



Roj: **SAP B 11475/2020 - ECLI:ES:APB:2020:11475**

Id Cendoj: **08019370062020100490**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **22/12/2020**

Nº de Recurso: **16/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JOSE MANUEL DEL AMO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
BARCELONA**

Sección Sexta

ROLLO DE SUMARIO núm. 16/2019-B

SUMARIO núm. 1/2019

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN núm. 3-MARTORELL

SENTENCIA N°

Tribunal

D^a. Àngels Vivas Larruy

D. José Manuel del Amo Sánchez

D. José Luis Ramírez Ortiz

En Barcelona, a veintidós de diciembre de dos mil veinte.

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, la presente causa, Rollo de Sumario núm. 16/2019 que procede del sumario núm. 1/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Martorell por delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales, amenazas y delito leve de lesiones que se sigue contra D. Pedro Antonio, con DNI núm. NUM000, con antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa, que ha sido representado por la procuradora D^a. Romina Pía Ormazábal Ibar y defendido por el letrado D. Marc Erra Bañeres.

Son partes acusadoras el Ministerio Fiscal y la acusación particular, ejercida por D. Alexis, que actúa en representación de su hijo D. Bernabe, que ha sido representado por la procuradora D^a. María Gallardo de la Torre y defendido por la letrada D^a. Mar Monell Corominas.

Son partes civiles, como responsables civiles: Germanes Hospitalàries Hospital Sagrat Cor de Martorell, que ha sido representado por la procuradora D^a. Sandra Aguilar Mateu y defendido por el letrado D. Albert Navó Fernández.

Sham, Societe Hospitaliere dAssurances Mutuelles, que ha sido representada por el procurador D. Jaume Guillem Rodríguez y defendida por la letrada D^a. Blanca Valderrama Royo.

Segurcaixa Adeslas Seguros SA, que ha sido representada por el procurador D. Javier Segura Zariquiey Sandra Aguilar Mateu y defendida en el juicio por el letrado D. Miguel Falguera Tuy.

Y el Servei Català de la Salut, que ha sido representado por el procurador D. Alfredo Martínez Sánchez y defendida por la letrada D^a. María Cristina Vicario Rotger.

Es ponente el magistrado José Manuel del Amo Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa se inició en virtud de atestado que dio lugar, primero, a las Diligencias Previas núm. 585/2018 y, después, al Sumario 1/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Martorell.

Acordada la conclusión del sumario y elevado a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, se revocó la conclusión por auto de este Tribunal de 19 de septiembre de 2019.

Practicadas las diligencias procedentes cuya pertinencia determinó la revocación de la conclusión, se elevaron las actuaciones nuevamente a este Tribunal, se confirmó la conclusión y se dio traslado a las partes a efectos de calificación.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.3º y 192 del Código Penal; de un delito de agresión sexual en grado de tentativa de los artículos 178, 179, 180.3º, 192, 16 y 62 del mismo código; y de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del mismo cuerpo legal. De estos delitos habría sido víctima José .

En cuando de los hechos de los que habría sido víctima Bernabe , el Ministerio Fiscal los calificó como constitutivos de tres delitos de abuso sexual del artículo 181 y de un delito de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.3º y 192, todos del mismo código.

De todos los delitos referidos sería autor el acusado Pedro Antonio , en el que concurriría la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal respecto a todos los delitos contra la libertad sexual. Y en todos los delitos concurriría la atenuante de enfermedad mental del artículo 21.1ª, en relación con el artículo 20.1º del mismo código.

Por los delitos de los que habría sido víctima José se ha solicitado: Por cada uno de los delitos de agresión sexual consumados la imposición de una pena de quince años de prisión; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; conforme al artículo 192 se solicitó la adopción de la medida de libertad vigilada por un periodo de diez años cuyo contenido se habrá de fijar conforme al artículo 106.2, párrafo 2º del mismo código; y conforme al artículo 57 del Código Penal, se pidió la prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a la persona de José , a su domicilio, lugar de trabajo y lugares que frecuente, con prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio por un periodo de cinco años superior a la pena impuesta.

Por el delito de agresión sexual intentado la imposición de una pena de siete años de prisión; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; conforme al artículo 192 solicitó la adopción de la medida de libertad vigilada por un periodo de diez años cuyo contenido se habrá de fijar conforme al artículo 106.2, párrafo 2º del mismo código; y conforme al artículo 57 del Código Penal, la prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a la persona de José , a su domicilio, lugar de trabajo y lugares que frecuente, con prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio por un periodo de cinco años superior a la pena impuesta.

Y por el delito leve de lesiones solicitó la imposición de una pena de tres meses de multa con una cuota de treinta euros diarios, con responsabilidad del artículo 53 del Código Penal en caso de impago.

Por los delitos de los que habría sido víctima Bernabe se ha solicitado: Por cada uno de los delitos de abuso sexual la imposición de una pena de tres años de prisión; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; conforme al artículo 192 solicitó la adopción de la medida de libertad vigilada por un periodo de tres años cuyo contenido se habrá de fijar conforme al artículo 106.2, párrafo 2º del mismo código; y conforme al artículo 57 del Código Penal, la prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a la persona de Bernabe , a su domicilio, lugar de trabajo y lugares que frecuente, con prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio por un periodo de un año superior a la pena impuesta.

Por el delito de agresión sexual la imposición de una pena de quince años de prisión; inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; conforme al artículo 192 solicitó la adopción de la medida de libertad vigilada por un periodo de diez años cuyo contenido se habrá de fijar conforme al artículo 106.2, párrafo 2º del mismo código; y conforme al artículo 57 del Código Penal, la prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a la persona de Bernabe , a su domicilio, lugar de trabajo y lugares que frecuente, con prohibición de comunicación con el mismo por cualquier medio por un periodo de cinco años superior a la pena impuesta.

Conforme al artículo 76 del Código Penal el máximo de cumplimiento de las penas sería de veinte años.

En concepto de responsabilidad civil se solicitó la condena a indemnizar a José en la cantidad de 60.000 euros. De dicha condena deberán responder de forma directa, conforme al artículo 117 del Código Penal, las aseguradoras SHAM y Securcaixa Adeslas de Seguros y Reaseguros; y, de forma subsidiaria, el Hospital



Psiquiàtric Sagrat Cor de Martorell y el Servei Català de la Salut. Y con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y por el mismo concepto se solicitó la condena a indemnizar a Bernabe en la cantidad de 50.000 euros. De dicha condena deberá responder de forma directa, conforme al artículo 117 del Código Penal, las aseguradoras SHAM y Segurcaixa Adeslas de Seguros y Reaseguros; y, de forma subsidiaria, el Hospital Psiquiàtric Sagrat Cor de Martorell y el Servei Català de la Salut. Y con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y con condena en costas.

TERCERO.- Por error en el trámite no se tuvo por comparecida a la acusación particular ejercida por Alexis , que actúa en representación de su hijo D. Bernabe .

Tras subsanar el defecto, esta parte, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de tres delitos de abuso sexual del artículo 181; de dos delitos de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.3º y 192; de un delito leve de lesiones del artículo 147.2; y de un delito de amenazas del artículo 169; todos del mismo código.

Por cada uno de los delitos de abuso sexual solicitó la pena de tres años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena conforme lo establecido en el artículo 55 del Código Penal. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 en relación con el 105.2 y 106.1, todos ellos del Código Penal, la medida de libertad vigilada por un periodo de tres años, cuyo contenido se determinará con arreglo al trámite previsto en el artículo 106.2 párrafo 2º del mismo código. Asimismo, se solicitó la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 1.000 metros respecto de Bernabe , de su domicilio, lugar de trabajo, o lugares que éste frecuente y de comunicación con el mismo por cualquier medio, todo ello por un periodo superior a dos años a la pena de prisión impuesta.

Por cada uno de los delitos de agresión sexual, la pena de quince años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena conforme a lo establecido en el artículo 55 del Código Penal. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 en relación con el 105.2 y 106.1 todos ellos del Código Penal, la medida de libertad vigilada por un periodo de diez años, cuyo contenido se determinará con arreglo al trámite previsto en el artículo 106.2 párrafo 2º del mismo código.

Asimismo, se solicitó la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 1.000 metros respecto de Bernabe , de su domicilio, lugar de trabajo, o lugares que éste frecuente y de comunicación con el mismo por cualquier medio, todo ello por un periodo superior a diez años a la pena de prisión impuesta

Por el delito leve de lesiones, solicitó la pena de tres meses de multa, con una cuota de 30 euros, con la responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal.

Y por el delito de amenazas, la imposición de una pena de dos años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, conforme lo establecido en el artículo 55 del Código Penal. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192.1 en relación con el 105.2 y 106.1 todos ellos del Código Penal, la medida de libertad vigilada por un periodo de diez años, cuyo contenido se determinará con arreglo al trámite previsto en el artículo 106.2 párrafo 2º del mismo código. Asimismo, se solicitó la prohibición de aproximarse a una distancia no inferior a 1.000 metros respecto de Bernabe , de su domicilio, lugar de trabajo, o lugares que éste frecuente y de comunicación con el mismo por cualquier medio, todo ello por un periodo superior a dos años a la pena de prisión impuesta.

En concepto de responsabilidad civil se ha solicitado la condena del acusado a indemnizar a Bernabe en las siguientes cantidades: Por cada uno de los delitos de abuso sexual, la cantidad de diez mil euros, con un total de treinta mil euros. Por cada uno de los delitos de agresión sexual, la cantidad de sesenta mil euros, con un total de ciento veinte mil euros. Por el delito leve de lesiones, la cantidad de mil quinientos euros. Y por el delito de amenazas, la cantidad de ocho mil quinientos euros.

De dicha responsabilidad civil responderán de forma directa con arreglo al artículo 117 del Código penal, la entidad aseguradora SHAM (Société Hospitalaries d'Aussurances Mutuelles), y Segurcaixa Adeslas de Seguros y Reaseguros; y de forma subsidiaria, con arreglo al artículo 120.3 del Código Penal, el Hospital Psiquiatric Sagrat Cor de Martorell y el Servei Catala de la Salut de la Generalitat de Catalunya. Con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y con imposición de costas incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- La defensa de Pedro Antonio , en sus conclusiones provisionales, solicitó su libre absolución por no ser los hechos constitutivos de delito.



QUINTO.- La responsable civil Hospital Sagrat Cor de Martorell (Germanes Hospitalàries), en las conclusiones provisionales, se opuso a los fundamentos de la responsabilidad civil. En concreto, se alegó que se actuó con la debida diligencia, que el centro no era adecuado para el internamiento del acusado y que así se le hizo saber a la Comissió d'Assessorament i Supervisió de les Persones Jurídiques sense ànim de lucre y al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Martorell.

La aseguradora SHAM negó su responsabilidad civil haciendo suyas las alegaciones del Hospital Sagrat Cor de Martorell (Germanes Hospitalàries). Subsidiariamente, se opuso a las cantidades reclamadas.

El Servi Català de la Salut se opuso a la exigencia de responsabilidad y pidió su absolución.

SEXTO.- El juicio oral se ha celebrado los días 23 y 30 de noviembre y 9 de diciembre de 2020.

Al inicio el Servei Català de Salut planteó como cuestión previa la falta de legitimación pasiva y, en caso de no estimarse, que se le eximiese de estar presente. La Sala decidió que la cuestión se resolvería en sentencia y se le eximió de estar presente dada la naturaleza de su condición de parte.

Seguidamente, se practicaron las pruebas con las excepciones que constan en las sesiones del juicio.

SÉPTIMO.- Tras la práctica de la prueba el Ministerio Fiscal ha modificado la conclusión segunda y ha calificado los tres delitos de abuso sexual, de los que habría sido víctima Bernabe, como constitutivos del delito del artículo 180.3º, en relación con el artículo 181.5º, ambos del Código Penal. Asimismo, ha modificado la conclusión cuarta y ha considerado que la atenuante concurrente sería la analógica de enfermedad mental del artículo 21.7ª, en relación con el artículo 21.1ª y este precepto, a su vez, en relación con el artículo 20.1º, normas todas del mismo código.

La defensa ha introducido una alternativa por la que ha solicitado la apreciación de la eximente completa de enfermedad mental o, en otro caso, como eximente incompleta. Y, en este caso, ha solicitado la imposición de una medida de seguridad conforme al artículo 104 del Código Penal.

El resto de partes han elevado sus conclusiones provisionales a definitivas.

OCTAVO.- Finalmente, tras conceder al acusado el derecho a la última palabra, el juicio quedó visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

SE DECLARAN PROBADOS los siguientes hechos:

PRIMERO.- Pedro Antonio, con D.N.I. núm. NUM000, condenado ejecutoriamente por un delito de agresión sexual por la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 22 de mayo de 2007 a la pena de 12 años de prisión, extinguida en fecha 4 de julio de 2018, fue Ingresado en el Hospital Psiquiátrico Sagrat Cor de la localidad de Martorell, a causa de un trastorno de deficiencia mental ligera con trastornos de los impulsos asociados a una parafilia de tipo pedófilo y de un trastorno psicótico no especificado.

El acusado colocó un alambre en la cerradura de su habitación, que impedía el cierre de la puerta, y que le permitió salir y deambular por la unidad en las franjas horarias o momentos en los que debía quedar encerrado en su habitación por razones de seguridad. Aprovechando esas salidas de la habitación y en momentos en los que en la unidad existía menor control de los pacientes por parte de los trabajadores del centro, cometió los siguientes hechos:

A principios de agosto del año 2018, Pedro Antonio se introdujo en la habitación del paciente José, de 19 años de edad en el momento de los hechos, mientras éste se encontraba durmiendo la siesta. José se encuentra incapacitado totalmente y sufre un trastorno generalizado del comportamiento; en concreto, un retardo madurativo global con retraso mental leve, con un Cociente Intelectual de 58 y psicosis injertada del tipo esquizofrenia hebefrénica. Con intención de atentar contra su libertad sexual, el acusado le despertó y, tras bloquearle con fuerza la cabeza, le sujetó el cuerpo con las piernas para impedir su resistencia, le introdujo su pene en la boca, le obligó a hacerle una felación. Eyaculó en su boca y, a continuación, se marchó

de la habitación.

Una semana después, con idéntica intención, entró en la habitación de José, también hacia la hora de la siesta y en un momento de menor vigilancia en la unidad. Pedro Antonio se bajó los pantalones, lo cogió con fuerza por la cabeza y le puso la boca en su pene sin llegar a producirse la felación, ya que escuchó movimientos en el exterior.



Aproximadamente una semana después, volvió a introducirse en la habitación de José , sobre la hora de la siesta y en un momento de menor control o vigilancia. Con la misma intención le cogió con fuerza la cabeza mientras le sujetaba el cuerpo con sus piernas y le introdujo su pene en la boca hasta llegar a eyacular en ella. José fue a vomitar y el acusado le dio un puñetazo en la cara y le amenazó con matarle si explicaba lo sucedido.

El desarrollo de estos actos se hizo constantemente bajo la seria advertencia de que no dijese nada porque le mataría e, incluso, con tal intención

intimidante y con la de causarle un menoscabo físico, le quemó con un cigarro encendido en el brazo produciéndole lesiones de quemadura que provocó una zona circular hipopigmentada de aproximadamente 0,5x0,5 cm en cara interna del antebrazo, que precisó de una primera asistencia facultativa para su curación y que le tuvieron cinco días impedido para sus actividades.

Como consecuencia de estos hechos José sufrió una agravación de su patología. En concreto, se objetó un estado de mayor agresividad y alteración conductual que, a pesar del cambio de tratamiento, no se consiguió mejorar precisando, además, de contención física en muchos momentos. Ese empeoramiento se vinculó a las agresiones sexuales sufridas.

Con pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta, por un lado, y con la pretensión de eludir cualquier responsabilidad derivada de las anteriores acciones, el acusado obligó a José a escribir diferentes escritos en los que pretendió una exculpación en base a un presunto consentimiento de la víctima. José accedió a escribirlos por miedo ya que el acusado le manifestaba que si no lo hacía le golpearía. En esos escritos, dictados directamente por el acusado, únicamente se relata, una y otra vez, la acción realizada por el procesado quien expresaba en varias de ellas "hola cariño como estas perdona

por ser pesado es que tengo muchas ganas de correrme en tu boca yo sé que tu también" .

José , acompañado de su padre el Sr. Adrian , reclama por los datos psíquicos y morales causados.

SEGUNDO.- El Sr. Bernabe , nacido el NUM001 de 1995 , se encontraba ingresado en el Hospital Sagrat Cor de Martorell desde el 30

de abril de 2018 como consecuencia de su patología, diagnosticada como trastorno de la personalidad y autismo, con inicio en la infancia, con psicosis injertada que le lleva a sufrir momentos de descompensación y vulnerabilidad.

Pedro Antonio en fecha no determinada pero en todo caso durante el mes de agosto de 2018 se aproximó a Bernabe , con plena consciencia el procesado de la situación de vulnerabilidad del paciente, y le ofreció dinero y tabaco a cambio de que le realizase una felación a lo que se negó. Estas propuestas derivaron en tocamientos de los genitales de Bernabe en tres ocasiones durante la primera quincena de agosto., Dichos actos los ejecutó Pedro Antonio con la finalidad de satisfacer su libido, aunque era consciente que Bernabe no quería. Estos hechos ocurrieron en dos ocasiones en la sala de estar o sala polivalente y en una tercera en el pasillo, todo ello frente a la negativa de Bernabe y mediando la amenaza de "cortarle el cuello si lo contaba a alguien" generando intenso temor en él.

El día 4 de septiembre de 2018, Pedro Antonio , mientras Bernabe se encontraba en su habitación tumbado, hacia las 16:30 horas, entró en la habitación sorprendiéndole, y, con intención de atentar contra su indemnidad sexual, le cogió con fuerza por la cabeza y le introdujo su pene en la boca obligándole a hacerle una felación en la que llegó a eyacular. Tras este primer acto, le cogió con fuerza del cuerpo y, dándole la vuelta y recostándole boca abajo sobre la cama, le bajo los pantalones y los calzoncillos, y con la misma intención, le penetró analmente, tras lo cual se marchó de la habitación.

Bernabe , atenazado por el temor de las amenazas de matarle a él y a su familia, no explicó estos hechos hasta el día 18 de septiembre de 2018.

Como consecuencia de estos hechos, Bernabe sufrió lesiones consistentes en excoriaciones a nivel perianal a 3 cm del margen anal en hora 12 y 5 en posición de litotomía, sin evidencia de sangrado ni fisura anal traumática y esfínter tónico. Estas lesiones precisaron de una primera asistencia facultativa y un tiempo de curación de 15 días de carácter no impeditivo.

El Sr. Bernabe , representado por su padre Sr. Alexis , reclama por lo que pueda corresponderle por las lesiones sufridas así como por los daños psíquicos y morales. Como consecuencia de los hechos sufrió estrés agudo que ha derivado en estrés postraumático presentando en la actualidad reviviscencia de los hechos traumáticos que se manifiesta mediante

pesadillas.



TERCERO.- Aunque en el Hospital Sagrat Cor de Martorell obraban informes sobre las patologías que sufre Pedro Antonio y su peligrosidad, no se adoptaron las medidas de seguridad necesarias sobre su persona.

CUARTO.- El acusado está diagnosticado de retraso mental ligero-moderado con un Cociente Intelectual de 76, inteligencia límite; un trastorno del control de los impulsos con parafilia de tipo pedófilo; trastorno psicótico implantado no especificado; y consumo perjudicial de alcohol.

Estas patologías hacen que tenga una predisposición a actuar de manera irreflexiva y sin importarle las consecuencias de su acción con tal de paliar su necesidad inmediata. En tal situación el acusado se ve afectado en su capacidad volitiva fundamentalmente, pero no tanto en la esfera cognitiva ya que comprende la ilicitud de los actos que comete.

Por sentencia de 26 de febrero de 2019, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Martorell, Pedro Antonio fue declarado en estado legal de incapacitación total, con fundamento en el diagnóstico ya indicado, que le comporta una limitación importante de su capacidad de autogobierno, que persistirá en el tiempo dada la inexistencia de una terapéutica medicamentosa para su curación.

La incapacidad declarada se extiende a todas las decisiones tendentes a la atención a su persona, así como a todo tipo de actos y negocios jurídicos relativos a la administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses jurídicos y patrimoniales de cualquier clase, con privación del derecho de sufragio activo mientras se mantenga el estado de incapacidad.

QUINTO.- Pedro Antonio se encuentra en situación de prisión provisional por estos hechos, por auto de 20 de septiembre de 2018 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Martorell, que fue ratificada por auto de 28 de septiembre de 2018 por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Martorell, que instruyó la presente causa.

SEXTO.- La responsabilidad civil del Hospital Sagrat Cor de Martorell estaba asegurada en las aseguradoras SHAM (Société Hospitalaries d'Aussurances Mutuelles), en un 80%, y Segurcaixa Adeslas de Seguros y Reaseguros, en un 20%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Delitos objeto de acusación.

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal distingue entre las dos víctimas y califica los hechos de los que habría sido víctima José como constitutivos de dos delitos de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.3º y 192 del Código Penal; de un delito de agresión sexual en grado de tentativa de los artículos 178, 179, 180.3º, 192, 16 y 62 del mismo código; y de un delito leve de lesiones del artículo 147.2 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a los hechos de los que habría sido víctima Bernabe los califica como constitutivos de tres delitos de abuso sexual de los artículos 180.3º y 181.5º y de un delito de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.3º y 192, todos del mismo código.

La acusación particular, ejercida por Alexis, que actúa en representación de su hijo Bernabe, califica los hechos como constitutivos de tres delitos de abuso sexual del artículo 181; de dos delitos de agresión sexual de los artículos 178, 179, 180.3º y 192; de un delito leve de lesiones del artículo 147.2; y de un delito de amenazas del artículo 169; todos del Código Penal.

En las calificaciones de las acusaciones cada ataque a la libertad o indemnidad sexual se califica como un delito individualizado. Asimismo, hay dos discrepancias entre ambas acusaciones en lo que se refiere a Bernabe ya que para el Ministerio Fiscal las penetraciones anal y bucal sufridas por esta víctima conforman un único delito de agresión sexual, tesis de la que discrepa la acusación particular ya que, a su juicio, ambas penetraciones conforman sendas agresiones sexuales. También otorga sustantividad propia a las amenazas que habría dirigido a Bernabe para evitar que explicase lo sucedido.

Valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Al valorar la prueba tenemos que partir de un hecho que suele ser habitual en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Los hechos que conforman la tesis de las acusaciones se habrían producido en un ámbito de intimidad y sin testigos. Para que pueda prosperar la pretensión condenatoria es necesario que la versión de los denunciados merezca ser tenida como fiable por el contenido del relato, y ello sin prescindir de la concurrencia de hechos que puedan servir de corroboración periférica del mismo.

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 291/2018, de 18 de junio, expone las exigencias para que el testimonio de la víctima se erija en prueba de cargo en las causas por delitos contra la libertad sexual. Dice la Sala Segunda: " 2. Exponen entre otras muchas las SSTS núm. 938/2016, de 15 de diciembre o la 514/2017, de 6 de



julio que "la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada".

"Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre , 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril , núm. 187/2012, de 20 de marzo , núm. 688/2012, de 27 de septiembre , núm. 788/2012, de 24 de octubre , núm. 469/2013, de 5 de junio , núm. 553/2014, de 30 de junio , etc.)".

"La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de Instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia".

"Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

"Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación".

"Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado".

"La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

En concurrente criterio la STS núm. 29/2017, de 25 de enero , expone que la testifical de la víctima, puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el aludido triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

De similar manera en la STS núm. 891/2014, de 23 de diciembre , con cita de la 1168/2001, de 15 de junio , se precisaba que estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional; es decir, "esos tres elementos, que viene examinando la doctrina de esta Sala para medir la idoneidad, como prueba de cargo, de la declaración de la víctima de un hecho delictivo (ausencia de motivación espuria, existencia de algún elemento corroborador y persistencia), no son requisitos de validez de tal medio probatorio, no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condena".

A partir de esta doctrina jurisprudencial, que precisa el correcto entendimiento de los tres criterios de valoración del testimonio de la víctima, tenemos que analizar si el relato de los denunciante es fiable.

La respuesta ha de ser afirmativa. No negamos que la enfermedad psíquica de los denunciante no debe llevar a que su versión se imponga sin más. Tal interpretación sería contraria a la presunción de inocencia. Pero al valorar su testimonio tampoco podemos prescindir de sus circunstancias y la fiabilidad de su relato debe ponderarse sin hacer abstracción de las mismas. Es decir, la pobreza que pueda tener su relato como consecuencia de su incapacidad ha de ponderarse a la luz de la misma.



Ambas víctimas han coincidido en esencia en sus manifestaciones previas, tanto cuando explicaron lo sucedido en el centro sanitario, como cuando declararon en la instrucción. José refiere con más precisión los hechos concretos que conformarían la agresión sexual que las circunstancias de tiempo en el que ocurrieron. Aunque hay alguna imprecisión en cuanto a los detalles menores, el relato es fiable en la medida en que coincide con sus otras manifestaciones anteriores. Así cuando dice que los hechos ocurrieron dos o tres veces esa falta de precisión debe atribuirse a los efectos propios de sus trastornos. En todo caso, no está de más recordar que la fiabilidad del testimonio, especialmente cuando se trata de la víctima, no exige como ha declarado la jurisprudencia que haya una estricta coincidencia del relato en las diferentes manifestaciones. Una exacta correspondencia en el relato puede ser indicio de testimonio inducido o preparado.

Y en el caso de Bernabe la inferencia es la misma. Su relato es suficientemente preciso cuando refiere los tocamientos previos, las dos penetraciones en su habitación y las amenazas que recibió para que no explicase los hechos. También las imprecisiones de Bernabe deben atribuirse a su trastorno, aunque como sucede con José, más allá de una determinación precisa de los hechos en el tiempo, concluimos que los hechos tuvieron lugar a la hora de la siesta.

La versión de las víctimas tiene corroboración con los informes médicos sobre su salud mental y, asimismo, con los elaborados respecto al acusado. Estos informes, a los que nos referiremos con más detalle al tratar las circunstancias modificativas, y cuyas conclusiones hemos consignado en los hechos probados, revelan que el acusado está afectado por una parafilia de tipo pedófilo que explicaría, junto a los demás trastornos psíquicos que sufre, sus actos atentatorios contra la indemnidad sexual de las víctimas.

También se corroboran sus testimonios con las declaraciones de los testigos, todos ellos trabajadores del centro sanitario. La testigo Sra. Emilia refiere que el acusado llegó al centro por un internamiento involuntario; que tenían informes sobre su peligrosidad; que primero ingresó en la unidad de agudos en la que ya provocó un incidente de naturaleza sexual y que fue trasladado a la unidad RH1; que si no podía ser objeto de vigilancia personal debía permanecer en la habitación; que cuando las víctimas explicaron lo sucedido, el acusado se mostró frío e indiferente; que entonces se acordó el confinamiento del acusado en la habitación; que el centro no era el adecuado para el acusado; que descubrieron que la medicación no se la tomaba; que no hay un tratamiento farmacológico adecuado para tratar el trastorno del acusado; que el acusado debía estar en la habitación bajo llave cuando no podía tener supervisión; y que el acusado no tiene un retraso mental.

El gerente Sr. Felicísimo, además de corroborar algunas de las manifestaciones de la testigo anterior, dice que no tenían personal suficiente.

El director médico Sr. Gerardo refiere que conoce los hechos por referencias; ratifica manifestaciones de los anteriores y señala que no hay un tratamiento farmacológico para tratar el trastorno del acusado, aunque los antipsicóticos y antidepresivos pueden reducir sus efectos; que consideraron que el relato de las víctimas era creíble; y que la unidad RH1 es de larga estancia.

La psicóloga clínica Sra. Leocadia, además de ratificar manifestaciones de los anteriores, dice que hay momentos en que no hay nadie en el control de enfermería de la unidad en el que están las cámaras; que el acusado no se medicaba; que el acusado no reconoció ni negó los hechos; que encontraron un alambre en la cerradura de la habitación del acusado; y que el cociente intelectual del acusado era entre normal y bajo.

La enfermera Sra. Benedicto ratifica que sin supervisión tenía que estar encerrado; que la habitación tenía que cerrarse con llave durante la noche y la siesta; que en la habitación de José encontraron cartas de éste sobre las relaciones con el acusado y que eran para cubrirse; que encontraron el alambre en la cerradura y que impedía echar la llave; que como no tomaba la medicación se tuvo que optar por administrársela por vía intramuscular con inyecciones; y admite que pudo deambular por la unidad sin ser visto.

El testigo Sr. Matías, además de referir aspectos ya manifestados por los anteriores, dice que tenían falta de medios y que informaron negativamente la incapacitación.

El auxiliar Sr. Oscar dice que estuvo presente en el registro de la habitación; que las víctimas le explicaron los hechos; que la puerta cerraba; y que el acusado, aunque no reconoció los hechos, hizo un gesto que podía corresponder a alguno de los actos ejecutados.

La enfermera Sra. Valentina recogió la versión de los hechos de José y Bernabe, además de reiterar la necesidad de que el acusado tenía que permanecer encerrado en la habitación si no podía ser supervisado.

El enfermero Sr. Jose Pedro ratifica que el acusado no tomó las pastillas.

La auxiliar Sra. Angelina, a la que José refirió los hechos, admite que el acusado podía deambular por la unidad si no estaba encerrado.



La enfermera Sra. María Inés dice que habló con José , que primero negó y luego lo explicó y dijo que le había amenazado; que Bernabe también lo explicó y le creyeron; que la habitación del acusado tenía dos puertas; y que el Sr. Oscar encontró el alambre.

De este material probatorio inferimos que la versión de las víctimas es fiable pese a que no se les pueda exigir en su testimonio la misma riqueza de detalles que cabría en una persona sin sus trastornos.

Tenemos que dar como probado que el acusado pudo salvar las medidas de control sobre su persona. El alambre que puso en la puerta le permitió salir de su habitación aprovechando el momento en que, por ser la hora de la siesta, la vigilancia era menor. Y en este punto no damos relevancia a que hubiese dos puertas pues es factible que sólo se cerrase una de las puertas o de alguna manera el acusado consiguió franquear ambas puertas.

Además, en el informe médico sobre Bernabe constan rastros físicos de la penetración anal. Y en el mismo orden de ideas, las cartas escritas por José reflejan que los actos se produjeron y, en el contexto de los hechos de la intimidación ejercida por el acusado, inferimos que esas cartas tenían como finalidad ocultar el delito.

Finalmente, aclaramos que no merece tener acogida la alegación de la defensa respecto a las manifestaciones del testigo Sr. Victorio , auxiliar que declaró en la instrucción y no en el juicio, al no haber sido propuesto por ninguna de las partes. Su valoración sobre las víctimas pugna con el contenido de los testimonios y los elementos objetivos conformados por los informes médicos. No obstante, sorprende que los trabajadores del centro en su mayoría hayan manifestado que dieron crédito a la versión de José y de Bernabe y el citado la niegue sin tener en cuenta que se trata de enfermos psíquicos.

Calificación.

TERCERO.- Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han calificado los hechos como tantos delitos como acciones se han dado como probadas. No obstante, ambas acusaciones difieren en dos de las calificaciones. El Ministerio Fiscal considera que las penetraciones bucal y anal sufridas por Bernabe conforman un único delito de agresión sexual a partir del limitado lapso temporal entre ambas. De esta calificación discrepa la acusación particular ya que considera que ambos actos tuvieron sustantividad propia y deben ser penados por separado. Asimismo, considera que la intimidación ejercida sobre el Sr. Bernabe para que no explicara los hechos debe pensarse como delito de amenazas.

No obstante, antes de examinar esa primera discrepancia tenemos que examinar una cuestión que afecta a la calificación. Dada la coincidencia en el modus operandi y en las circunstancias de tiempo y lugar, en los términos que hemos expuesto, nos llevan a plantearnos si las diferentes acciones constituyen otros tantos delitos contra la libertad sexual o si han de ser considerados como uno o varios delitos continuados.

En la sentencia núm. 473/2020, de 24 de septiembre, el Tribunal Supremo analiza la cuestión de la continuidad delictiva en estos delitos. Expone la Sala Segunda: "*La aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales exige, en todo caso, que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo; que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo y que obedezcan a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (entre otras STS 675/2016 de 22 de julio y las que en ella se citan).*

En general la doctrina de esta casa ha rechazado la aplicación de la continuidad delictiva en ataques sexuales perfectamente delimitados en el tiempo, si bien ha admitido la aplicación de esta figura en supuestos de reiteración de los actos realizados sobre la misma persona, que habitualmente comienzan cuando es menor de edad, y se desarrollan durante un periodo de tiempo más o menos extenso. Casos caracterizados por la existencia de una misma pauta de actuación, a partir de la situación de prevalimiento o abuso de superioridad con los que el autor consigue el dominio de la voluntad de la víctima para proseguir durante todo el periodo de ejecución con su conducta delictiva. En definitiva, situaciones en las que no es fácil individualizar suficientemente cada acometimiento, y obedecen a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo (entre otras SSTS 964/2013 de 17 de diciembre ; 526/2014, e 18 de junio ; 92/2018, de 22 de febrero 409/2019 de 19 de septiembre ; o 187/2020, de 20 de mayo).

(...).

Una serie de actos que se ejecutaron en el marco de una relación mantenida en el tiempo, engarzados en un dolo unitario o de, cuanto menos, aprovechamiento de idéntica situación característico de la continuidad delictiva que se aprecia".

Tomando como punto de partida esta jurisprudencia sobre la continuidad en este tipo de delitos vamos a examinar la calificación distinguiendo entre ambas víctimas.



1.- Hechos de los que es víctima José .

El Ministerio Fiscal, como hemos consignado, califica estos hechos como constitutivos de dos delitos de agresión sexual con penetración sobre víctima vulnerable consumados, de este mismo delito en grado de tentativa y de un delito leve de lesiones.

Dejando de momento al margen el delito leve de lesiones, en aplicación de la jurisprudencia expuesta consideramos que los hechos son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, en el que se subsumen los dos actos de penetración consumada y el intentado.

Del relato de hechos probados, resultado de las pruebas, no albergamos ninguna duda de que, a la luz de la jurisprudencia expuesta, no procede acoger la tesis de las acusaciones. Hay una identidad en la víctima y en las circunstancias de tiempo y lugar que nos llevan a inferir un dolo unitario en el proceder del acusado. Hay coincidencia en el momento en el que Pedro Antonio cometió estos hechos y, además, no albergamos ninguna duda que aprovechó que a las horas de la siesta el control que había establecido sobre su persona y, en general, sobre las dependencias del hospital psiquiátrico no era efectivo, en los términos que hemos expuesto en el fundamento anterior.

Además, la pulsión que guiaba los actos del acusado, afectado por un trastorno del control de los impulsos asociado a una parafilia de tipo pedófilo, nos lleva a inferir racionalmente que, tras seleccionar una víctima propicia y con la finalidad de satisfacer el deseo que rige sus actos en la esfera sexual, se dirigió a la habitación de José con tal propósito.

Es decir, no podemos individualizar los actos de forma ya que no hay una variación de las circunstancias de tiempo, lugar y propósito del autor que justifique el castigo forma independiente. Además, dos de las acciones tuvieron como resultado la penetración bucal consumada y la tercera, segunda en el tiempo, intentada.

Respecto al delito leve de lesiones del artículo 147.2 del Código Penal, tampoco albergamos ninguna duda, pese a lo alegado por la defensa del acusado en trámite de informe.

La lesión por quemadura de cigarro está objetivada en el informe médico forense obrante en los folios 186 y 187 y es consecuencia de la intimidación ejercida para que José no explicara lo sucedido.

La acción descrita tiene sustantividad por su naturaleza lesiva sobre la integridad física y no se puede subsumir en los actos atentatorios contra la indemnidad sexual.

2.- Hechos de los que es víctima Bernabe .

El Ministerio Fiscal y la acusación particular no son coincidentes en la calificación de los hechos de lo que es víctima Bernabe . En cuanto a los delitos contra la indemnidad sexual, hay una coincidencia en cuanto a la acusación por los tres delitos de abuso sexual pero discrepan en cómo se han de calificar los actos de penetración anal y bucal. Para el Ministerio Fiscal ambas acciones conforman un único delito, pues hay unidad de acto, mientras que para la acusación constituye un delito independiente de agresión sexual.

Esta discrepancia no tiene, como expondremos, consecuencias penológicas en lo que se refiere a la determinación de la horquilla penal aplicable. Sí la tiene en la fijación de la pena concreta en tanto hay que valorar la gravedad de los hechos y si esa gravedad debe reflejarse en una solución de exacerbación de la pena.

La razón del argumento que acabamos de exponer nos lleva a la segunda cuestión relevante a resolver. En línea con lo expuesto anteriormente, se plantea si a las acciones sufridas por Bernabe es de aplicación la continuidad delictiva y, en caso afirmativo, si deben subsumirse en la misma los actos calificados como abuso sexual.

La sentencia de la Sala Segunda núm. 470/2020, de 23 de septiembre, además de reflejar la jurisprudencia sobre la continuidad delictiva en estos delitos, da respuesta a esas dos cuestiones.

Dice la sentencia: " *En la STS núm. 463/2006, de 27 de abril, se clasifican los diversos supuestos señalando: "En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar:*

a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena.



b) Cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva.

c) Finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos".

Es decir, que debe aplicarse el delito continuado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes (STS de 18 de Junio de 2007).

Y en caso de aplicación del delito continuado, no procede desglosar algunas de las conductas encuadradas en el mismo dolo unitario por el hecho de resultar identificables en cuanto a las fechas, para sancionarlas adicionalmente, pues en tal caso se produce una exacerbación punitiva contraria al principio de proporcionalidad.

En este sentido, la STS. 984/2012, de 10.12 , considera la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en un supuesto de dos agresiones sexuales producidas con un mes de separación y declara que "aunque el art. 74 CP , es tenido en cuenta de forma muy excepcional cuando de agresiones a la libertad sexual de carácter violento se trata, no debe olvidarse la existencia de precedentes en este sentido dentro de la doctrina jurisprudencial.

De hecho, si bien la posibilidad del delito continuado en el caso de los delitos contra la libertad sexual no deja de ser una "excepción a la excepción", como se ha repetido en diversas ocasiones, ante la previsión a este respecto, contenida en el apartado 3 de dicho artículo 74, que permite dicha construcción de continuidad en los casos de "infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales", a pesar de la previa exclusión de tal instituto cuando se trate de ofensas a "bienes eminentemente personales" y de igual modo una serie de Resoluciones de esta Sala han excluido de la mentada posibilidad las agresiones sexuales, remitiéndola tan sólo a las conductas no intimidatorias ni violentas, es decir, a los meros abusos, lo cierto es que, también nos encontramos con pronunciamientos que, de modo puntual, admiten la extensión de ese artículo 74 a las agresiones sexuales.

En concreto, las SSTS de 17 de Julio y 18 de Diciembre de 1991 , 22 de Octubre de 1992 , 2 de Febrero de 1998 , 23 de Diciembre de 1999 , 23 de Febrero de 2002 o, la mucho más reciente, de 18 de Junio de 2012 , de una u otra forma constituyen claro ejemplo de ello."

La citada sentencia continua explicando que "Si indagamos en todas esas Resoluciones, de ambos sentidos, el porqué de semejante discriminación entre las agresiones sexuales y los abusos de cara a la posible aplicación del delito continuado, cuando la literalidad del artículo 74, en su referencia genérica a las infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales no establece diferencia de trato alguna entre ellas, llegamos a la conclusión de que semejante criterio no se apoya, en realidad, en una base ontológica propia de la esencia de cada forma de ataque al bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexuales, igual en ambos supuestos, sino más bien a consecuencias de orden probatorio y de fijación de los hechos que se relacionan con la mayor facilidad de individualización de las agresiones, con su concreto y específico contenido intimidatorio o violento, frente a la más difusa para una secuencia de abusos sexuales a lo largo del tiempo, lo que lleva a esta Sala a concluir razonando lo impropio que resulta castigar individualmente una serie indeterminada de actos delictivos sucedidos a lo largo del tiempo como dos, tres o más delitos insuficientemente concretados, obligando la lógica "pro reo", en estas ocasiones, a concluir en la existencia de un único delito continuado de abuso sexual."

3. (...).

En consecuencia, conforme a la jurisprudencia que hemos expuesto, se trata de un único delito de agresión sexual continuado, que absorbe al delito de menor gravedad constituido por el delito continuado de abusos sexuales, ya que en esta materia, debe aplicarse el delito continuado cuando nos encontremos ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. En el supuesto, concurre la citada homogeneidad, lo que, junto al hecho de que solo es posible individualizar una única agresión sexual, ya que secuencia en el tiempo de los abusos sexuales no se concreta, resultando difusa en el periodo "verano de 2013", hace que la calificación correcta es la postulada por el recurrente".

Una primera consecuencia de esta jurisprudencia es que la tesis de la acusación particular no puede acogerse. Las dos penetraciones, la bucal y la anal, se produjeron en unidad de acto y propósito y, por tanto, constituyen un único delito.

Y en cuanto a los tres delitos de abuso sexual los mismos conforman una continuidad delictiva con el delito de agresión sexual. Damos por reproducidos en cuanto a Bernabe lo ya expuesto respecto a José . Hay una selección de una víctima propiciatoria, un propósito regido por la pulsión producto del trastorno del control de



impulsos y una identidad de circunstancias de tiempo y lugar. Se infiere así, como en el caso de José, un dolo unitario que nos lleva a concluir que esos actos iniciales de abuso sexual progresaron a una acción más grave constituida por los dos actos de penetración.

Así, y como en el caso de José, tenemos que concluir que los actos de los que es víctima Bernabe son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual cometido sobre víctima de especial vulnerabilidad de los artículos 178, 179, y 180.3º del Código Penal.

La acusación particular en su calificación incluye la comisión de un delito de amenazas y de un delito leve de lesiones. Compartimos parcialmente la tesis de la acusación particular. El acusado le profirió amenazas a Bernabe para que no explicase lo sucedido y le dijo que si lo hacía le mataría o mataría a su familia. Al igual que hemos considerado que la quemadura con el cigarro causada a José debe castigarse como delito leve de lesiones, deben castigarse estas amenazas ya que ambas conductas no se subsumen en los atentados contra la indemnidad sexual. Son actos con un componente coactivo evidente y que iban dirigidos a evitar que las víctimas explicaran lo sucedido y que, por tanto, se sitúan al margen de la violencia e intimidación que Pedro Antonio empleó para cometer las agresiones sexuales. En consecuencia, procede calificar estos hechos como constitutivos del delito de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal. Precisamos que en el contexto en que las mismas se profirieron y su finalidad no pueden considerarse como delito leve de amenazas.

Por el contrario, no consideramos que el acusado sea autor de un delito leve de lesiones. Sólo constan objetivadas como resultado lesivo físico las excoriaciones en la zona perianal (informe folios 280 a 282). Pero tales lesiones son el resultado propio de la penetración anal forzada. No son parte de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima a ser forzado sexualmente. Es el resultado mismo del acto de la penetración que se tipifica en el delito de agresión sexual en la modalidad agravada del artículo 179.

Autoría.

CUARTO.- El acusado Pedro Antonio es autor de los delitos que hemos definido en el fundamento que antecede.

Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTO.- Concorre en el acusado la agravante de reincidencia del artículo 22.8ª del Código Penal. El acusado fue condenado ejecutoriamente por un delito de agresión sexual por la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 22 de mayo de 2007 a la pena de 12 años de prisión, que quedó extinguida en fecha 4 de julio de 2018.

No puede dejar de consignarse que el acusado cumplió condena en julio de 2018 y un mes después cometió los hechos objeto de la presente causa. En consecuencia, no se suscita ninguna duda sobre la agravante en relación a lo que se dispone en el párrafo segundo del citado artículo 22.8ª, puesto en conexión con el artículo 136 del mismo código.

El Ministerio Fiscal en su calificación ha solicitado que se aprecie la atenuante de enfermedad psíquica del artículo 21.1ª, en relación con el artículo 20.1º, ambos del mismo código, como atenuante análoga.

En los hechos probados hemos consignado que el acusado está diagnosticado de retraso mental ligero-moderado con un Cociente Intelectual de 76, inteligencia límite; un trastorno del control de los impulsos con parafilia de tipo pedófilo; y trastorno psicótico implantado no especificado. Así se refleja en el informe forense de fecha 8 de enero de 2020 (folios 1127 a 1234) y en la sentencia de incapacitación de 26 de febrero de 2019 (folios 1195 a 1197), en la que se incluye que el acusado también está afectado por un consumo perjudicial de alcohol.

Procede así determinar si estos trastornos tienen efecto sobre la responsabilidad penal. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre las parafilias y los supuestos de inteligencia límite. La sentencia de la Sala Segunda núm. 478/2019, de 14 de octubre, expone la doctrina jurisprudencial sobre las parafilias y determina cuándo pueden conformar una atenuación de la responsabilidad criminal.

Dice la sentencia: " *Con respecto a esta conducta sexual y situaciones similares de afectación a la personalidad esta Sala del Tribunal Supremo ya señaló en Sentencia 13/2019 de 17 Ene. 2019, Rec. 10416/2018 que:*

De acuerdo a la definición del diccionario de la Real Academia Española (DRAE), una parafilia es un desvío de índole sexual. Se trata de una conducta íntima donde el placer se obtiene mediante una actividad diferente a la relación sexual en sí misma.

En concreto, se establece que una persona disfruta llevando a cabo una parafilia porque eso le supone gozar con uno o con los dos de los siguientes elementos:



1.- *Riesgo. El riesgo que trae consigo llevar a cabo una práctica sexual clasificada como parafilia supone que la persona en cuestión disfrute del mismo y cuente con una excitación mucho mayor.*

2.- *Voluntad de poder. A través de una de estas prácticas, quien la lleva a cabo disfruta de una sensación de poder sobre la persona con quien la realiza, se siente por encima de ella y con capacidad para hacer lo que desea.*

Es importante destacar que los expertos no han hallado trastornos psicológicos o cambios orgánicos que brinden una explicación sobre el origen de una práctica parafilica. Estas desviaciones, de todos modos, pueden tratarse mediante la terapia psicoanalítica. El problema surge ante la falta de tratamiento y el peligro que se causa a las víctimas con estas conductas al disponer el sujeto de la conciencia y voluntad de lo que hace, lo que impide acudir a la exención de responsabilidad penal que propugna el recurrente. Se llama "parafilia" a lo que en la ley se denomina "perversiones". Algunos psicoanalistas y psiquiatras aún la denominan así, y ello no puede en modo alguno, por sí mismo anular la conciencia y voluntad del mal que se está haciendo. Se sabe y conoce lo que se hace. Se sabe que es incorrecto, y pese a ello persiste en su conducta. Y el efecto más negativo se puede constatar en los presentes hechos probados, donde se acredita y constata la reiteración de conductas de ataque sexual, reiteradas y con semejante modus operandi, con empleo de la violencia en la mayoría de los casos, lo que agrava la situación de las víctimas, que ante esta perversión del sujeto activo se convierten en víctimas del deseo del autor de los hechos. El DSM- IV las caracteriza por consistir en impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales.

Los expertos la califican en:

1.- leve, ocasionalmente expresada.

2.- moderada, implica mayor manifestación conductual;

3.- severa, si lo lleva a niveles de compulsión.

Esta compulsión a veces implica que el individuo parafilico comete actos delictivos, cuando su parafilia es asocial.

Sobre la afectación a la conciencia y voluntad del sujeto y si puede apreciarse como eximente completa del art. 20.1 CP la doctrina rechaza categóricamente esta posibilidad. Y ello, porque se considera que son sujetos libres de actuar al tener capacidad de querer, de entender y de obrar plenas (STS de 16 de Julio de 1991), apreciando una eximente incompleta del art. 21.1 CP solamente cuando el trastorno de la personalidad concorra con otros factores que acentúen la misma y erosionen de forma significativa la voluntad del sujeto, dejando la atenuante analógica para aquellos casos en los que se mostraba una afectación sensible de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto.

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1397/2009 de 29 Dic. 2009, Rec. 10722/2009 se trata este tema afirmando que:

"a) La "parafilia" es un término genérico que se refiere al conjunto de desviaciones o anomalías de la conducta sexual, en las que la imaginación o los actos inusuales o extravagantes son necesarios para conseguir la excitación o el placer, de modo que la respuesta sexual se produce de forma exclusiva o preferente ante situaciones u objetos que no se corresponden con las pautas habituales. Y se dividen en dos grandes grupos: aquellas en que existe una desviación del objeto sexual, en los cuales el deseo se orienta hacia objetos que no son los normales: niños (pedofilia), ancianos (gerontofilia), animales (zoofilia), prendas de ropa y similares (fetichismo) y en segundo lugar las parafilias que se caracterizan por una desviación del fin en los cuales la atracción y el placer no se encuentran en el acto sexual mismo sino en otras situaciones como pueden ser la producción de dolor (algolagnia activa o sadismo), el ser humillado o golpeado (algolagnia pasiva o masoquismo), el vestir ropas del sexo opuesto (travestismo) el mostrar los propios genitales (exhibicionismo) o la observación de otras personas en actitudes eróticas (voyerismo).

b) Esta Sala con relación por ejemplo a la pedofilia que es la parafilia más próxima por su propia naturaleza a una posible acción delictiva, ya dijo que no impide ni limita la capacidad de actuar conforme al conocimiento de la ilicitud de acción salvo cuando se asocia a otros trastornos psíquicos relevantes como la toxicomanía, el alcoholismo o la neurosis depresiva (S^a 285/03 de 28 de febrero que reitera lo ya declarado en S^a de 1283/97 de 24 de octubre)".

*En la sentencia de esta Sala de 16 de Julio de 1991 se ha asociado la parafilia a las perversiones sexuales. E incluso se ha llegado a puntualizar que la circunstancia de que un sujeto sufra parafilia no significa que ya, de por sí, pueda y deba quedar afectada su **imputabilidad**, pues parece existir acuerdo sobre la capacidad de estos sujetos para comprender y entender la gravedad de los actos que realizan, y también para conocer las normas sociales y legales prohibidas.*



En esta línea, la doctrina especializada en esta materia médico-jurídica señala, asimismo, la dificultad para reconocer la incidencia de estos sujetos en la **imputabilidad** de quien los sufre, pues son definidos jurídicamente como imputables. Pero dado que los mismos pueden tener impulsos o deseos irrefrenables, necesidad imperiosa de llevar a cabo esos actos, o cuadros de ansiedad con impulsos intermitentes y difíciles de controlar que les lleva a buscar con deseo la satisfacción de sus pulsiones la doctrina apunta que pueden suponer una alteración de la voluntad que, aunque difícilmente supondrá una declaración de inimputabilidad (pues el sujeto sabe perfectamente lo que hace y sus repercusiones en las víctimas), sí que, al existir una ruptura del equilibrio entre la realización del acto y la prohibición de no hacerlo a favor del primero, permite reconocer una disminución de la misma.

Recordemos, también, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 2 Feb. 1998, Rec. 1053/1997, donde se apunta que "La perversión sexual es un trastorno de la personalidad, de naturaleza caracterial, que se manifiesta en específicas desviaciones de la conducta sexual, tanto en la elección del objeto con que se satisface el instinto, como en los actos a través de los cuales se busca dicha satisfacción. Es por ello por lo que la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar a la apreciación de una circunstancia atenuante como la que se impugna en este último motivo del MF.

Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la ley penal -concretamente, aquellos de los que el procesado ha sido declarado autor- apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad. Las perversiones sexuales, como cualesquiera otras psicopatías, sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto -S 8 Mar. 1995- y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación -SS 24 Dic. 1991 y 22 Abr. 1993 - o cuando se asocien con enfermedades mentales o intoxicaciones alcohólicas o de otras sustancias, o cuando concurren con circunstancias excepcionales -S 6 Nov. 1993- que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna, porque el mismo no es mayor que el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada. Para que pueda ser apreciada una circunstancia atenuante cuyo significado es el de la menor culpabilidad -y éste es el caso de la análoga a la eximente incompleta de enajenación mental- es preciso, en definitiva, que el hecho antijurídico perpetrado no pertenezca a su autor de la misma o semejante forma que pertenecen al ciudadano medio los hechos que normalmente se les imputan".

Esta Sala del Tribunal Supremo ha reconocido la afectación a la **imputabilidad** de la parafilia por la vía del art. 21.1 CP en aquellos supuestos en los que el afectado, además de tener un trastorno de inclinación sexual padece otros trastornos psíquicos relevantes, u otros factores que acentuaban la misma y erosionaban de forma significativa la voluntad del sujeto, lo que implicaba, a su vez, una disminución importante de las capacidades del sujeto que no anulación de las mismas. Y así podemos citar las siguientes:

- 1.- STS 12 de Mayo de 1960 : El sujeto presentaba un cuadro de comorbilidad por marcada y persistente desviación homosexual de tipo sadista, pedofilia y oligofrenia.
- 2.- STS de 12 de Mayo de 1975 : El acusado presentaba una psicopatía sexual que le llevaba a cometer actos exhibicionistas.
- 3.- STS de 20 de Enero de 1976 : El acusado era un psicópata paranoide celotípico en el que, además, se injertaban tendencias agresivas y sádicas.
- 4.- STS de 8 de Febrero de 1995 : El acusado presentaba psicopatía bien caracterizada, parafilia con varias manifestaciones, distimia o neurosis depresiva, adicción a la cocaína y consumo de alcohol.
- 5.- STS de 30 de Abril de 1990 : El acusado era diagnosticado de sintomatología neurótica, parafilia de fetichismo.
- 6.- STS de 29 de Junio de 1999 : Se estima como afectación del acusado un bajo nivel intelectual, que está en el límite en la línea de separación con la oligofrenia, pero sin llegar a ésta, una peculiaridad de preferencia sexual con niños o paidofilia, y una grave adaptación social caracterizado por situaciones de angustia y depresión.
- 7.- STS de 22 de Septiembre de 2000 : Aparece una parafilia o trastorno psicosocial conocido como fetichismo a la que se asocia un trastorno de personalidad.

Por todo ello, la doctrina concluye que las parafilias constituyen enfermedades mentales que no siempre afectan a las facultades psíquicas del sujeto, y si lo hacen será la intensidad de esa afectación la que determina la disminución de la **imputabilidad** en la persona que lo padece. Y así, en este caso está suficientemente reconocida



esa afectación en la determinación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal con la que ha sido reconocida, siendo imposible, tras lo expuesto, elevarlo a la pretendida eximente completa.

El descontrol de actitud de la parafilia, que conlleva el deseo de llevar a cabo actos sexuales (...), no puede ser utilizado para postular una anulación de la responsabilidad penal, por cuanto esta no puede existir al no constatare una inimputabilidad, sino que el sujeto tiene la plena conciencia y voluntad del mal que está haciendo, siendo consciente de que está reprobado desde el punto de vista social y es actitud prohibida, pese a lo cual opta por ejercer su deseo a llevar a cabo el acto con conciencia y voluntad de lo que está haciendo y que con su conducta causa daño a las mujeres a las que se acercó y realizó ataques contra su libertad sexual, uno de los delitos más execrables que pueden darse por llevarse a cabo contra el cuerpo de las mujeres en este caso, y contra su libertad de decidir sexual, ocasionando en muchos casos traumas importantes ante una conducta de ataque del sujeto activo del delito que es imposible de olvidar. La reprochabilidad penal de la conducta no puede quedar anulada por el alegato de exención de responsabilidad penal del recurrente ante un deseo que es evitable por la conciencia y voluntad de su conducta ilícita y dañina, no pudiendo convertir en irrelevante lo que lo es, bajo el abrigo de la parafilia".

De esta jurisprudencia resulta que las parafilias por sí mismas no eximen de la responsabilidad criminal. No obstante, tenemos que analizar si los trastornos del acusado justifican la apreciación de una minoración de la misma, tal y como sustenta el Ministerio Fiscal.

A juicio de este Tribunal concurre la citada atenuante como eximente incompleta de los citados preceptos. Aunque algunos de los facultativos del centro hospitalario en el que ocurrieron los hechos niegan que el acusado sufra una enfermedad mental determinante de una incapacidad, los informes médicos llevan a concluir que el acusado sufre una alteración mental que fue determinante de su conducta delictiva. Y ello pese a que, también, observamos ciertas contradicciones en las manifestaciones de los médicos forenses y los informes emitidos vistos, además, a la luz de la sentencia de incapacitación.

En el informe de 8 de enero de este año se valora que sus patologías provocan una predisposición a actuar de manera irreflexiva y sin importarle las consecuencias con tal de paliar su necesidad inmediata. En tal situación el acusado se ve afectado en su capacidad volitiva fundamentalmente, pero no en la esfera cognitiva ya que comprende la ilicitud de los actos que comete.

Algunos de esos testigos han puesto el acento para cuestionar el estado mental del acusado que éste era consciente de la ilicitud de sus actos. Asimismo, en uno de los informes forenses, el de fecha 4 de octubre de 2018 (folio 180), complementario del de fecha 20 de septiembre del mismo año (folios 127 y 128), refleja que en el momento de los hechos el acusado tenía conservadas sus capacidades volitivas e intelectivas y era capaz de actuar conforme a dicha comprensión de la realidad.

Discrepamos de las conclusiones de este informe y de las manifestaciones de los testigos cuando minimizan la alteración psíquica del acusado. En primer lugar, llama la atención que uno de los autores de los informes, en concreto el de 4 de octubre de 2018 y el de 8 de enero de 2020, sea el mismo médico forense, el Sr. Benedicto. Ambos informes no son coincidentes. Mientras en los dos informes de 2018 se consigna que en el momento de los hechos no había afectación sobre las capacidades volitivas e intelectivas, en el más reciente de este mismo año, más completo como resulta del contenido de uno y otros, sí se refleja una merma de su capacidad volitiva que reduce su capacidad para decidir y ordenar la propia conducta.

El conocimiento de la ilicitud que tenía el acusado en el momento de los hechos no justifica la exclusión de la atenuación. Ese conocimiento de la ilicitud, en la que subyace la capacidad para distinguir entre el bien y el mal, es determinante de la exclusión de la eximente completa pero no de la incompleta. El informe de 8 de enero de 2020 es preciso y distingue entre cognición y volición. El conocimiento de la ilicitud no suscita ninguna duda. Tan es así que el acusado, como hemos expuesto, ejerció actos de violencia e intimidación sobre las dos víctimas para que no explicaran lo sucedido.

Pero pese a reconocer esa capacidad cognitiva sobre la ilicitud no se puede minimizar la afectación de la capacidad volitiva. Tenemos que dar como probado que el acusado presentaba una pulsión desordenada que le llevó a atentar contra la indemnidad sexual de sus dos víctimas. El diagnóstico es muy preciso a este respecto y destaca el trastorno del control de los impulsos con parafilia de tipo pedófilo, en el que incide una escasa instrucción y una inteligencia límite.

Es decir, el acusado estaba sometido por un deseo impulsivo, desordenado e irreflexivo de satisfacer su deseo sexual que le llevó a atacar sexualmente a las víctimas. Tal proceder denota esa merma de la facultad volitiva en tanto su acción era producto de ese deseo incontrolado. Por mucho que fuera consciente de que estaba actuando contra las normas, se concluye que optó por seguir sus impulsos desordenados para satisfacer el deseo sexual.



No negamos que no puede hacerse sin más una traslación de los fundamentos de la incapacidad civil al ámbito penal. La misma definición de las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil expresa que la incapacidad, incluso cuando es total, no necesariamente ha de conformar la estimación de la eximente del número 1º del artículo 20 del código punitivo.

No obstante, en este caso el diagnóstico contenido en el informe de 8 de enero de 2020 tiene su correspondencia en la sentencia de incapacitación, de fecha anterior, en la que se reflejaron el mismo diagnóstico que en el citado informe, aunque se añade el consumo perjudicial de alcohol.

No puede concluirse así que el acusado no padece un trastorno de entidad que afecta de forma relevante a su conducta. Se trata, como ya hemos dicho, de un individuo que no es capaz de controlar esa pulsión en el área sexual. Y tan es así que cumplió condena íntegra por el delito anterior de la misma naturaleza, sin posibilidad de un régimen progresivo de preparación para la libertad, en tanto no había un pronóstico favorable de no reincidencia. Y este pronóstico determinó el internamiento en el centro psiquiátrico en el que ocurrieron los hechos. Hay que añadir, además, que no existe un tratamiento farmacológico que permita el control total de esos impulsos en la esfera sexual. Sólo fármacos, como los antidepresivos y los antipsicóticos, pueden minimizar los efectos de la pulsión pero, como se ha manifestado por algunos testigos, el acusado no se tomaba las pastillas del tratamiento farmacológico prescrito.

A modo de resumen concluimos que el acusado sufre un trastorno que le afecta en su capacidad volitiva con una intensidad que le lleva a no abstenerse de perpetrar conductas atentatorias contra la indemnidad sexual. El acusado conoce la ilicitud de sus actos y tan es así que ejerció actos de violencia e intimidación para tratar de que no se descubriera. Pero ese conocimiento no excluye la eximente incompleta que debe predicarse de los trastornos mentales que sufre.

En sintonía con la jurisprudencia expuesta tenemos que precisar que en el caso del acusado inciden no sólo el trastorno de los impulsos derivado de su parafilia de tipo pedófilo sino también su limitada inteligencia y el trastorno psicótico implantado.

Aunque la parafilia por sí misma no necesariamente conforma la atenuación, al igual que sucede con el retraso mental leve-moderado (así en la sentencia de la Sala Segunda núm. 266/2020, de 29 de mayo), los trastornos que en conjunto padece el acusado llevan a afirmar la concurrencia de la eximente incompleta. En la conducta del acusado concurrió el trastorno de impulsos de etiología pedófila pero no solamente. En la afectación de la capacidad volitiva no podemos prescindir del factor añadido que para el control de los impulsos supone la baja instrucción y la inteligencia límite, además del trastorno psicótico. Al respecto de este último en la anamnesis que se refleja en el informe de 8 de enero se recoge que el acusado manifestó que oía voces que le decían que hiciera tocamientos.

En definitiva, estimamos concurrente la eximente incompleta de alteración mental.

Penalidad.

SEXTO.- En la individualización de las penas son de aplicación dos reglas penológicas. En primer lugar, ha de fijarse la horquilla de penas correspondiente a los delitos continuados contra la indemnidad sexual conforme al artículo 74.1 del Código Penal. Una vez fijada la pena abstracta que podría corresponder a la continuidad, ha de aplicarse la regla del artículo 66.1.7ª del mismo código ya que concurren la agravante de reincidencia y la eximente incompleta de alteración mental.

El artículo 74.1 determina la aplicación de la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

En este caso, por el número de actos que integran la continuidad respecto a ambas víctimas, que quedaron acotados en un lapso temporal reducido, estimamos la procedencia de imponer la pena en la mitad superior. Así, en aplicación de los artículos 178, 179, y 180.3º del Código Penal, la pena iría de trece años, seis meses y un día a quince años.

Fijada la pena procedente, sobre la misma ha de aplicarse la regla penológica del artículo 66.1.7ª, como hemos avanzado. La norma obliga a determinar si prevalece el fundamento de agravación o el de atenuación.

Aunque valoramos que el acusado reincidió en el delito apenas un mes después de cumplir la condena anterior por el mismo delito, la intensidad de su trastorno psíquico y la compulsión que su parafilia le provoca nos lleva a concluir que ha de prevalecer el fundamento de atenuación con rebaja de la pena en un grado. No procede la rebaja en dos grados. La documentación médica revela un conocimiento de la ilicitud y los hechos denotan una cierta capacidad de manipulación e intimidación que no justifican los dos grados de minoración de la pena.



De cuando se acaba de exponer resulta una horquilla penal que va de los seis años y nueve meses a trece años y seis meses de prisión. Dentro de esta horquilla consideramos procedente imponer sendas penas de once años por los dos delitos continuados de agresión sexual. Fijamos las penas en la mitad superior por la naturaleza especialmente vejatoria de los hechos, la condición de las víctimas como muy vulnerables y por el lugar en el que ocurrieron.

Las dos penas de once años de prisión impuestas por los delitos contra la indemnidad sexual llevan aparejada la inhabilitación absoluta, sin que su condición de incapacitado judicialmente sea obstáculo para acordar la accesoria. Asimismo, la pena de cuatro meses de prisión determina la condena a la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Conforme al primer párrafo del artículo 76.1 del Código Penal el máximo de cumplimiento de las penas impuestas no podrá exceder de veinte años de prisión. Las dos penas de prisión de once años y la de cuatro meses no exigen la aplicación de las reglas de máximo de cumplimiento que fija el mismo precepto. Así, debe fijarse el límite legal máximo de veinte años.

Respecto a los delitos contra la indemnidad sexual, en aplicación del artículo 57.1 del Código Penal, procede imponer al acusado la prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a las víctimas, con prohibición de comunicación con ellas por cualquier medio oral, escrito o telemático, por el plazo de cinco años. Estas prohibiciones se aplicarán tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal, se le impone la medida de libertad vigilada durante ocho años a ejecutar tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. El contenido de la libertad vigilada se determinará en el momento en que haya de ser efectiva y según las circunstancias que entonces concurren en el acusado.

La duración se fija conforme a las mismas razones de proporcionalidad que se han tenido en cuenta para imponer la pena de prisión en la mitad superior.

Asimismo, aclaramos que no procede aplicar el artículo 104 del Código Penal pese a apreciar la eximente incompleta. Los trastornos psíquicos no justifican una medida privativa de libertad. La ausencia de un tratamiento efectivo hace que un internamiento no sea adecuado en la medida en que no cabe una acción terapéutica curativa. Tal valoración ha de ponerse en conexión con el argumento ya expuesto sobre el conocimiento de la ilicitud de la conducta.

Por el delito de amenazas, ya definido y previsto en el artículo 169.2º del Código Penal, se impone la pena de cuatro meses de prisión. Dicha pena se fija en aplicación de la regla del artículo 66.1.2ª, que determina la rebaja en un grado conforme a lo que ya hemos expuesto. No obstante, precisamos que la naturaleza de la amenaza y la condición especialmente vulnerable de la víctima Sr. Bernabe nos lleva a no imponer la pena en el mínimo de tres meses, que resulta de la rebaja en un grado.

Finalmente, en cuanto al delito leve de lesiones y en aplicación de la regla penológica del artículo 66.2, estimamos procedente imponer la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de dos euros. La pena se impone en el máximo por la naturaleza de los hechos y, en concreto, por la finalidad del acto lesivo y el uso de un cigarrillo para provocar una quemadura que, pese a la levedad en sí, provoca una quebra más sensible de la integridad dérmica.

La cuota mínima se justifica ya que las circunstancias personales del acusado permiten inferir que su situación económica es la propia de la indigencia o de la percepción de prestaciones no contributivas mínimas.

Responsabilidad civil. Sujetos responsables.

SÉPTIMO.- Los criminalmente responsables del delito vienen obligados a la indemnización de los daños y perjuicios causados a víctimas y perjudicados, conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

La responsabilidad civil ex delicto mantiene los fundamentos que le corresponden como tal y entre ellos los que se refieren a la determinación de los sujetos responsables. Y al respecto precisamos que los artículos 116 y siguientes del Código Penal conforman una regulación de los responsables civiles, con ocasión de la comisión del ilícito penal, que no difiere del sistema que diseña el artículo 1903 del Código Civil, conforme a la interpretación que la jurisprudencia civil ha hecho del mismo, y de la normativa reguladora de los seguros.

Las acusaciones han solicitado que sean considerados responsables civiles, además del acusado, Germanes Hospitalàries Hospital Sagrat Cor de Martorell y el Servei Català de la Salut, como responsables civiles subsidiarias, y las aseguradoras Sham, Societe Hospitaliere dAssurances Mutuelles y Segurcaixa Adeslas Seguros SA, como responsables civiles directas en virtud del aseguramiento.



La primera cuestión a resolver es si el Servei Català de la Salut, que opuso su falta de legitimación y renunció a su presencia en el juicio, tiene la condición de responsable civil subsidiaria. La respuesta ha de ser afirmativa. Como resulta de las pruebas, y es notorio en los órganos judiciales que resuelven sobre internamientos e incapacidades, el sistema público de salud en Cataluña, a cargo del Servei Català de la Salut, tiene determinados según el lugar de residencia del afectado por la enfermedad psíquica unos centros de referencia. En el caso del acusado, tras su excarcelación por el cumplimiento de la condena y debido a que su último domicilio había estado en Manresa, se le internó en el Hospital Sagrat Cor de Martorell.

Es decir, el centro de referencia era este hospital y lo era por la propia decisión del ente administrativo público de salud. En consecuencia, su legitimación no puede ponerse en cuestión. Asimismo, tampoco puede cuestionarse la legitimación del centro sanitario y, por extensión, de las dos aseguradoras, que serían responsables civiles directas en aplicación del artículo 117 del Código Penal.

Resuelta la cuestión de la legitimación es necesario determinar si, a partir de los hechos, las entidades indicadas deben o no responder civilmente por el daño causado por el acusado a las víctimas.

De la prueba practicada resulta la responsabilidad civil del Hospital Sagrat Cor de Martorell. Como se ha valorado no se adoptaron las medidas necesarias de control sobre la persona del acusado, que pudo eludir el cierre de su habitación y, aprovechando las horas de menor control, cometer los delitos por los que se le condena.

No negamos que este hospital no era el centro adecuado para tratar al acusado y que, precisamente como efecto del sistema de asistencia psiquiátrica fijado por el Servei Català de la Salut, el centro sanitario se vio obligado a aceptar su ingreso.

No obstante, esta circunstancia, desde las exigencias culpabilísticas de nuestro sistema de responsabilidad civil, no exonera de responsabilidad ni al establecimiento sanitario ni, por extensión, al resto de sujetos a los que hemos atribuido legitimación. El silogismo que establecemos es el siguiente: Las medidas no eran suficientes para conjurar el peligro que para los demás internos suponía la presencia del acusado. A esta inferencia llegamos tras valorar que al descubrirse los hechos se reforzaron esas medidas. Y al respecto no estimamos que la falta inicial de medidas más efectivas pueda justificarse en la improcedencia de que éstas fueran más estrictas para no vulnerar los derechos del acusado. La naturaleza del trastorno psíquico del acusado exigía la adopción desde el momento inicial de las medidas más estrictas de control.

También valoramos que el acusado manipuló la cerradura sin que fuera advertida su acción y que pudo esquivar el cumplimiento del tratamiento farmacológico que se le había prescrito.

Es decir, se cumplen sin duda las exigencias de la culpa in vigilando, uno de los fundamentos de la responsabilidad civil por los actos de tercero y, en consecuencia y en los términos expuestos, afirmamos la condición de responsables civiles de las cuatro entidades cuya condena solicitan las acusaciones.

Responsabilidad civil. Cuantificación.

OCTAVO.- La jurisprudencia señala que únicamente aquéllos menoscabos que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse y a cuyo resarcimiento queda obligado el autor responsable del delito. En idéntico sentido, también ha manifestado que la acción civil ex delicto no pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal, estando sometida a los principios de rogación, dispositivo, congruencia y de carga de la prueba propios de la jurisdicción civil. El perjudicado y la víctima, si son distintos, tienen la carga de probar el importe de los daños y perjuicios que reclama.

En el caso que nos ocupa el Ministerio Fiscal cuantifica la responsabilidad civil en 60.000 euros a favor de José y en 50.000 euros a favor de Bernabe . Por su parte, la acusación particular solicita a favor de Bernabe la cantidad de 120.000 euros por los delitos contra la indemnidad sexual y la cantidad de 8.500 euros por el delito de amenazas.

Aparte de la lesión dérmica sufrida por José , las indemnizaciones que se piden son en concepto del agravamiento de los trastornos psíquicos y, en íntima conexión, por el daño moral causado.

No consta una valoración analógica conforme al baremo del seguro de automóviles y, en cuanto a la conceptualización del daño moral, la misma es una cuestión compleja y esa complejidad ha dado lugar a una formulación negativa de lo que debe entenderse por tal. Así se estima que éste viene constituido por todo aquel daño que no sea patrimonial; es decir, se trataría del daño o perjuicio que experimenta una persona que no puede cuantificarse con referencia a un valor de mercado. En esta línea, la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012, recuerda que " *el concepto de éste (el daño moral) es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se*



ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidación e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "pretium doloris". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial".

En este caso tenemos que precisar que las víctimas han sufrido un daño entendido como "pretium doloris", como daño principalmente moral y en menor medida físico, aunque sí psíquico que debemos dar como probado a partir del agravamiento de la enfermedad mental que ya padecían. En este contexto inferimos que el resarcimiento de las mínimas lesiones físicas y las no cuantificadas afectaciones psíquicas se obtendrá mediante la indemnización del daño moral.

Las aseguradoras han planteado la desproporción de las indemnizaciones reclamadas por las acusaciones con referencia a las que se suelen conceder cuando se trata de estos delitos.

Como hemos expuesto, la cuestión del daño moral es compleja ya que no hay parámetros de naturaleza estrictamente objetivos para su cuantificación. Y al respecto, y pese a las dificultades, no podemos hacer abstracción del principio de indemnidad total que rige cuando de la responsabilidad civil se trata. Dicho principio, a título de ejemplo, se aplica en el sistema del baremo de los accidentes de circulación, en el artículo 33 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, como criterio corrector cuando las cuantías del baremo no reparan íntegramente el daño.

Las circunstancias personales de las víctimas y las de los hechos en sí considerados justifican que la indemnización sea elevada. José y Bernabe son personas muy vulnerables y, además, la agresión se produjo en un medio, el hospital psiquiátrico en el que estaban siendo atendidos, en el que tenían que sentirse seguros y protegidos. Por el contrario, la agresión vino de un interno que no estaba debidamente controlado y que además atacó la indemnidad sexual de aquellos de forma especialmente vejatoria. En el caso de José llegó a eyacular tras la felación acción que sin duda provocó ese asco referido por la víctima. En cuanto a Bernabe, ejecutó una doble agresión ya que tras la felación le penetró analmente sin solución de continuidad. Y en ambos casos el acusado de palabra y obra intimidó a las víctimas para evitar que explicaran lo sucedido.

Tenemos que valorar asimismo que las circunstancias de los hechos, sin duda, justifican un agravamiento de unas patologías per se graves. Y esta gravedad se infiere sin esfuerzo de un hecho acreditado. José y Bernabe son personas jóvenes que estaban ingresados en una sección del hospital, la RH1, de larga estancia y para pacientes con trastornos psíquicos de entidad, como han referido los trabajadores. Cuando personas jóvenes han de estar ingresadas por un largo periodo de tiempo es porque su enfermedad mental es grave y el tratamiento ambulatorio es insuficiente.

La ponderación de estas circunstancias nos lleva a considerar adecuada una indemnización de 60.000 euros a favor de cada uno de los acusados. Y al respecto no está de más precisar que en el sistema de baremo de los accidentes de circulación la agravación de las enfermedades mentales, sin entrar a aplicar factores de corrección, puede llegar a valorarse hasta en 25 o en 10 puntos. Es decir, la aplicación del sistema de forma analógica en este caso podría haber dado lugar a indemnizaciones análogas o, incluso, superiores.

Este importe producirá el interés legal del dinero aumentado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia y hasta su completo pago conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Costas.

NOVENO.- En cuanto a las costas de esta instancia, conforme al artículo 123 del Código Penal y sus concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponerlas al acusado y han de incluirse las de la acusación particular.

Aunque no se ha estimado la pretensión acusatoria de la acusación particular en su integridad, estaba justificado no dejar la pretensión punitiva exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal dada la condición de incapaz de la víctima. La personación como acusación particular ha garantizado una mayor protección y tal circunstancia debe llevar aparejada la condena en costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

CONDENAMOS a Pedro Antonio como responsable criminalmente en concepto de autor de dos delitos continuados de agresión sexual, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad



criminal agravante de reincidencia y eximente incompleta de alteración psíquica, a sendas penas de once años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

CONDENAMOS a Pedro Antonio , como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de amenazas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de alteración psíquica, a la pena de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El máximo de cumplimiento de las penas de prisión impuestas será de veinte años.

CONDENAMOS a Pedro Antonio , como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito leve de lesiones a la pena de tres meses de multa con una cuota de dos euros, lo que hace un total de 180 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no pagadas.

ACORDAMOS la medida de prohibición de acercamiento a una distancia inferior a mil metros a las personas de José y Bernabe , con prohibición de comunicación con ella por cualquier medio oral, escrito o telemático, durante cinco años, que se aplicará tras el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

ACORDAMOS la medida de libertad vigilada durante ocho años, a cumplir tras la ejecución de la pena privativa de libertad, cuyo contenido se determinará una vez cumplida las penas privativas de libertad.

CONDENAMOS a Pedro Antonio a indemnizar a José y a Bernabe en la cantidad de 60.000 euros para cada uno de ellos, que la recibirán a través de su representación legal.

Se declaran la responsabilidad civil directa de las aseguradoras Sham, Societe Hospitaliere dAssurances Mutuelles y Segurcaixa Adeslas Seguros SA, que responderán en un 80% la primera (48.000 euros) y en un 20% la segunda (12.000 euros), importes que se fijan a favor de José y Bernabe .

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Germanes Hospitalàries Hospital Sagrat Cor de Martorell y Servei Català de la Salut.

Las cantidades de la condena en concepto de responsabilidad civil producirán el interés legal del dinero aumentado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia y hasta su completo pago.

Las costas procesales se imponen al acusado incluyendo las de la acusación particular.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra esta sentencia puede interponerse recurso de apelación en el plazo de diez días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al Rollo, lo acordamos y firmamos la Sra. Magistrada y los Sres. Magistrados de la Sala.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por el magistrado ponente que la ha dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes; doy fe.