículo 3) y a la vida privada y familiar (artículo 8), impone a los Estados específicas y muy exigibles obligaciones positivas que garanticen una respuesta judicial adecuada a las denuncias de violencia o abuso sexual contra personas con discapacidad intelectual. Precisamente, por las dificultades que pueden concurrir tanto para su formulación como para evaluar la información aportada por las víctimas.

Entre las obligaciones exigibles identificadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe destacar las siguientes: primera, adoptar una metodología sensible para el análisis del contexto de producción y, sobre todo, las condiciones consensuales o no de la relación; segunda, desarrollar un particular esfuerzo acreditativo, procurando verificar todas las circunstancias periféricas o circundantes que permitan obtener los mejores y mayores datos para calibrar la credibilidad de la víctima y la fiabilidad de la información que facilite -por ejemplo, interrogando a personas conocidas de la víctima y del presunto autor, como amigos, vecinos, maestros y otras personas que puedan aclarar la confiabilidad de sus declaraciones, así como buscar la opinión de un psicólogo especialista-; tercera, indagar si existía alguna razón para que la víctima hiciera acusaciones falsas contra el presunto autor; cuarta, aplicar estándares de especial celeridad en la obtención de la información, no solo para evitar su pérdida sino también para que la excesiva duración del proceso no se convierta en un factor de grave afectación psico-emocional para este tipo de víctimas especialmente vulnerables; quinta, adoptar durante el curso del proceso mecanismos efectivos de protección que reduzcan los efectos victimizadores y, en su caso, neutralicen en lo posible los riesgos de revictimización; sexta, valorar con particular diligencia la información sobre la vulnerabilidad de las víctimas -edad, desarrollo mental y físico, contexto socio-personal, circunstancias de producción del hecho- y su posible proyección sobre, en su caso, la validez del consentimiento para los actos sexuales a la luz de su capacidad intelectual -vid. SSTEDH, caso M. C. c. Bulgaria, de 4 de diciembre de 2003; caso I.G. . c. Moldavia, de 15 de mayo de 2012; caso G.U c. Turquía, de 18 de octubre de 2016-.

Como se precisa en la STEDH, caso E. B. c. Rumanía de 19 de marzo de 2019, " *el hecho de no investigar adecuadamente o proporcionar una respuesta judicial adecuada a las denuncias de abuso sexual contra menores u otras personas vulnerables, como las personas con discapacidades intelectuales, produce impunidad que puede estar violando las obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 3 del Convenio (...)* En tales circunstancias, la discapacidad intelectual de la demandante, confirmada por documentos médicos, la colocó en una situación de mayor vulnerabilidad lo que exigía que tanto las autoridades investigadoras como los tribunales nacionales mostraran mayor diligencia en el análisis de sus declaraciones. En particular, debería haberse centrado en analizar la validez del consentimiento de la solicitante, a la luz de su capacidad intelectual, para los actos sexuales. (...) La conducta de las autoridades se vio agravada por el hecho de que nunca se ordenó una evaluación psicológica o psiquiátrica con el fin de obtener un análisis especializado de las reacciones de la demandante desde el punto de vista de su capacidad mental, pese a que lo solicitó durante la investigación y también se ordenó por el Tribunal de Distrito de Târnăveni".

5. Pues bien, en el caso, y como anticipábamos, se han dado todas y cada una de las condiciones que garantizan la adecuada valoración de la información probatoria disponible.

El Tribunal Superior ha evaluado la fiabilidad de la información transmitida por el testigo directo tomando en cuenta informaciones testificales referenciales, pero con un alto valor corroborativo, como son las provenientes de los testimonios del padre de la víctima y de la trabajadora social que desempeñaba sus funciones en el centro recreativo adonde acudía Braulio. Como indicó la testigo, Braulio le reveló de manera absolutamente espontánea lo acontecido en el interior del garaje. Muy en concreto que había "chupado el pene" a dos personas.

Por otro lado, la prueba practicada descarta cualquier tipo de conflicto o sentimiento de animadversión hacia el hoy recurrente que pueda prestar la más mínima explicación causal a la propia revelación y a la posterior denuncia.

Pero no solo. También se ha contado con la pericial psicológica, cuyas conclusiones revelan que Braulio, como consecuencia de su discapacidad intelectual -síndrome de *Sylver Russel*-, tiene una actitud tendencialmente complaciente a los requerimientos de terceros y una muy escasa capacidad de fabulación.



Relato que, además, viene confirmado por el testimonio del otro acusado, el Sr. Cipriano, que, tanto en fase previa como en el propio acto del juicio, afirmó, sin ambages, que Braulio había chupado el pene del hoy recurrente.

Por último, señalar que si bien el testimonio de la víctima se presenta impreciso o vacilante sobre si el pene del hoy recurrente se encontraba erecto, o no, en modo alguno compromete, a luz del conjunto de datos que arroja el cuadro de prueba, la atendibilidad del relato en los aspectos más nucleares. Pudiéndose explicar la imprecisión, precisamente, por las dificultades para relatar lo sucedido derivadas de la discapacidad intelectual.

En todo caso, y como destaca la sentencia apelada, la falta de erección ni es una condición necesaria de la felación descrita ni, como precisaron los forenses, afecta, tampoco, a la libido y al deseo sexual del afectado. La disfunción constatada no convierte en implausible al relato de la víctima, como se sostiene en el recurso.

Como anticipábamos, no hay lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

6. El motivo denuncia que la sentencia recurrida incurre en arbitrariedad valorativa pues no toma en cuenta que la afirmada víctima no conocía ni sabía de la imposibilidad física del hoy recurrente para tener erecciones y buena prueba de ello es que no lo puso de relieve en sus declaraciones ni tan siquiera ante las preguntas directas que se le formularon, lo que no puede significar otra cosa "que en realidad nunca llegó a realizar tal acto sexual (la felación)" (sic). La Sala de Apelaciones, se afirma en el recurso, no da respuesta a estas alegaciones y se limita, sin más, a confirmar la decisión de la Audiencia Provincial pese a reconocer que el testimonio de la afirmada víctima sobre si el pene del recurrente se encontraba erecto es vacilante.

7. El motivo carece de toda consistencia.

Es cierto que el derecho de la parte a la tutela judicial no se satisface solo con la sentencia. Esta, además, debe contener las razones fácticas y normativas que fundan lo decidido. Es un imperativo constitucional ineludible ex artículos 24 y 120, ambos, CE.

Deber constitucional de motivación que no garantiza ni una determinada extensión, ni tan siquiera una especial exhaustividad en las razones que fundan lo decidido. Pero sí que las razones sean completas, claras, precisas, adecuadas y, sobre todo, consecuentes o congruentes con el objeto procesal deducido en juicio. El deber de motivación no se mide por parámetros de excelencia en la respuesta sino de suficiencia explicativa de las razones ofrecidas que permita, entre otros objetivos, que la parte que se ve afectada por lo decidido pueda combatirlo mediante el oportuno ejercicio de los recursos -vid. SSTC 124/2000, 59/2011, 179/2011-.

La invocación, por la vía del artículo 852 LECrim como motivo casacional, del deber constitucional de motivación puede adquirir una destacada polivalencia. Por un lado, su incumplimiento puede afectar a los presupuestos de validez de la decisión recurrida, justificando la declaración de nulidad y el reenvío al órgano de instancia para que repare el déficit de justificación detectado. Por otro, puede comprometer la propia consistencia fáctico-probatoria de la decisión en aquellos casos en los que no se precisen las premisas externas e internas sobre las que se funda la declaración de hechos probados. Lo que, en supuestos de decisiones de condena, al afectar a la presunción de inocencia, podrá traducirse en la casación de la sentencia y la absolución de la persona condenada en la instancia. Para destruir la presunción de inocencia no basta solo, ni mucho menos, con la producción objetiva de la mínima actividad probatoria de cargo. Debe, además, valorarse de forma motivada la información probatoria resultante.

Y para ello, no cabe duda, el análisis completo del cuadro de prueba resulta relevante no solo para medir el cumplimiento del deber de motivación que impone el artículo 120 CE, sino también para constatar la adecuada protección objetiva del derecho a la presunción de inocencia y, en íntima conexión con este, del derecho a la libertad de la persona acusada -vid. STS 804/2012, de 17 de octubre-.

La valoración fraccionada del cuadro probatorio puede debilitar, sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de esta y, segundo, de conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado - vid. SSTS 96/2021 de 4 de febrero, 165/2021 de 24 de febrero-.

El deber de completitud obliga a la utilización de estándares de justificación probatoria exigentes respecto a todos los datos que acceden al cuadro probatorio, con independencia de la naturaleza directa o indirecta de los medios producidos y de la cualidad de estos como de cargo o no. Cuestión esta, por cierto, que, en puridad, no puede abordarse como un "prius" sino como un "posterius" a la propia justificación racional del conjunto de los resultados que arroja el cuadro de pruebas.



En particular, cuando se trata de sentencias condenatorias la atribución de fuerza acreditativa a las informaciones aportadas por los testigos o los peritos, reclama no solo identificar los criterios de atendibilidad y fiabilidad que concurren en aquellos, sino también explicitar las razones por las que se descarta el testimonio de los otros testigos o de los peritos que depusieron en el plenario y que niegan el hecho de la acusación.

El valor que se atribuya a dicha información testifical y/o pericial depende, en gran medida, de la menor atendibilidad que se otorgue a los otros testigos o peritos que contradicen dicha información. Y esto solo puede hacerse identificando y analizando el cuadro probatorio completo. No seccionando de forma selectiva una parte de este, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen.

Resultado crítico que se dará en aquellos supuestos en los que se han producido informaciones probatorias contradictorias entre sí, particularmente provenientes de medios de prueba personal. En estos casos, la atribución de valor reclama explicar por qué se opta por una determinada información en detrimento de la otra.

8. En el supuesto que nos ocupa, y muy lejos de lo que se sostiene en el desarrollo argumental del motivo, la sentencia apelada despliega una ejemplar justificación de las conclusiones fácticas alcanzadas, abordando directa y nuclearmente las objeciones de atendibilidad del testimonio de Braulio introducidas por el hoy recurrente. Objeciones que descarta con completas y convincentes razones a las que hemos tenido oportunidad de referirnos al hilo del primero de los motivos.

La sentencia de apelación, validando la de instancia, permite identificar no solo los datos esenciales de prueba sobre los que funda su decisión sino también las razones por las que les atribuye valor reconstructivo. Razones construidas, además, en un diálogo directo y fructífero con las invocadas por el hoy recurrente para sostener su denuncia de insuficiencia probatoria.

No hay infracción del deber de motivación y, con ello, lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Cipriano .

ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 181.1.2.3 y 4 CP y ARTÍCULOS 95 , 96 y 106, TODOS ELLOS, CP .

9. El único motivo formulado por la representación del Sr. Cipriano combate la sentencia de instancia en cuanto le considera autor de un delito de abuso sexual del artículo 181.1.2 y 4 CP pese a declararle, también, exento de responsabilidad criminal por concurrir la causa de inculpabilidad prevista en el artículo 20. 3º CP.

Con destacada técnica casacional, se cuestiona la hoja de ruta normativa empleada por el tribunal de instancia que valida el tribunal de apelación. A su parecer, y desde los propios hechos que se declaran probados, la sentencia prescinde de analizar la tipicidad de la conducta del recurrente. En concreto, la concurrencia del tipo subjetivo exigido por el delito del que fue acusado. Tipo subjetivo doloso que reclama determinar si Cipriano , el hoy recurrente, afecto de una muy grave alteración de la percepción -es sordomudo de nacimiento y no ha recibido ningún tipo de escolarización- que ha comprometido, como se declara probado, su adecuado desarrollo intelectual y cognoscitivo, conocía, al tiempo de los hechos, que Braulio también sufría un "trastorno mental", en los términos a los que se refiere el tipo del artículo 181 CP, y que, precisamente por ello, la relación sexual que mantuvo no podía considerarse consentida.

Se insiste por el recurrente en que la cuestión no reside en despejar si pudo valorar la ilicitud de su conducta o comportarse según el mandato que le prohibía actuar, sino en si conoció, tan siquiera, los elementos objetivos que convierten la conducta desarrollada en típica (esto es, si actuó dolosamente).

Los hechos probados, --se encarga de destacar el recurrente--, a diferencia de lo precisado respecto al otro acusado, no establecen ni que el hoy recurrente se apercibiera de la discapacidad intelectual de Braulio ni, tampoco, que se aprovechara de ello para mantener relaciones sexuales. No se describe ninguna circunstancia que impida explicar la conducta del hoy recurrente como lo que en realidad fue: una relación sexual consentida.

La ausencia del dolo, remata el recurrente, excluye el injusto típico y priva de fundamento a la fijación de medidas de seguridad por la vía de la libertad vigilada.

10. El motivo, pese a suscitar temas que dogmáticamente presentan muchas y, a veces tortuosas, aristas, -en las que conscientemente no profundizaremos por considerar innecesario su completo abordaje para resolver el asunto- y hacerlo con buena técnica y atinadas referencias doctrinales, no puede prosperar. Combina en un único motivo cuestiones de presunción de inocencia -probatorias- con otras de subsunción jurídica, mescolanza que, sin embargo, aporta más confusión que claridad; máxime en un supuesto en que la presunción de inocencia quiere proyectarse sobre el nivel de inimputabilidad o de discapacidad del sujeto activo, en fórmula complicada: la constitucional presunción de inocencia no obliga a presumir que todos



los acusados son inimputables mientras no se demuestre lo contrario; ni, *in casu*, nos sitúa en la tesitura de entender que la inimputabilidad declarada de este recurrente (art. 20.3) le impedía conocer la esencial asimetría de la relación sexual promovida, por los dos recurrentes en razón de la fragilidad psíquica de la víctima que como evidencia el visionado del plenario es palmaria, en coincidencia con lo afirmado en los informes periciales.

11. Esos datos se revelan como muy relevantes en este supuesto. El panorama sería completamente diferente si estuviésemos ante un encuentro en solitario entre Braulio y Cipriano, producido en un contexto distinto del que describe el relato de hechos probados, y ante un contacto sexual asumido por ambos. Probablemente en esa otra situación la tesis de la atipicidad que mantiene el recurso podría abrirse paso con naturalidad. Pero el marco fáctico referencial que describen los hechos probados es muy distinto. Cipriano actúa en sintonía y concurso con Horacio. Braulio les atribuye a ambos la misma actitud. Ellos llevan la iniciativa, y reclaman el acceso bucal. Braulio, manipulable y complaciente, según le describen los informes psiquiátricos, se limita a asentir ante esos requerimientos.

Cipriano no es un "igual" -los esfuerzos que hace la recurrente para asimilar desde el punto de vista de la discapacidad a ambos son tan meritorios como infecundos-; alguien que se relaciona con Braulio en términos de simetría. Actúa en combinación con Horacio. Aprovecha, en alguna medida, esa "superioridad" psíquica que deriva no solo de sus mayores capacidades, que no pueden negarse, sino de ser el acompañante de Horacio que reclama igual trato. Dejando a un lado disquisiciones dogmáticas alrededor de la teoría jurídica del delito, no parece forzado sostener que, más allá de su incapacidad de culpabilidad, la acción realizada por Cipriano -situada en ese contexto circunstancial y no en un aséptico laboratorio académico- supone objetivamente un "abuso" del "trastorno mental" de la víctima y por tanto puede afirmarse su tipicidad; y su antijuricidad.

La actitud procesal de este recurrente, retractándose en el plenario de su confesión inicial, abunda en el acierto de la decisión de los dos Tribunales que se han pronunciado, aún siendo dato prescindible y en absoluto concluyente por sí.

Su decisión jurisdiccional, y ahora adoptamos una perspectiva más pragmática -que tampoco puede ser nunca el factor decisorio-, en otro orden de cosas, parece más acorde con lo que se pide al derecho penal frente a estas situaciones: unas medidas de seguridad escasamente invasivas y acordes tanto con el más elemental sentido común (prohibición de acercarse a la víctima, posiblemente lo mínimo esperable por sus familiares más cercanos) como con el propio interés del acusado absuelto (formación en materia sexual), en el que por las tareas que desempeña, hay que suponer, afortunadamente, un cierto nivel de socialización que puede y debe incrementarse.

12. No puede negarse, en todo caso, que el relato de hechos probados que se incorpora a la resolución impugnada omite deliberadamente consignar que quien ahora recurre conociera y aprovechara la discapacidad de Braulio, al contrario de lo que sí se afirma taxativamente con relación al otro acusado. Ello le permite después, en coherencia con lo anterior, declarar al ahora recurrente "exento de responsabilidad criminal".

13. No hace falta extenderse, por su evidencia, ya proclamada desde antiguo por este mismo Tribunal Supremo en otras ocasiones (por ejemplo nuestra sentencia número 411/2014, de 26 de mayo), en que la discapacidad psíquica no determina, por sí, la inhabilidad del consentimiento prestado por quien la padece para la realización de actos de contenido sexual. No cercena irremediamente la libertad de quienes la padecen para consentir implicarse en actos de contenido sexual. En consecuencia, la realización de conductas con significado sexual en las que participen personas afectadas por discapacidades semejantes a las que Braulio padece, no resultan necesariamente típicas, como no lo son tampoco las que se efectúan con el consentimiento de otras cualesquiera personas que no padecen dicha discapacidad.

14. La tipicidad de estos comportamientos, artículo 181.2 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, en uno y otro caso, viene determinada por la concurrente existencia de otros factores: por ejemplo: cuando los actos se ejecutan sobre personas que se hallan privadas de sentido, cuando se cometen anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos o de cuyo "trastorno mental" se abusare. Todas estas circunstancias, para que pueda predicarse con razón la responsabilidad del autor, deben ser, naturalmente, abarcadas por el dolo (ha de conocer, por ejemplo, que la víctima se encuentra dormida y, pese a ello, abordarla sexualmente).

15. Ello nos obliga, --si quiera, como anunciamos ya, de forma sucinta o de soslayo, solo en lo indispensable--, a abordar el problema dogmático que, sin disimulo, el recurrente suscita. No siendo capaz Cipriano, como consecuencia de sus propios padecimientos y de su falta de adecuada socialización, que se declara acreditada, de conocer y calibrar la discapacidad de Braulio, ni tampoco la relación asimétrica que en el contexto ya referido se producía, y de la que así no abusaba el acusado de forma plenamente consciente, resultaría obligado concluir que su conducta no fue dolosa, y no colmaba, por eso, las exigencias del tipo subjetivo



(delito, el de abusos sexuales, esencialmente doloso). En coherencia con ello, concluye quien recurre que la acción protagonizada por el acusado resulta atípica o no integra, si se prefiere esta terminología, las exigencias subjetivas del tipo de injusto, lo que debió dar lugar a una sentencia absolutoria, pero no por el concurso de una causa de inimputabilidad (artículo 20.3), sino por la ausencia de un elemento previo en la estructura del delito (el dolo). Y como corolario de lo anterior: no resultarían imponibles al acusado absuelto medidas de seguridad de ninguna naturaleza, habida cuenta de éstas exigen que se haya cometido "*un hecho previsto como delito*" (artículo 95.1.1ª del Código Penal), expresión esa que, al parecer mayoritario de la doctrina, equivale a la realización de un injusto típico (de una conducta típica y antijurídica). Si se participara de ese punto de vista, a nuestro parecer, el razonamiento debería ir aún más lejos: tampoco sería posible, frente a dicha conducta, la legítima defensa (ni propia ni de tercero) y hasta podría participarse en esta conducta, induciéndola por ejemplo o colaborando con ella de manera no necesaria, sin responder penalmente como consecuencia del principio de accesoriidad limitada en la participación. Tampoco daría lugar a ninguna clase de responsabilidad civil derivada del delito.

16. En realidad, lo que se describe en el relato de hechos probados no es muy distinto a los fundamentos que justifican el tratamiento del error de tipo –que el propio recurrente invoca en algún pasaje de su argumentación–. No teniendo el acusado conocimiento cabal de la existencia y dimensión de la discapacidad padecida por Braulio , no pudo advertir que, en las circunstancias descritas en el relato de hechos probados, el aparente consentimiento de éste (único e indiferenciado respecto de los actos que realizó con los dos acusados) no podía considerarse tal, en la medida en que había sido obtenido con abuso. No es muy distinto del supuesto en el cual el acusado no hubiera podido conocer que la víctima se encontraba dormida cuando se realizaron con ella actos de contenido sexual, ni ser consciente, por tanto, de que se abusaba de ella (hoy diríamos, en sintonía con la nueva regulación legal, de que la agredía sexualmente). Lo relevante, a nuestro juicio, es que, en el caso, es precisamente la existencia en el acusado de una causa de inimputabilidad, lo que determina, en exclusiva, la presencia de ese "error".

17. Sentado, pues, que la conducta de Cipriano no podría reputarse dolosa, falta determinar ahora cuales serían las consecuencias derivadas de ello. Si se entiende que el dolo se inserta, como elemento subjetivo, en el injusto típico, y se considera también que éste ha de ser analizado con carácter indispensablemente previo a los presupuestos de la culpabilidad (imputabilidad), como irrenunciable antecedente de los mismos, es claro que solo podríamos dar aquí la razón a quien recurre. Como consecuencia de sus propias discapacidades físicas y de las graves deficiencias en su proceso de socialización, Cipriano no pudo captar las condiciones personales de Braulio , ni que las mismas determinaban, en el contexto descrito en el relato de hechos probados, una situación objetiva de asimetría entre los acusados y él, de la que aquellos abusaban. Y entonces, habríamos de concluir también que quien, por ejemplo, hubiese inducido a Cipriano a que Braulio le practicara una felación en las referidas circunstancias, o contribuyera con él a dicho propósito de cualquier otro modo, estaría realizando una conducta igualmente atípica. E igualmente habríamos de convenir en que si, por ejemplo, el tutor de Braulio se hubiera presentado en el garaje al tiempo de producirse los hechos, podría haberle defendido legítimamente frente a la agresión (abuso) del otro acusado pero no frente a Cipriano , incapaz de captar la situación de abuso y, por tanto, en ausencia, según esta tesis, de agresión ilegítima.

18. No es este nuestro punto de vista. Consideramos que la imposibilidad de Cipriano para comprender la objetiva ilicitud del hecho que realizaba, le exime, sin duda, de responsabilidad criminal. Pero la causa que determinaba su incapacidad para comprender resulta aquí de particular relevancia. Conforme a lo previsto en el artículo 20.3 del Código Penal, las alteraciones en la percepción que padecía Cipriano y que determinaron, en el caso, "una grave alteración de la conciencia de la realidad", determinan que el mismo careciese de un presupuesto previo a la culpabilidad. Resultaba para él imposible, en el caso y por esa razón, prestar oído y ser motivado por la norma penal. Si bien se mira, no creemos que el supuesto de hecho que ahora se somete a enjuiciamiento, resulte estructuralmente muy distinto al de quien, por ejemplo, como consecuencia de una grave alucinación mata a su esposa, convencido de que se trata de un ser demoníaco que ha venido a robarle a su hijo; o al de quien, padeciendo un serio delirio, agrede a sus compañeros de trabajo para evitar que concreten el inminente plan de matarle a él que su mente enferma les atribuye; o, en fin, al de quien, debido a las alteraciones en la percepción que padece desde el nacimiento o desde la infancia, considera que los bienes que pueda encontrar en lugares públicos le pertenecen, y se lleva a su casa cuanto encuentra a su paso. En ninguno de estos supuestos el protagonista actúa tampoco dolosamente. En el primero, porque cree (y quiere) dar muerte a un ser monstruoso y no "a otro" (ser humano); en el segundo, porque considera concurren los elementos fácticos que justificarían la legítima defensa; y en el tercero, porque ignora que los bienes de los que se apropia son ajenos. Más ello no significa, en nuestro entendimiento, que cada uno no cometa un injusto típico, frente al que será posible la legítima defensa, punible la participación, susceptible de determinar la reparación en el plano de la responsabilidad civil a los efectivamente perjudicados; y, desde luego, apta para sobre su base y justificada la necesidad de las mismas, adoptar las correspondientes medidas de seguridad.



Si la responsabilidad penal derivada de estos hechos no les resulta exigible es debido no a que la conducta por ellos realizada esté autorizada por el Derecho; sino a que éste les reconoce su falta de capacidad de culpa, sin que les pudiera resultar exigible otra conducta alternativa.

19. Recapitulando y en el caso, el relato de hechos probados describe, a nuestro parecer de forma inequívoca, la existencia de una relación sexual abusiva sobre Braulio , protagonizada por ambos acusados. Ambos accedieron, junto con Braulio , al interior de un garaje cerrado propiedad de los padres de éste (del que solo Braulio tenía las llaves). Y una vez allí, con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, propusieron a éste (y consiguieron) que les realizara a cada uno una felación. Se trataba de un lugar apartado de la posible fiscalización por parte de terceros, que la propia víctima proporcionó ingenuamente por indicación de las dos personas que, desentendidas de los deseos, necesidades o anhelos de Braulio , le instrumentalizaron para satisfacer sus personales propósitos. Cierto que Cipriano , como consecuencia de sus particulares circunstancias, no era capaz de captar la situación, personal y contextual, de Braulio . Se trata de un acusado inimputable (o, más precisamente, que actuó en el caso sin capacidad de culpa) que, por serlo, no debe responder penalmente (artículo 20.3). Pero no hallamos modo razonable de ver aquí una conducta atípica, autorizada por el Derecho, y libremente consentida por Braulio , respecto de uno de los acusados aunque no respecto del otro, frente a lo que el recurrente, en último extremo, viene a pretender.

CLÁUSULA DE COSTAS

20. Tal como dispone el artículo 901 LECrim, procede la condena de ambos recurrentes al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

21. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de Braulio .

Para ello es procedente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 bis LEC, en relación con lo prevenido en el artículo 13 de la Convención *de Derechos de las personas con discapacidad* y artículo 19 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y no discriminación*, como ajuste razonable del procedimiento, ordenar que la presente sentencia se redacte, también, en formato de lectura fácil y se traslade tanto a Braulio como a Cipriano .

A tal fin, se recabará la intervención de las entidades que con dicha finalidad han suscrito los protocolos de colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

FALLO

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

No haber lugar a los recursos de casación promovidos por las respectivas representaciones del Sr. Horacio y del Sr. Cipriano , contra la *sentencia de 11 de marzo de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria* , cuya resolución confirmamos.

Condenamos a ambos recurrentes al pago de las costas causadas por sus recursos.

Procédase a la confección de la sentencia en formato de lectura fácil para su traslado personal a Braulio y a Cipriano .

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA A LA PARTE DE LA SENTENCIA POR LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY INTERPUESTO POR EL SR. Cipriano POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 181.1.2.3 y 4 CP y ARTÍCULOS 95 , 96 y 106, TODOS ELLOS, CP

Lamento sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado.

Desde mi mayor consideración y respeto a la opinión mayoritaria considero que el motivo por infracción de ley formulado por la representación del Sr. Cipriano contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria debería haber sido estimado.



A mi parecer, los hechos que se declaran probados en la instancia, y que hace suyos el tribunal de apelación, no permiten identificar en la conducta del recurrente el aspecto subjetivo del dolo que reclama el tipo de abuso sexual por el que ha sido declarado autor aun exento de pena por concurrir la causa prevista en artículo 20.3 CP.

En consecuencia, considero que el Sr. Cipriano, con estimación del motivo, debería haber sido absuelto no por concurrir una causa de exención de la responsabilidad penal, sino porque no cometió el delito objeto de acusación

Pretendo, a continuación, y de manera breve, ofrecer los argumentos sobre los que baso mi anterior conclusión.

1. Como se recoge en la sentencia mayoritaria, el motivo, con destacada técnica casacional, gira sobre un argumento principal: desde los propios hechos que se declaran probados, la sentencia prescinde de analizar la tipicidad de la conducta del recurrente. En concreto, si concurre el tipo subjetivo exigido por el delito del que fue acusado. Tipo subjetivo doloso que reclama determinar si Cipriano, el hoy recurrente, afecto de una muy grave alteración de la percepción -es sordomudo de nacimiento y no ha recibido ningún tipo de escolarización- que ha comprometido, como se declara probado, su adecuado desarrollo intelectual y cognoscitivo, conocía, al tiempo de los hechos, que Braulio también sufría un "trastorno mental", en los términos a los que se refiere el tipo del artículo 181 CP, y que, precisamente por ello, la relación sexual que mantuvo no podía considerarse consentida.

Se insiste por el recurrente que la cuestión no radica en despejar si pudo valorar la ilicitud de su conducta o comportarse según el mandato que le prohibía actuar, sino si conoció, tan siquiera, los elementos objetivos que convierten la conducta desarrollada en típica.

Los hechos probados, a diferencia de lo precisado respecto al otro acusado, no establecen ni que el hoy recurrente se apercibiera de la discapacidad intelectual de Braulio ni, tampoco, que se aprovechara de ello para mantener relaciones sexuales. No se describe ninguna circunstancia que impida explicar la conducta del hoy recurrente como lo que en realidad fue: una relación sexual consentida.

La ausencia del dolo excluye el injusto típico doloso y priva de fundamento a la fijación de medidas de seguridad por la vía de la libertad vigilada.

2. El motivo, como anticipaba, debería haber prosperado.

En efecto, sin perjuicio de los sólidos argumentos que ofrece la sentencia mayoritaria y de la no particular claridad dogmática que envuelve la cuestión sobre la posición del dolo en la teoría del delito, identifico, en el caso analizado en la sentencia recurrida, un error en el proceso de "secuenciación" normativa de la conducta desarrollada. Antes de determinar si debido a un trastorno psíquico o alteración de la percepción, el sujeto activo ha visto modificada o anulada su capacidad de comprensión de lo injusto material del hecho -*momento intelectual*- o de comportarse según dicha comprensión -*momento volitivo*-, debe despejarse si se ha cometido el hecho típico. Y para ello, en los delitos dolosos, ha de identificarse, entre otros objetivos, que, en efecto, la acción emprendida se contrapone a la norma jurídica para lo que se hace necesario acudir al tipo subjetivo del injusto típico.

Debe comprobarse que el sujeto abarcó los elementos objetivos que conforman la conducta que entraña la realización del tipo legal mediante el que se ofende al bien jurídico protegido. Entre estos: los relativos a las características de la acción típica, inclusive la descripción de la situación, y, en su caso, de la autoría; los que atañen a la producción del resultado típico; los referentes a los presupuestos de su imputación objetiva.

Conocimiento que, sin perjuicio de su calidad para la graduación o la calificación del dolo, debe provenir de la experiencia que, derivada de la vida social, el autor posee, permitiéndole, por ello, aprehender, al menos, el significado de los elementos objetivos que integran la acción. Lo que resulta, en esa medida, relevante para la toma de decisión. Y ello sin perjuicio de que, además, dicho conocimiento le permita entender su específica significación antijurídica o la ausencia de justificación.

Aun mediante un conocimiento simple, incluso fragmentado, el autor debe representarse las características básicas de la acción típica. En lógica consecuencia, la falta de conocimiento de ese primer plano -la significación del acto-, comporta la falta del elemento cognoscitivo del dolo y, con ella, la ausencia de tipicidad. Creo, en claro disenso con la opinión mayoritaria, que si bien es cierto que la imputabilidad implica capacidad de conocer el injusto de la acción, hay supuestos de alteración de la percepción de la realidad o de mera incapacidad de comprensión que pueden impedir, también, que se satisfagan ciertas exigencias mínimas reclamadas por el tipo subjetivo.

3. Desde ese contenido mínimo no parece heterodoxo afirmar que el dolo debe implicar, al menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con conocimiento de las circunstancias básicas que integran el tipo de dicha infracción. Con ello, no pretendo abrir (o reabrir) la discusión sobre si el dolo debe situarse



solo en la culpabilidad, sino solo apuntar que, partiendo de la concepción reducida del dolo como dolo natural, vinculado exclusivamente al conocimiento de los elementos objetivos y no al conocimiento de la antijuricidad, resulta mucho más fácil situarlo en el injusto.

4. Pues bien, en el caso, tiene razón el recurrente de que los hechos declarados probados no describen que, a diferencia del otro recurrente, conociera los mínimos elementos objetivos-constitutivos del tipo de abuso sexual: primero, que el sujeto pasivo tenía una alteración mental que invalidaba su consentimiento; segundo, que dicho factor le permitió abusar sexualmente de aquel.

No consta, insistimos, que el recurrente -que también tiene una significativa y grave discapacidad intelectual- pudiera contar, al momento de la acción, con información sobre la discapacidad intelectual que afecta a Braulio y que, por tanto, tuviera el más mínimo conocimiento de que la relación sexual mantenida con este era abusiva porque su consentimiento resultaba normativamente irrelevante. Y, en lógica consecuencia, que concurrieran las exigencias de evitabilidad individual de la conducta como presupuesto central de la imputación subjetiva.

5. Para identificar si existió o no conciencia de *abusividad* en las relaciones sexuales mantenidas entre dos personas con discapacidad intelectual debe partirse también de un presupuesto de aproximación esencial: por un lado, el derecho que ambas ostentan a mantener relaciones sexuales y, por otro, el correlativo deber de reconocimiento y de protección de tal derecho que incumbe a todos los agentes públicos.

El hecho de que Braulio tenga una discapacidad intelectual no le priva, ni mucho menos, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad proyectado en términos de libertad sexual. Como esta Sala afirmó en la STS 294/2022, de 24 de marzo, " *el derecho a una vida sexual y a una expectativa reproductiva está vinculado a la dignidad de las personas y, por tanto, es también reconocible, como no podía ser de otra manera, a las personas con discapacidad*".

Las previsiones de la Convención de Naciones Unidas de 2006, *sobre los derechos de las personas con discapacidad* no dejan lugar a la duda de que estas deben gozar, en condiciones de igualdad, de los derechos a la autonomía y a la salud, incluyendo también la sexual, como se precisa en el artículo 25. Derecho que debe coligarse y armonizarse con el no menos decisivo Derecho -y, al tiempo, obligación positiva del Estado- a la protección contra *la explotación, la violencia y el abuso*, en los términos contemplados en el artículo 16 de la Convención.

De tal modo, la intervención penal en protección de la libertad sexual de las personas con discapacidad debe activarse -además de en aquellos supuestos en los que concurran violencia o intimidación- cuando se identifiquen indicadores de que la relación sexual es consecuencia de un plan de abuso por parte del victimario, de aprovechamiento de la situación de especial vulnerabilidad derivada de la discapacidad intelectual. En estos casos, la norma penal contenida en el vigente al tiempo de los hechos artículo 181 CP priva de todo efecto legitimante al consentimiento que haya podido obtenerse en estas injustas condiciones de desigualdad.

6. Pero, como apuntábamos, no es el caso respecto al hoy recurrente. No identificamos que el recurrente conociera y, por tanto, abarcara dolosamente que Braulio tenía un "trastorno mental" -en los no muy afortunados términos contemplados en la norma- ni, desde luego, que buscara aprovecharse de dicho factor de desigualdad para mantener relaciones sexuales con este que es, a la postre, en lo que consiste la acción de abuso que se menciona en el tipo.

No se revelan datos fácticos que permitan dudar de que Cipriano, el hoy recurrente, y Braulio, ambos con significativas discapacidades intelectuales, mantuvieron una relación sexual basada en su libre y mutua voluntad. O, lo que resulta equivalente, afirmar que concurriera en el primero intención de abuso.

Y, desde luego, en mi opinión, el contexto de producción, en el que interviene un tercero que sí abusa de la discapacidad de Braulio, no permite, como se sostiene en la sentencia mayoritaria, concluir que el hoy recurrente pudo contar con información suficiente para representarse la concurrencia de los elementos objetivos mínimos de la conducta abusiva.

7. La ausencia del tipo subjetivo reclamado por el delito de abuso sexual del artículo 181.2 CP, vigente al tiempo de los hechos, obliga a considerar atípica la conducta del ahora recurrente.

En consecuencia, y como anticipaba, el motivo debería haber sido estimado, declarando la absolución del recurrente por no haber cometido delito alguno.