

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 287/2022

Fecha de sentencia: 23/03/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4299/2021

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

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

Transcrito por: IPR

Nota:

Resumen

* Abusos sexuales, elaboración de material pornográfico y corrupción con
víctimas con discapacidad psíquica.

RECURSO CASACION núm.: 4299/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 287/2022

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 23 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **4299/2021** interpuesto por **JOSÉ ANTONIO ORTIZ CAMBRAY** representado por el procurador Sr. D. Francisco de Asís Moreno Ponce y bajo la dirección letrada de D^a. Maritza Iliana Núñez Osorio contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 1 de junio de 2021 (Rollo de Apelación nº 134/2021) que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida (Sumario nº 6/2020) que condenó al recurrente por un delito continuado de abuso sexual a persona con discapacidad y dos delitos continuados de corrupción a persona con discapacidad y un delito de pornografía con utilización de persona con discapacidad. Ha sido parte recurrida la FUNDACIÓN PRIVADA ALOSA representada por el Procurador Sr. D. Guillermo García San Miguel Hoover y bajo la dirección letrada de Doña Meritxell Ribes Rodríguez Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Lérida (Sección Primera) Diligencias Previas nº 6/20 procedente del Juzgado de Instrucción nº Cuatro de Lérida se dictó Sentencia, con fecha 23 de diciembre de 2020 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"PRIMERO.- Xxx fue declarado incapacitado de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes mediante Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Lleida de fecha 4 de marzo de 2016, designándose a la Fundació Alosa como tutora, y tiene reconocida por el Departament de Treball, Afers Social i Famílies de la Generalitat de Catalunya una discapacidad del 65% por retraso mental ligero y alteración de la conducta, con un diagnóstico de trastorno adaptativo de etiología psicógena, siendo como consecuencia de ello una persona altamente influenciable y sugestionable, ingenua y manipulable, así como muy vulnerable a padecer situaciones abusivas en sus relaciones interpersonales de carácter asimétrico.

El acusado, Josep Antoni Ortiz Cambray, mayor de edad y sin antecedentes penales, aproximadamente en los primeros meses de 2019, con pleno conocimiento de que Xxx, al que conocía desde hacía años, padecía una discapacidad y residía en un centro tutelado, y aprovechándose de esta circunstancia, tuvo diversos contactos de naturaleza sexual con él a cambio de dinero, después de mantener varias conversaciones a través de una aplicación telefónica de mensajería instantánea, en las que además de concretar la hora y lugar de los encuentros, el acusado preguntó inicialmente a Xxx sobre qué tipo de relaciones sexuales hacía a cambio de dinero, cuánto cobraba y cómo tenía el pene y le pedía que le enviara fotografías de su pene en erección.

Para materializar dichos encuentros, el acusado y Xxx quedaban en una zona de aparcamiento próxima a los Campos Elíseos de Lleida, desplazándose en vehículo hasta el domicilio de aquél en ... de Els Alamús, procediendo Xxx la primera vez a masturbarse en un sofá delante del acusado mientras éste miraba, entregándole a cambio cinco euros, lo que sucedió alguna vez más limitándose el acusado a mirar algunas veces y masturbándose al mismo tiempo otras; en dos ocasiones posteriores el acusado, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechándose de la discapacidad que padece Xxx, también en dicho domicilio pero en la cama de una habitación, penetró analmente a éste, pagándole veinte euros; en otras dos ocasiones, a petición del acusado, que actuaba asimismo con . ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechándose de la discapacidad que padece Xxx, éste le hizo una felación a aquél en la cama de una habitación del mismo domicilio, recibiendo Xxx la cantidad de diez euros; en una ocasión anterior Xxx acudió también al domicilio que el acusado tenía en la calle ... de Lleida y se masturbó delante de él, recibiendo a cambio la cantidad de cinco euros.

SEGUNDO.- Zzz fue declarado incapacitado de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes mediante Sentencia de fecha 7 de junio de 2006 del Juzgado de

Primera Instancia núm. 6 de Lleida, por retraso mental ligero, con una importante ausencia de iniciativa y abulia, designándose a la Fundació Alosa como tutora, y tiene reconocida por el Departament de Treball, Afers Social i Famílies de la Generalitat de Catalunya una discapacidad del 49% por retraso mental ligero, residiendo en un piso tutelado por la Asociación Aspros; como consecuencia de ello, Zzz es una persona muy influenciable, vulnerable a padecer situaciones abusivas, así como altamente manipulable a partir de su necesidad de aprobación por parte de los demás, con una limitada capacidad de análisis y razonamiento, ingenuo y con unas limitaciones cognitivas que le hacen un tanto obsesivo en la perseverancia para conseguir sus objetivos.

El acusado, Josep Antonio Ortiz Cambray con pleno conocimiento de que Zzz, al que conocía desde pequeño por ser vecinos del barrio, padecía una discapacidad y residía en un piso tutelado, mantuvo diversas conversaciones con éste a través de una aplicación telefónica de mensajería instantánea, entre los meses de abril de 2018 y marzo de 2019, en las que cuando Zzz le pedía dinero, le decía que no se lo daría a cambio de nada, así como insistentemente que fuera con él al domicilio antes citado de Els Alamús, que pondría una película pornográfica y se masturbarían; en otra ocasión el acusado propuso a Zzz que fueran al domicilio de aquél en la calle ... de Lleida para masturbarse ambos, lo que tampoco aceptó; en otras ocasiones cuando Zzz volvía a pedir dinero al acusado a través de mensajes telefónicos, le decía que tenía que hacer algo más que masturbarse, que eso era poco, que tenían que ir a su casa de Els Alamús y lo harían bien, que no debía tener vergüenza, que se masturbarían los dos y que si quería se la chuparía, llegando el acusado a hacer preguntas a Zzz tales como "treuràs llet?" ó "la tens grossa empalmada", insistiendo en que debían ir al citado domicilio y diciéndole que si no quería masturbarse algo harían porque se podían hacer muchas cosas, recordándole en varias ocasiones que cuánto mejor lo hiciera más cobraría; Zzz rechazó estos ofrecimientos de contactos sexuales a cambio de dinero, si bien accedió a enviar al acusado una fotografía de su pene erecto, lo que hizo en fecha 25 de enero de 2019, procediendo el acusado a entregarle a cambio la cantidad de 5 euros tras encontrarse en la Estación de Autobuses de Lleida; en otra ocasión, Zzz accedió a enviar al acusado un video en el que aparece masturbándose, lo que hizo en fecha 2 de marzo de 2019, procediendo éste a pagarle 10 euros en la Estación de Autobuses de Lleida, descubriéndose lo que estaba ocurriendo cuando la persona que acompañaba en ese momento a Zzz le pidió que le diera parte del dinero a cambio de no contar nada a los responsables del piso tutelado de la Asociación Aspros en el que residían, conversación que fue escuchada por un extrabajador de dicha asociación, que les aconsejó que pusieran los hechos en conocimiento de sus referentes tutelares, lo que hicieron.

TERCERO.- Aaa tiene reconocida por el Departament de Treball, Afers Social i Famílies de la Generalitat de Catalunya una discapacidad del 49% por retraso mental ligero, siendo como consecuencia una persona un tanto incauta, influenciable y vulnerable a padecer situaciones abusivas.

. El acusado, Josep Antoni Ortiz Cambray, con pleno conocimiento de que Aaa, al que conocía desde hacía años, padecía una discapacidad y había estado vinculado a centros de asistencia a discapacitados, siendo amigo de Zzz, mantuvo diversas conversaciones con éste a través de una aplicación telefónica de mensajería instantánea, entre los meses de agosto de 2018 y febrero de 2019, en las que le proponía mantener contactos sexuales a cambio de dinero y de marihuana, así como que le enviara fotografías de su pene, también a cambio de una remuneración económica, sin que Aaa aceptara el ofrecimiento aunque el acusado sí le llegó a entregar alguna cantidad de dinero que Aaa consideraba como prestado."

SEGUNDO.- La parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"CONDENAMOS a JOSÉ ANTONIO ORTIZ CAMBRAY, como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE ABUSOS SEXUALES a persona discapacitada, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN a menos de 150 metros de Xxx, de su domicilio y cualquier otro -en que se encuentre, así como . PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN con él por cualquier medio, todo ello durante el plazo de NUEVE AÑOS.

CONDENAMOS a JOSÉ ANTONIO ORTIZ CAMBRAY como autor criminalmente responsable de un DELITO DE UN DELITO CONTINUADO DE CORRUPCIÓN de persona discapacitada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria. inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN a menos de 150 metros de Xxx, de su domicilio y cualquier otro en que se encuentre, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN con él por cualquier medio, todo ello durante el plazo de TRES AÑOS Y SEIS MESES.

. CONDENAMOS a JOSÉ ANTONIO ORTIZ CAMBRAY, como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE CORRUPCIÓN de persona discapacitada, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS . MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN a menos de 150 metros de Zzz, de su domicilio y cualquier otro en que se encuentre, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN con él por cualquier medio, todo ello durante el plazo de TRES AÑOS Y SEIS MESES.

CONDENAMOS a JOSÉ ANTONIO ORTIZ CAMBRAY, como autor . criminalmente responsable de un DELITO DE PORNOGRAFÍA con utilización de persona discapacitada, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad

criminal, a la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN a menos de 150 metros de Zzz, de su domicilio y cualquier otro en que se encuentre, así como PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN con él por cualquier medio, todo ello durante el plazo de DOS AÑOS Y TRES MESES.

Imponemos a José Antonio Ortiz Cambray la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA durante OCHO AÑOS, la cual se ejecutará con posterioridad a las penas privativas de libertad.

En vía de responsabilidad civil, José Antonio Ortiz Cambray indemnizará a Xxx en la cantidad de 15.000 euros y a Zzz en la cantidad de 5.000 euros, más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la Sentencia.

Y todo ello con imposición al condenado del pago de las costas de este procedimiento, incluyendo las de la Acusación Particular.

Abónese al condenado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no le ha sido aplicado a otra distinta".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el acusado José Antonio Ortiz Cambray, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó Sentencia con fecha 1 de junio de 2021 con la siguiente Parte Dispositiva:

"Fallamos, en atención a lo expuesto, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de José Antonio Ortiz Cambrai contra la sentencia de 23 de diciembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección Primera).

De oficio: a) Excluimos del texto de la sentencia las afirmaciones referidas a que Zzz y Aaa "no podían prestar consentimiento válido y libre", contenidas respectivamente en los folios 28 párrafo 2º y 32º, pº 4º de la sentencia de instancia. b) Reservamos las acciones civiles, a favor de Aaa.

Confirmamos en todo lo demás la resolución dictada.

Declaramos las costas de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes personas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de ley, que se tuvo por

anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando un **único motivo** por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación. La representación procesal de la parte recurrida, Fundación Privada Alosa, impugnó el recurso. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 8 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Fundación privada Alosa, como parte recurrida, opone al recurso un óbice de admisibilidad específico (no solapable con causales de desestimación por el fondo como serían los contemplados en el art. 885 LECrim).

La solicitud de inadmisión por alguna de las causas perfiladas en el art. 885 queda siempre contestada al abordarse el fondo estimando o desestimando el correspondiente motivo. Las causas de inadmisión del art. 884, sin embargo, impedirían entrar en el fondo. Cuando son expresamente alegadas, como acontece aquí, han de ser examinadas de forma previa y autónoma. Reclaman una respuesta *ad hoc*. El recipiente procesal de ese análisis no puede ser otro que la sentencia (STS 281/2020, de 4 de mayo). Ningún otro momento procesal aparece previsto, ni sería factible a la vista de la tramitación prevista legalmente para la casación (art. 893 LECrim). Toda

alegación singularizable merece una contestación expresa. En este caso solo cabe en la sentencia. No en vano las causas de inadmisibilidad en fase de decisión son apreciables como fundamento de una desestimación sin resolver el fondo (SSTS 863/2014, de 11 de diciembre o 16/2020, de 28 de enero, entre muchas).

La causa de inadmisión alegada es la prevista en el art. 884.1º LECrim (*cuando se interponga (la casación) por causas distintas a las previstas en los arts. 849 a 851*). Tal motivo de inadmisibilidad ha de ser reinterpretado desde que la LOPJ de 1985 irrumpió en el ordenamiento jurídico introduciendo un nuevo y transversal motivo de casación en su art. 5.4 - infracción de precepto constitucional- que sería objeto de desarrollo específico para el proceso penal en el año 2000: art. 852 LECrim. El art. 884.1 ha de ser releído desde esa reforma. Su falta de armonización no puede llevar, como parece pretender la recurrida, a vaciar de contenido el art. 852; sería más bien al revés: *lex posterior derogat anterior*.

SEGUNDO.- Sí que acompaña la razón a la recurrida en la otra denuncia de inadmisibilidad: el art. 884.4º en relación con el art. 874 LECrim. Se aprecia, en efecto, en el recurso un indisimulado desdén hacia el desprestigiado **principio de debida separación de motivos**, principio que ha caído en desgracia en las últimas décadas. A tenor del mismo, cada alegato o pretensión impugnatoria, debiera dar lugar a un único motivo. El apartamiento de esa regla sería reconducible a la causa de inadmisión del art. 884.4 LECrim por inobservancia de los requisitos legales previstos para la preparación y formalización (vid art. 874 LECrim).

En el desarrollo conjunto del motivo, en efecto, se entremezclan argumentos y quejas de signo diverso con menoscabo tanto del tradicional principio citado, como de una elemental ortodoxia procesal. Tal exigencia era sistemáticamente reivindicada por una clásica jurisprudencia ya añeja y felizmente flexibilizada. El efecto irradiante del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE repelía una idolatría por lo burocrático

que podía llevar a sacrificar en el altar de las formas decisiones demandadas por la justicia. La inexistencia de una apelación contribuyó a dinamizar esa relajación en casación de las exigencias formales.

Esa saludable supeditación de lo formal a lo material, no puede empujar, empero, a la actitud contraria: displicencia hacia el rigor técnico exigido por un recurso extraordinario como es la casación en que las pretensiones deben estar identificadas separadamente, sin solapamientos ni vasos comunicantes que pueden enturbiar la inteligencia de lo pedido y dificultar la contradicción. Menos todavía, desde la implantación de un previo recurso de apelación. No hay que minusvalorar las exigencias formales de la casación (consignación de un sintético resumen que compendie la petición; congruencia entre la preparación y la formalización; debida separación de motivos...). Obedecen a razones fundadas. Son algo más que trabas carentes de sentido nacidas del capricho de un legislador obsesionado con establecer obstáculos al justiciable. Esa visión chocaría con el principio *pro actione* (art. 11.3 LOPJ). En un recurso extraordinario como la casación esos condicionantes formales pueden encontrar mayor espacio, siempre que sean vinculables a fines materiales. Es plausible esa descrita relajación del rigor formal de la casación (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre) pero no impide evocar una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que estima acorde con las exigencias del Convenio un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto *Mohr v. Luxemburgo*; y Decisión de igual fecha recaída en el asunto *De Virgilis v. Italia* o STEDH de 8 de diciembre de 2016, *Fride LLC v. Ucrania*). No está fuera de lugar, por ello, alentar a los profesionales a extremar el esfuerzo por ajustarse a las previsiones formales legales. Responden a finalidades rectas. La flexibilidad que impone el derecho de acceso a los tribunales y el *favor actionis* no pueden convertirse en estímulo o coartada de una actitud de desprecio de esos requisitos. Puede aprovecharse la denuncia de la recurrida para hacer pedagogía forense y recordar la vigencia de esos moldes legales.

Ahora bien, su conculcación no puede dar lugar a una inadmisión de plano. A lo sumo cabría recabar la subsanación confiriendo el correspondiente plazo prudencial (art. 11.3 LOPJ), necesariamente breve, cuando el defecto puede provocar confusión o dificultades para identificar con nitidez la pretensión y argumentación del recurrente. Sería excesivo anudar a esos defectos una respuesta de inadmisión sin posible reacción (vid. STEDH 12 de julio de 2016, asunto *Reichman v. Francia*, que aboga por un equilibrio entre los formalismos excesivos que pueden lesionar la equidad del proceso y una flexibilidad sin límites que supondría una perniciosa y disfuncional eliminación de exigencias formales que son inherentes a un proceso jurisdiccional).

Retomemos el supuesto concreto. El hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva interpela para dispensar mayor indulgencia ante esas deficiencias formales (SSTS 1068/2012 de 13 de noviembre o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto *Lagerblom*, o de 11 de octubre de 2016, asunto *Zubac*; y STS 705/2012, de 27 de septiembre). La promiscuidad de alegaciones, o la errónea etiquetación del motivo (art. 849.1º) son defectos insuficientes para determinar la drástica respuesta de la inadmisión sin atender al fondo. No sobra de cualquier forma una llamada en favor de la, más que conveniencia, necesidad de atenerse a esa disciplina legal en esos aspectos más externos. Constituyen algo más que bienintencionadas recomendaciones.

El recurso, más allá de algunos solapamientos y no pocas incorrecciones, contiene pretensiones razonadas y suficientemente identificables. Otra cosa es que sean atendibles.

Una observación adicional: el encuadramiento, claramente equivocado, del alegato plural bajo el art. 849.1º LECrim, parece venir motivado por una desenfocada inteligencia de la reforma de la casación de 2015. Las limitaciones implantadas -art. 849.1º como única vía utilizable; y necesidad

de un interés casacional- solo rigen para recursos contra sentencias dictadas en apelación por una Audiencia provincial, no para los asuntos en que la sentencia de instancia proviene de una Audiencia como sucede aquí.

Sirvan estas consideraciones para dar por contestado el alegato sobre inadmisión de una de las partes recurridas.

TERCERO.- Descendamos ya al análisis de las distintas quejas improcedentemente agolpadas en el único motivo articulado. Giran en torno a la presunción de inocencia y a la falta de motivación.

Desde la presunción de inocencia se sostiene que no concurría prueba suficiente de la ausencia de capacidad de autodeterminarse sexualmente de las víctimas; o, dicho de otra forma, de que se haya **abusado** de su discapacidad psíquica.

No podemos acoger la queja. El padecimiento psíquico de las víctimas - retraso mental- está respaldado por una prueba concluyente. La situación descrita es idónea para la aplicación del art. 181.2 (STS 16/2020, de 28 de enero). Fluye del relato el aprovechamiento -abuso- de esa circunstancia que permite caracterizar a las víctimas como vulnerables o necesitadas de especial protección (STS 226/2021, de 11 de marzo)

La STS 612/2015, de 2 de octubre, sienta estos principios:

"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.

Y ese abuso puede afirmarse en el presente caso dados los hechos que se declaran probados, en cuanto se describe que el acusado abusó del retraso mental de la víctima para mantener, durante un periodo superior a cinco meses, actos de contenido sexual, consistentes en tocamientos en el pecho y en el sexo, en una ocasión le introdujo el dedo en la vagina, reiteradamente el pene en la boca e intentó la penetración vaginal y anal sin conseguirlo".

La más reciente STS 770/2021, de 14 de octubre, abunda en esa visión que busca un plausible equilibrio entre la necesidad de protección reforzada y el respeto a una autonomía que pueden ejercitar en el marco de sus capacidades:

"El recurrente se limita a discutir la capacidad de las víctimas para consentir los actos sexuales. Señala también que el consentimiento no se ha obtenido con abuso de superioridad manifiesta, ya que según el informe médico, sufre crisis epilépticas generalizadas, tiene una discapacidad de 64% y una minusvalía de 71%, superior incluso a la de las supuestas víctimas.

El tipo penal contemplado en el artículo 181.2 equipara a prácticas sexuales no consentidas las que se realizan abusando del trastorno mental sufrido por las personas sobre las que se realizan. Es la incapacidad de consentir la que justifica la sanción penal. En estos supuestos se aprovecha la situación de la víctima para obtener un consentimiento viciado, y por tanto inválido (STS núm. 411/2014, de 26 de mayo).

En el supuesto de autos, ya se han expuesto en el fundamento anterior las conclusiones ofrecidas por los Médicos Forenses sobre cada uno de las víctimas. En consonancia con ello, el Tribunal declara probado que: «XYZ presenta un grado de discapacidad psíquica del 56% por retraso mental, déficit psíquico que merma su facultad para prestar consentimiento a las relaciones sexuales», «ABC presenta retraso mental en grado ligero-moderado, teniendo reconocido un grado de discapacidad del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para prestar consentimiento.» y «JP está afecto de retraso mental y epilepsia, que le suponen un grado de minusvalía del 65%, déficit psíquico que le condiciona inevitablemente su facultad para consentimiento. Fue declarado incapaz en virtud de sentencia firme de fecha 4 de febrero de 2011».

Tales trastornos, conforme informaron los Médicos Forenses, determinan que el consentimiento de las víctimas se encuentre viciado. Existe una desigualdad en la que las víctimas tienen disminuida su capacidad de consentir, siendo fácilmente manipulables".

CUARTO.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia -modélica por muchas razones y a la altura de la también muy trabajada sentencia de instancia- da cumplida respuesta a la alegación del recurrente que había articulado también en la previa apelación. No se niega la capacidad de autodeterminación sexual de las víctimas dentro de los condicionantes derivados de su afectación psíquica; sencillamente se constata -que es lo que proscribía el art. 181.2 CP- que se abusó de su minusvalía mental de forma consciente para incidir en su desarrollo.

La sentencia de instancia describe de forma suficiente las limitaciones en cuanto a la posibilidad de plena auto-dirección de las víctimas. El hecho probado refleja el aprovechamiento de esa situación por parte del recurrente, lo que da vida a las tipicidades que han sido correctamente aplicadas (STS 530/2015, de 17 de septiembre)

Recoge, por su parte, la Sentencia de apelación un largo y preciso discurso para rebatir la queja ahora reproducida. No podemos sino hacernos eco del mismo:

"21. Es evidente que la calificación de abuso. concurriendo la circunstancia de trastorno mental en el sujeto deberá ir referida a la falta de capacidad para decidir y, determinarse sexualmente cuando esa falta de capacidad o disminución afecte a personas mayores de edad, como es el caso. El consentimiento prestado habrá de evaluarse conforme a las exigencias sexuales de cada persona que no puede implicar un condena automática cuando las relaciones sexuales se mantengan con una persona con discapacidad psíquica (STS 813/15 de 7/12 y 815/13 de 5/11), sino que requerirá .la instrumentalización del trastorno de la .víctima para obtener la relación sexual de manera abusiva, por lo que habrá de determinarse caso por caso.

Por ello insiste la doctrina en que en el "Abuso de trastorno mental" la presunción legal debe interpretarse tomando como parámetro normativo referencial la cláusula general de inimputabilidad a inferir del artículo 20.1 CP., que contempla la, situación en la que se verifica un abuso del trastorno psíquico que produce la incapacidad de la víctima para comprender la trascendencia y significado del hecho, y para acomodar su comportamiento a tal comprensión.

22. No es que se excluya la posibilidad de que mantengan relaciones sexuales, lo .cual constituye un derecho que incuestionablemente no puede ser negado, sino que se prohíben las relaciones sexuales llevadas a cabo abusando de su enajenación,

instrumentalizando ésta. Como expresa la STS 821/2007 de 18 de octubre "lo que caracteriza esa modalidad típica es que la víctima no presta un verdadero consentimiento, valorable como libre ejercicio de la libertad sexual (STS 1943/2000 de 18 de diciembre) y que el autor logra obtener de ella un consentimiento no valorable como tal, debido al patente déficit de conciencia del alcance de los propios actos, motivador de una objetiva incapacidad para conducirse sexualmente con autonomía (STS 222/2007, de 23 de marzo)".

Debe observarse que el precepto, matiza la presunción, pues no basta con el dato de que el sujeto pasivo padezca un trastorno mental: deberá además comprobarse que el sujeto activo ha abusado o se ha aprovechado de tal circunstancia para llevar a cabo el acto atentatorio a la libertad sexual.

Así lo ha venido interpretando el Tribunal Supremo, para quien el abuso entraña la idea de prevalimiento de la situación de inferioridad por parte del sujeto activo del delito. Idea que si bien exige conceptualmente el conocimiento, por parte del agente, del trastorno psíquico en la víctima, trasciende obviamente a este puro dato cognitivo, requiriendo además de su instrumentalización a los efectos de un trato sexual que no se hubiera producido en condiciones normales. Requisito éste del abuso que trata de no impedir la posibilidad de un ejercicio de la sexualidad por parte de tales sujetos (...)

24. En el caso de Xxx, que es la única conducta de abuso atribuida a José Antonio Ortiz Cambray, concurre evidentemente el requisito de conocimiento del autor sobre su condición de persona con discapacidad intelectual, sabía que vivía en el centro tutelado, en régimen de interno de la fundación Alosa, con salidas escasas, era consciente, de como accedió a Xxx a su teléfono, porque Zzz le facilitó el contacto, y sabía como se comunicaba por las veces que lo había visto y mantenido relaciones sexuales con el.

Se hace necesario tomar en consideración que, era la persona con mayor discapacidad de las tres perjudicadas en este asunto; y que ello se tradujo, en que fue el único con el que se llegan a consumir los actos sexuales. Dicho de otra manera, con los otros, con el mismo método a pesar de intentarlo, como se deduce de las conversaciones, y de las declaraciones no pudo lograrlo.

La sentencia recoge el diagnóstico de Xxx (Fto. f 124): "Xxx presenta como características de su pensamiento el concretismo, la dificultad para acceder a la abstracción, problemas para elaborar conceptos relacionados con el espacio y el tiempo, una limitada capacidad de análisis y de razonamiento, restricción de intereses y posible presencia de pensamientos y conductas obsesivas, así como cierta ingenuidad, observándose en sus relaciones sociales fácil manipulabilidad a partir de su necesidad de aprobación por parte de otros, haciendo su limitada capacidad de análisis que sea muy vulnerable a vivir situaciones abusivas. (...)

26. Por ello más que afirmar que carece de posibilidad de autodeterminación sexual, que se contrae a opciones, gustos y deseos expresados, hemos de hablar de un consentimiento mediatizado, ya que el abuso se produce por la manipulación de la

minusvalía que este tenía, lo que permite el encaje en la mención de abuso por trastorno. Se rechaza 'la pretensión de la defensa de poner en el mismo plano las palabras y expresiones de Xxx con palabras o expresiones de un adulto que pudiera intuir o calibrar la manipulación de los requerimientos sexuales que se le hacían, que por otra parte el acusado pagaba, a veces a precio irrisorio, precisamente porque los chicos tenían discapacidad intelectual.

En suma, las afirmaciones del consentimiento y de que él (Xxx) se ofrecía, o que ejercía la prostitución, o de que aparecía en la foto en Instagram quedan sin la virtualidad pretendida a la vista de las circunstancias expresadas en los informes médicos y psicológicos del mismo acerca del contenido de su discapacidad. La fotografía, no empece a la certeza alcanzada de que el acusado, sabiendo las limitaciones, las aprovecha para obtener la satisfacción sexual; sin que esas manifestaciones exteriores, en este caso, invaliden la calificación del concurso de trastorno mental para apreciar el abuso por las circunstancias que expresamos". .

Las especiales circunstancias concurrentes (motivación de la persona afectada por la discapacidad, su nivel de formación, cierta simetría derivada de un conocimiento antiguo...) en el asunto analizado por la sentencia 1035/2010, de 3 de noviembre, invocada por el recurrente, rompen el paralelismo que quiere establecer el recurso con los hechos ahora enjuiciados. La diferencia de edad, y la forma en que el acusado fue ganándose la voluntad de las víctimas manipulándolas con el señuelo del ofrecimiento y entrega de pequeñas cantidades de dinero, aprovechando su inmadurez psíquica que les impedía captar o discernir la significación y connotaciones sociales de las acciones de trato carnal por precio, en un caso, o de acceder por cantidades irrisorias a prestar el propio cuerpo para la elaboración de imágenes pornográficas, a las que fueron empujados por el ahora recurrente.

QUINTO.- Carecen de virtualidad impugnativa otras cuestiones blandidas en el recurso.

Así, el hecho de que las conversaciones por mensajería instantánea que se utilizaron como prueba no fuesen cotejadas en sede judicial es intrascendente. El recurrente estaba en condiciones de reclamarlo; y, sobre todo, de hacer por sí mismo las comprobaciones oportunas para, en su caso,

denunciar el desajuste. Es una alegación puramente retórica: ninguna indefensión se deriva de lo que ni siquiera puede considerarse una irregularidad o deficiencia.

No es verdad, como veremos enseguida, que se haya dejado de analizar el alegato defensivo sobre el supuesto acoso de Zzz sobre el acusado.

No seguirse un trauma emocional de los hechos no desvirtúa la tipicidad. Ello puede ser también confirmación de que, en efecto, las víctimas necesitan especial protección por su dificultad para ponderar el significado de las conductas a que les impulsó el acusado, valiéndose de la desinhibición vinculada a su discapacidad de la que se aprovechó el acusado que buscaba precisamente a personas con esas características; no a otros. Es más, a mayores carencias psíquicas probablemente el impacto emocional será menor, lo que no significa que la antijuricidad desaparezca; antes bien, al contrario.

La denuncia por falta de motivación de las sentencias no puede ser percibida más que como un recurso defensivo; legítimo, pero sin el menor fundamento. La lectura de las dos sentencias se erige en el mejor argumento para refutar el alegato: se esmeran tanto la sentencia de instancia como la de apelación por desmenuzar la prueba y dar respuesta a todas las cuestiones implicadas con argumentos bien expuestos y suasorios. Afirmar que la Sala de apelación no analiza si la Sala de instancia había hecho una correcta evaluación de la capacidad de decidir en materia sexual, es una consideración gratuita. No solo lo analiza a fondo, sino que suple y corrige algunas deficiencias de aquella en aspectos puntuales como la desfasada nomenclatura.

No se trataba de comprobar si los afectados habían hecho uso de su capacidad de decisión en lo sexual en otros momentos; sino si el acusado había obtenido su consentimiento para esas concretas prácticas abusando

de su discapacidad y por tanto con disminución de las condiciones para decidir con libertad.

SEXTO.- El alegato centrado en la conducta de una de las víctimas - Zzz- a la que se achaca una actitud de acoso al acusado, merece una rotunda respuesta por el Tribunal de instancia de la que luego se hará eco el Tribunal de apelación. Son cuestiones de valoración probatoria, y, además, valoración de prueba personal que no pueden debatirse en casación:

"Establecido lo anterior en cuanto a la validez de la prueba y la adecuación de su análisis, plantea el apelante, sin especificar si es para justificar el perjuicio que le causa o para argumentar que fue una víctima, que, de las conversaciones de WhatsApp lo que se deduce es el acoso y la planificación del mismo por parte de los perjudicados contra el acusado, y el aprovechamiento de las circunstancias por parte de la fundación Alosa por intereses de oportunidad política dada su militancia.

La sentencia de instancia rechaza de forma contundente tanto la "coacción" de Zzz al acusado, como la planificación para hundirle políticamente: (FTO 3º *in fine* pag. 28) "...debe ser rechazada la alegación de la Defensa de que Zzz coaccionó o amenazó al acusado con denunciarlo por abusos sexuales, pues únicamente aparece en las conversaciones de whatsapp que mantuvieron (folio 16 y 17) que Zzz le dijo a/ acusado que le podía dar dinero sin hacer nada sexual porque eso era abuso sexual y que podría ir a la cárcel, sin que ello además tenga ninguna relevancia a la hora de valorar qué concretos hechos han quedado probados ni suponga merma alguna en la credibilidad de la víctima, como tampoco que Zzz dijera al acusado que el dinero se lo gastaba en mantener relaciones sexuales con prostitutas, debiendo ser rechazada lógicamente la alegación, extensible a todas las víctimas, de que éstas se habían aprovechado del acusado, pues fue éste quien aprovechándose o abusando de su discapacidad, consiguió mantener relaciones sexuales con uno de ellos así como conseguir material pornográfico de otro y todo ello a cambio de dinero.

El modo en como afloraron los hechos desmiente la interpretación de la recurrente, pues resulta evidente que Zzz le decía al acusado que puede prestar dinero o dar dinero sin pedir nada a cambio. Pero, aun en la hipótesis de la interpretación de la parte, el sentido común dice que, si una persona que tiene una discapacidad intelectual hace ese comentario a un adulto y este continua con los mensajes y las ofertas de sexo por dinero a los jóvenes, se confirma lo que está haciendo y su finalidad. En definitiva se rechaza la alegación que se plantea más bien como un modo de descalificación al denunciante.

SÉPTIMO.- En lo atinente a la queja sobre la individualización penológica, la constatación de que dos de las penas (corrupción de menores) se han impuesto en la duración mínima prevista en la Ley, impide cualquier acogida sin necesidad de mayor argumentación respecto de esos concretos delitos.

Sí que se produce un incremento ligero (ocho años en lugar de siete) respecto de los abusos sexuales continuados y la elaboración de material pornográfico (tres meses por encima del mínimo de un año). Están suficientemente justificadas.

En los abusos sexuales, la Sala de instancia es un tanto lacónica en la justificación de ese incremento. Pero, y en esto también coincidimos con la Sala de apelación, la remisión a los hechos probados y la mención de la reiteración y variedad de conductas, así como a las circunstancias, es suficiente para considerarlo justificado. En verdad la pluralidad de acciones suponía ya la agravación prevista por el art. 74 CP; pero la forma en que se capta la voluntad de la víctima, y la variedad de actos de abuso son suficientes para que se perciba como razonable ese leve incremento que no llega a sobrepasar la mitad inferior.

En cuanto a la pornografía se puede decir de manera similar que el hecho de que se trate de dos acciones ya permite imaginar supuestos menos graves para los que habría que reservar un mínimo espacio penológico. Una elevación de tan solo tres meses es razonable y está razonada.

OCTAVO.- Las costas han de ser impuestas al recurrente al haber sido íntegramente desestimado su recurso (art. 901 LECrim).

F A L L O

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ ANTONIO ORTIZ CAMBRAY** contra Sentencia de apelación dictada contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 1 de junio de 2021 en Rollo de Apelación nº 134/2021, que desestimó el recurso de apelación del recurrente y confirmó la sentencia apelada de fecha 23 de diciembre de 2020, dictada en primera instancia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida en Rollo de Sumario nº 6/2020, y que condenó al recurrente por un delito continuado de abuso sexual a persona con discapacidad, dos delitos continuados de corrupción a persona con discapacidad y un delito de pornografía con utilización de persona con discapacidad.

2.- Imponer a José Antonio Ortiz Cambray el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

