

Roj: **STS 191/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:191**Id Cendoj: **28079120012017100058**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/01/2017**Nº de Recurso: **10143/2016**Nº de Resolución: **23/2017**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SS 1004/2015,**
STS 191/2017

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil diecisiete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Abelardo** contra sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito de abusos sexuales, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, estando el acusado recurrente representado por la Procuradora D^a M^a Carmen García Martín, y como recurridas Verónica , representada por la Procuradora D^a Paloma Rubio Peláez y Delia , representada por el Procurador D. Juan Luis Senso Gómez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 1 de Irún, instruyó Sumario con el num. 999/2013, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, Sección Primera, que con 30 de diciembre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS : " PRIMERO.- En febrero de 2007 la acusada Verónica se trasladó desde Colombia, de la que es originaria, a España. Posteriormente, en octubre del mismo año, vino a España el acusado, también colombiano, Abelardo , residiendo ambos en la vivienda ocupada por la madre de Abelardo . En el año 2008 Verónica y Abelardo se trasladaron a vivir al domicilio sito en la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 del término municipal de DIRECCION000 . En abril de 2009 vino a España la hija de Verónica , Delia , nacida el día NUM002 de 1998, residiendo en la referida vivienda de la CALLE000 con su madre, Abelardo y un hijo recién nacido de su madre y Abelardo , llamado Juan Pablo .

SEGUNDO .- Iniciada la convivencia familiar, nada más cumplir Delia los once años, en los momentos en los que Verónica no estaba en casa, preferentemente el fin de semana, Abelardo , en múltiples ocasiones, utilizando en provecho propio su condición de padrastro, cogió a Delia del brazo y la introdujo en el dormitorio de la pareja, donde, agarrando de las muñecas a Delia y, de esta forma, neutralizando el intento de desasirse de la menor, la penetró vaginalmente. Las penetraciones vaginales de Delia se repitieron periódicamente, si bien, en un momento dado, la menor dejó de ofrecer oposición física, ante el temor de sufrir males físicos



adicionales. En este período de sometimiento de Delia en el domicilio familiar, en fecha no determinada de los años 2011 y 2012, Abelardo , sin conocimiento de Delia , y empleando una cámara oculta con forma de bolígrafo, grabó en tres ocasiones la imagen y el sonido de las relaciones sexuales con penetración vaginal que mantuvo con Delia . Posteriormente, cuando Delia le trasladó que quería poner fin al estado de sometimiento sexual que vivía, Abelardo le comunicó que la había grabado manteniendo relaciones sexuales con él, indicándole que, en el caso de que ella se negase a seguir manteniendo las interacciones sexuales, descargaría las imágenes en internet para el conocimiento público, incluido el de los amigos y amigas de la menor. Para demostrar la seriedad de lo referido, enseñó a Delia , en la televisión del domicilio, una de las filmaciones que había realizado. Delia , ante el temor de que Abelardo materializada lo anunciado, siguió manteniendo relaciones sexuales con su padrastro, incluso cuando, tras la separación de Abelardo y su madre, el primero se trasladó a vivir a la CALLE001 , NUM003 , de la localidad de DIRECCION000 . Para tal fin, Abelardo aprovechaba las visitas que Delia realizaba a su nuevo domicilio para llevar a su hermano pequeño con su padre. La última relación sexual tuvo lugar en abril de 2013.

TERCERO .- Abelardo nunca utilizó preservativo, quedando Delia , por alguna de las penetraciones vaginales padecida, embarazada, dando a luz un niño el día NUM006 de 2013. Para el cuidado y crianza de este niño Delia cuanta con el apoyo y ayuda de su madre.

CUARTO .- A consecuencia del estado de dominación sexual padecido, Delia sufrió una afectación psicológica con sentimientos de culpa y síntomas depresivos de tristeza, ideas de suicidio durante el embarazo, detectándose pseudomadurez, parantelalización y sentimientos ambivalentes hacia Abelardo . Para la curación de estos menoscabos psicológicos Delia ha precisado un tratamiento psicológico en el Centro de Intervención Familiar y Comunitaria IZAN.

QUINTO .- En septiembre de 2010 Verónica , a partir del comentario de un primo un desnudo que Abelardo había presenciado de Delia , sospechó que su pareja tuviera alguna inclinación sexual hacia su hija. Por ello, se separó físicamente de él, si bien, a los días retomó la convivencia, una vez Abelardo se comprometió a no estar a solas con Delia .

SEGUNDO- La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLAMOS: "PRIMERO .- Condenamos a D. Abelardo como autor de un delito continuado de agresión sexual sobre menor de trece años en la modalidad agravada de prevalimiento de una relación de superioridad descrito en los artículos 74 , **183**.1.2.3 y 4 d) CP (en redacción conferida por la LO 5/2010) a las siguientes consecuencias punitivas:

- La pena de quince años de prisión e inhabilitación absoluta.
- La pena de dieciséis años de prohibición de aproximarse a Delia a una distancia inferior a 500 metros, cualquiera que sea en lugar en el que se encuentre, así como la interdicción de acercarse a una distancia inferior a 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo, cualquiera que sea frecuentado por ella así como, por el mismo plazo, prohibición de comunicarse, de forma escrita, verbal o visual, con Delia por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático.
- La medida de libertad vigilada de diez años.

SEGUNDO.- Condenamos a D. Abelardo como autor de un delito de elaboración de material pornográfico con menor siendo su guardador de hecho, previsto en los artículos 74 , 189.1 a) y 3 f) CP en concurso de leyes con un delito contra la intimidad descrito en los artículos 197.1 y 6 CP (en ambos casos en redacción conferida por la LO 5/2010), a las siguientes consecuencias punitivas:

- La pena de siete años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena.
- La pena de ocho años y seis meses de prohibición de aproximarse a Delia a una distancia inferior a 500 metros, cualquiera que sea en lugar en el que se encuentre, así como la interdicción de acercarse a una distancia inferior a 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo que cualquiera que sea frecuentado por ella así como, por el mismo plazo, prohibición de comunicarse, de forma escrita, verbal o visual, con Delia por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático.
- La medida de libertad vigilada de ocho años".

TERCERO .- Las medidas de libertad vigilada se cumplirán una vez se cumplan las penas de prisión en los términos previstos en el artículo 106.2 CP .



CUARTO.- En concepto de reparación del daño, D. Abelardo abonará a Delia en concepto de indemnización por daños morales la cantidad de 100.000 euros, cantidad que devengará, desde la fecha de esta resolución el interés previsto en el artículo 576.1 LEC .

QUINTO .- Abónese en el cumplimiento de las penas de prisión impuestas en esta sentencia la duración de la medida cautelar de prisión provisional.

SEXTO .- Se absuelve a Verónica del delito de omisión de evitar el mantenimiento en estado de corrupción de Delia , descrito en el artículo 189.5 CP .

SÉPTIMO.- Se imponen al condenado las 2/4 de las costas procesales, incluidas las devengadas por la acusación particular, declarando de oficio las 2/4 restantes.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por la representación del recurrente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por infracción del art. 24.1 y 24.2 de la Constitución Española , principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim ., por vulneración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, y a utilizar los medio de prueba pertinentes para su defensa. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida de los artículos 74 , 183.1.2.3 y 4d) conforme a la redacción conferida por la L.O. 5/2010 y del art. 189.1 a) y 3 f) del Código Penal . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim ., por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demostraban la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos de prueba. QUINTO: Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º de la L.E.Crim . por haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes se haya denegado.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el diecisiete de enero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián, con fecha 30 de diciembre de 2015 , condena al recurrente como autor de un delito continuado de agresión sexual sobre un menor de 13 años a la pena de quince años de prisión, y como autor de otro delito continuado de pornografía infantil, a la pena de siete años y seis meses de prisión. Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en cinco motivos por vulneraciones constitucionales, quebrantamiento de forma, error de hecho e infracción de ley.

SEGUNDO .- El primer motivo de recurso, al amparo del art 852 Lecrim , por presunción de inocencia, alega vulneración de este derecho constitucional por no existir prueba suficiente que acredite la existencia de relaciones sexuales con la menor antes de cumplir los trece años. Argumenta el recurrente que de este dato solo existe como prueba el testimonio de la menor, y que este testimonio responde a motivos espurios, consistentes, por un lado, en el enfado de la madre de la menor al conocer las relaciones sexuales consentidas entre su propia pareja y su hija, y por otro en el interés de la madre por protegerla ante la comunidad latina del conocimiento público de su embarazo, denunciando que fue un embarazo forzado. Insiste asimismo la parte recurrente en referirse a las contradicciones en las que ha incurrido la menor, y trata además de descalificar la prueba pericial practicada.

El motivo carece de fundamento. La Sala sentenciadora justifica con acierto su propia valoración probatoria de la declaración de la víctima; declaración que, como es doctrina reiterada de esta Sala, constituye una prueba de cargo hábil para desvirtuar por sí misma la presunción constitucional de inocencia.

"Al respecto, el Tribunal atribuye fiabilidad al relato ofrecido por la menor Delia para conferir sostén probatorio a la hipótesis de las acusaciones. Y ello por las siguientes razones.

La primera, porque su formulación no viene alimentada por una voluntad de perjudicar al acusado. Así, la denuncia de lo ocurrido vino motivada por un hecho que hacía inevitable extraer del ámbito del secreto las relaciones sexuales mantenidas por Delia : su estado de embarazo. Es más, cuando tal estado era palpable, pues



así lo atestiguó una médica (folios 128 y 313), la primera opción de Delia no fue identificar a Abelardo como progenitor sino trasladar a su madre y a su tía que era "un chico" con el que había mantenido una relación sexual esporádica. Fue, tras la insistencia de ambas, que no creyeron a la menor sobre este extremo, quizás porque, como luego se analizará, ya habían llegado a la madre sospechas de la inclinación sexual de su pareja hacia la menor, cuando Delia desveló que las relaciones sexuales que provocaron el embarazo las había mantenido con Abelardo, pareja de la madre. Y es indiscutible que la genética forense ha permitido acreditar de forma inequívoca que el padre del niño gestado es el acusado (informe médico forense de 7 de abril de 2015, folios 75 y ss. del rollo del Tribunal). Por lo tanto, el contexto en el que se produce la denuncia de agresión sexual -tras un embarazo- y la actitud renuente de Delia a desvelar quién era la persona con la que había mantenido la interacción sexual que había conducido a la gestación, justifican concluir que la denuncia no vino animada por una voluntad de estigmatizar y culpabilizar al acusado.

La persistencia en la incriminación, por otra parte, se constata con el análisis de la denuncia y las dos declaraciones efectuadas por Delia (en la instrucción y en el juicio). En todas ellas describe cómo su padrastro, Abelardo, comenzó, cuando ella vino a España, y recién cumplidos los once años, con tocamientos de su zona vaginal para, sin solución de continuidad, transitar a las penetraciones vaginales. Tanto los tocamientos como las primeras penetraciones tuvieron lugar en la habitación que la madre de Delia y Abelardo ocupaban en la vivienda en la que también residían Delia y Juan Pablo, hijo de la madre de Delia y de Abelardo. Para alcanzar las mismas Abelardo empleó la fuerza física -sujetar a Delia y agarrarle de las muñecas-, se prevaleció de su posición preeminente respecto a Delia -ejercía de padre respecto a ella- y, también, utilizó en su beneficio la soledad de Delia -ejecutó las acciones cuando no estaba su pareja, madre de Delia, preferentemente, los fines de semana, cuando ésta última trabajaba-. Delia narra que Abelardo intensificó la fuerza cuando percibió la resistencia física que ella mostraba, trasladándole de forma nítida que la oposición activa no iba a disuadirle a él de su propósito sexual. De ahí que, para evitar males adicionales, ella claudicara y se sometiera a él. Termina relatando que cuando Abelardo percibió que la situación para Delia era insostenible y que, debido a ello, ella estaba próxima a poner fin a tan patógena situación, el acusado utilizó un último recurso: anunciarle que había grabado las relaciones sexuales y que, en el caso de que pusiese fin a las mismas, estaba dispuesto a descargar las imágenes en Internet para que las mismas fueran percibidas por cualquiera. Finalmente sostiene que las penetraciones vaginales, además de en el domicilio familiar, tuvieron lugar, a partir de diciembre de 2012, cuando se separan su madre y el acusado, en el domicilio de Abelardo, al que ella acudía en compañía de su hermano Juan Pablo, para que el acusado se comunicase con su hijo. En estos casos, indica Delia, el acusado le indicaba que dejase a Juan Pablo bañándose en el cuarto de baño, actividad que gustaba mucho a Juan Pablo, mientras ella se introducía en el cuarto para mantener las relaciones sexuales.

Este relato, que está presente desde su denuncia, tiene tres elementos contextuales y uno estructural que, a modo de corroboración periférica, ratifican su fiabilidad.

El primer elemento contextual: veinte días más tarde de la denuncia, un compañero de trabajo de Abelardo, el testigo D. David, descubre, cuando está limpiando el extractor de la cocina del establecimiento comercial en el que ambos, acusado y testigo, trabajaban, un dispositivo USB, con forma de bolígrafo, que se encuentra pegado con un film transparente en un hueco del interior de la campana extractora. Este dispositivo, que está entre los efectos intervenidos y cuya reproducción gráfica se encuentra en el folio 274 de la causa, es descrito por el agente policial NUM... como una grabadora espía. Y ello porque su apariencia -la de bolígrafo- encubre su realidad -es una cámara de grabación-. Y la citada cámara contiene, entre otros, tres archivos video gráficos, en los que puede comprobarse cómo Abelardo, cuando Delia se encuentra fuera de la habitación en el baño, en compañía de su hermano Juan Pablo. (incluso cantando con él), coloca el dispositivo de grabación para, a continuación, una vez entra Delia en el cuarto, y de una manera que refleja que existe un código implícito derivado de experiencias similares previas entre ambos, Abelardo realiza sobre ella, mirando en ocasiones al lugar donde ha colocado el dispositivo de grabación, plurales actos sexuales que culminan con la penetración. En todas las secuencias se percibe que Delia desconoce que está siendo grabada. El descubrimiento de este dispositivo veinticinco días después de la denuncia refleja la fiabilidad de lo explicitado por Delia en extremos tan relevantes como: la existencia de relaciones sexuales previas a las grabadas; el desconocimiento de que estuviese siendo grabada cuando se producían las interacciones sexuales y la existencia de una grabación de las relaciones sexuales con la que Abelardo le presionaba para seguir manteniendo las mismas. A estos efectos, la explicación que confiere Abelardo a la grabación que hizo de las relaciones sexuales no parece verosímil. Si su finalidad, tal y como indicó, era tener una fuente de prueba para el caso de que se le denunciase por violación, producida esta denuncia no se entiende porqué, de una forma inmediata, no aportó las referidas grabaciones para desacreditar la denuncia o trasladó, con la misma rapidez, dónde se encontraba depositado el dispositivo de grabación. Lejos de ello, mantuvo silencio al respecto y fue, finalmente, el encuentro causal por un tercero del dispositivo en un lugar que le llamó la atención, por lo insólito de su ubicación, y la vinculación que el responsable del establecimiento hizo de lo descubierto con la detención, días atrás, de uno de sus empleados, Abelardo, lo



que llevó a que fuera entregado de forma inmediata a la policía y, de esta manera, pudiera conocerse su sórdido contenido.

El segundo elemento contextual: los tres dictámenes periciales emitidos en el proceso concluyen que el relato de Abelardo es válido y fiable, sin que, a partir de las técnicas empleadas, se detecten fabulaciones o contaminaciones por inducción. Se trata, por lo tanto, de un testimonio proveniente de una fuente de prueba creíble, en la medida que ofrece un relato compatible con una narración real. La Defensa considera que estos informes periciales son ineficaces, dado que, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 459 Lecrim, únicamente fueron confeccionados por un perito, el Sr. Jesús Ángel, limitándose el segundo perito, la Sra. Joaquina, a ratificar lo aseverado por el primero, sin llevar a cabo un nuevo reconocimiento de la menor Delia. Estos argumentos se desestiman por las siguientes razones: pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase ya la STS 571/2008, de 25 de septiembre) ha admitido la validez del dictamen pericial emitido por único perito cuando el mismo forma parte de un Centro público u oficial dado que, en tal caso, el perito representa al Centro en cuestión. La ratificación por el segundo perito es válida cuando, como es el caso, estima que son correctas las premisas, la metodología y las inferencias contenidas en el dictamen que hace suyo, sin que sea preciso, para suscribir el dictamen, que tenga que efectuar todas y cada una de las técnicas que lo integran. Es más, tratándose de menores, como es el caso, lo obligado es, precisamente, evitar un nuevo reconocimiento y entrevista de la menor cuando tal labor es innecesaria para calibrar la validez del dictamen efectuado, todo ello para evitar la victimización secundaria de quien es especialmente vulnerable (así artículo 21 d) de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y STS 652/2015, de 3 de noviembre). Y no debe perderse de vista que la entrevista que forma parte integrante de los antecedentes precisos para confeccionar el dictamen se encuentra grabada, lo que permite al segundo perito acceder a su contenido y verificar la corrección de la técnica empleada para plasmar el relato cuya credibilidad se examina.

El tercer elemento contextual: también ofrecido por los dictámenes de los psicólogos forenses respecto a la afectación psicológica que presentaba la menor Delia. En los mismos se describen todos los elementos que dibujan un estrés postraumático: malestar emocional profundo (tristeza, ideas de suicidio, bajo autoestima, sensación de haber sido ultrajada), culpabilización por lo ocurrido y ambivalencia afectiva hacia el causante (rechazo y evitación, junto a preocupación por él). Es decir, Delia presentaba todos los elementos que la ciencia psicológica describe como efectos de un desmoronamiento de las estrategias de afrontamiento utilizadas para integrar psíquicamente una experiencia traumática.

El cuarto es un elemento estructural: la relación entre Abelardo y la menor Delia es claramente asimétrica atendiendo a: la edad de uno y otro cuando se inicia la interacción sexual -31 años él, 11 años ella-; la experiencia en el plano sexual de uno y otro -plena, en él, nula, en ella-; y el ascendiente educativo de uno sobre otro -él ejerce, respecto a ella, la función de padre y ella, por lo tanto, está sujeta a la orientación educativa que proviene de él-. La asimetría relacional casa con nitidez con el decurso narrativo ofrecido por la menor Delia en el que el dominio de la situación le corresponde a Abelardo quien, desde el primer momento, exterioriza cuál es su finalidad -obtener placer sexual de la menor- y deja cumplida cuenta de su voluntad de emplear elementos físicos de imposición cuando la menor se opone a sus designios -la desplaza cogiéndola con fuerza de los brazos hacia la habitación y, dentro de la misma, cuando la menor trata de salir del habitáculo en el que ha quedado confinada, se lo impide sujetándola-. Tal deletéreo mensaje que proviene de quien educa, que está dirigido a quien transita por la niñez y que se produce en el espacio diseñado para construir el círculo de seguridad afectiva, es lógico que produzca el efecto relatado por la menor Delia: la sumisión alimentada por la desesperanza y guiada por un instinto de evitar males aún mayores. De ahí que resulte inherente a la situación creada por el dominio inicial que exista un período de tiempo en el que se sucedan las penetraciones sexuales sin oposición -en una entrega de quien está sometida al poder de la violencia latente- hasta que, en un momento de agotamiento emocional cifrado en la expresión "ya no aguanto más", emerge de forma activa una voluntad de abandono del círculo infernal, que siempre estuvo presente. Entonces, surge la presión psíquica derivada de un elemento desconocido hasta ese momento por Delia: la grabación de alguna de las relaciones sexuales por parte de Abelardo. El anuncio de trasladar a terceros indeterminados, mediante su descarga en Internet, las imágenes sexuales, viene acompañado de un elemento elocuente: la exhibición a la menor en una televisión de las imágenes de uno de los archivos grabados. Y toda esta estrategia de dominación sexual casa armónicamente con la asimétrica relación existente entre Abelardo y la menor Delia así como con la perversa grabación por el primero, sin conocimiento alguno de la segunda, de algunas de las relaciones sexuales impuestas. Y lo que es inasumible, por lo menos para este Tribunal, desde una ponderación lógica y de experiencia general de los datos informativos aportados, es que se pretenda mantener que las relaciones sexuales iniciadas y mantenidas por Abelardo, entre los 31 y los 35 años, y Delia, entre los once y los catorce años, ejerciendo el primero de padre de la segunda, fueron la plasmación de la iniciativa y la libertad sexual de la segunda. Y ello no porque en términos normativos la mentada libertad sexual de la menor Delia no era potencialmente posible hasta los trece años, lo que, en sí mismo hace inviable el planteamiento del acusado, sino porque, vuelve a insistirse, la intensa asimetría de la relación



existente entre Abelardo y la menor Delia , y el dato elocuente de las grabación de algunas de las relaciones sexuales por Abelardo confiere plena credibilidad al escenario de dominación sexual narrado por la menor, de cuya credibilidad no dudan los psicólogos expertos en Psicología del Testimonio que dictaminaron en el juicio.

Lo que no puede conocerse, a partir de la prueba practicada, es si las grabaciones tienen lugar antes o después de que Delia cumpla los trece años (los cumplió el día de 2011). A estos efectos debe tenerse en cuenta que las relaciones sexuales con penetración vaginal se iniciaron en junio-julio 2009 y culminaron en abril de 2013; que Delia no sabía que Abelardo grabó determinadas relaciones sexuales, razón por la cual no puede aportar información sobre la fecha de las mismas, indicando, únicamente, que su utilización por Abelardo como elemento de compulsión tuvo lugar una vez cumplidos los trece años, cuando ella trasladó, tras la fase de sometimiento, que no estaba dispuesta a seguir siendo instrumentalizada sexualmente; que las fotografías facilitadas por Verónica para poner de manifiesto que las grabaciones tuvieron lugar en la vivienda CALLE000 , dado que contienen estancias de este último domicilio (folios 540 a 542), únicamente denotan que tuvieron que realizarse entre junio-julio de 2009 y diciembre de 2012 -fecha de la separación de la madre de Verónica y Abelardo - lo que abarca tramos temporales anteriores y posteriores al cumplimiento de trece años por Delia y, finalmente, que el agente de la Ertzaintza núm... , que examinó el dispositivo de grabación, indicó que no era posible conocer la fecha de captación de las imágenes dado que el dispositivo en cuestión precisa, para conocer la fecha real de grabación, que se cree un archivo de texto y se inserte en el sistema, labor que Abelardo no realizó. Lo máximo que puede inferirse, a partir del desarrollo físico de Delia que se observa en las grabaciones realizadas, es que cuando se captaron debía estar, en la mejor de las hipótesis para las acusaciones, muy próxima a cumplir los trece años, lo que denota que las grabaciones se produjeron entre los años 2011 - anualidad de cumplimiento de los trece años de María Cristina - y 2012 -año en el que se produjo la separación de Verónica y Abelardo -. Pero, sabido es que la duda probatoria fundada sobre un extremo constitutivo de la imputación - en este caso, la acusación agravada- debe ser solventada siempre en términos favorables al acusado, atendida la vigencia del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Las sospechas de la dominación sexual de Delia llegaron también a su madre quien, en septiembre de 2010, fruto de las mismas, por un comentario de su sobrino de que Abelardo había visto desnuda a Delia , se separa del acusado para retornar días después, tras adoptar como medida de neutralización de la sospecha que nunca estuvieran solos Abelardo y la menor Delia . La separación definitiva se produjo en diciembre de 2012.

TERCERO .- Esta larga cita se trae a colación por la triple razón de que tiene la virtualidad de poner al mismo tiempo de relieve lo realmente ocurrido, la acertada argumentación del Tribunal para desvirtuar las alegaciones de la parte recurrente y el hecho de que las alegaciones realizadas en este motivo casacional por dicha parte recurrente son las mismas que ya expuso en la instancia. Alegaciones que aparecen perfectamente desvirtuadas en la sentencia impugnada. Resulta innecesario y redundante que se reiteren por este Tribunal como argumentación para la desestimación del recurso, los mismos argumentos claramente expuestos por la sentencia de instancia, a la cual nos remitimos.

El motivo carece, por tanto, del menor fundamento. Esta Sala ha declarado reiteradamente que la declaración de la víctima constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. En el caso actual, esta declaración no es prueba única de los abusos sexuales del recurrente, pues el embarazo de la niña unido a las pruebas genéticas practicadas, los videos grabados por el acusado y sus propias declaraciones, constituyen pruebas adicionales e independientes que acreditan de forma indubitada que se produjeron de forma reiterada relaciones sexuales completas entre el acusado y la hija preadolescente de su pareja estable. La prueba de que estos abusos comenzaron antes de que ésta cumpliera los trece años se integra, eso sí, por las declaraciones de la víctima, pero estas declaraciones son plenamente fiables por las razones que expone detalladamente la Sala de Instancia, especificando que los abusos comenzaron poco después de que la declarante llegase a España, cuando solo tenía once años de edad. Las grabaciones videográficas ratifican, por la naturalidad con la que la menor asumía las relaciones sexuales, que éstas eran prolongadas en el tiempo, y tenían una relevante antigüedad. Las pruebas periciales ratifican la credibilidad del testimonio de la menor. El propio Tribunal sentenciador aprecia su persistencia y verosimilitud. En definitiva, la declaración de la víctima, ratificada en cuanto a la existencia de los abusos por una prueba abrumadora, constituye prueba de cargo suficiente en lo que se refiere al momento en que los abusos se iniciaron.

Procede, por todo ello, la desestimación del primer motivo del recurso interpuesto.

CUARTO .- El segundo motivo de recurso, alega vulneración del derecho público a un juicio sin dilaciones indebidas.

El motivo carece del menor fundamento. Como destaca con acierto el Ministerio Público, el acusado no realizó ninguna denuncia sobre esta cuestión en el acto del juicio, lo que debería descartar el análisis de esta cuestión absolutamente novedosa en esta alzada. Pero es que difícilmente podría haberlo hecho, pues el procedimiento



se inició a mediados de 2013 y el juicio oral se celebró en 2015, en solo dos años, sin que conste que se haya producido paralización alguna, por lo que no es apreciable dilación alguna y la duración fue razonable.

Se plantea también en este motivo la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, alegando que el Tribunal denegó una prueba pericial psicológica solicitada por la defensa, cuestión que se reproduce en el motivo quinto por quebrantamiento de forma, por lo que la analizaremos en su momento.

QUINTO .- El tercer motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega, en primer lugar, aplicación indebida de los arts. 74 , **183** 1.2. 3 y 4 d) CP , conforme a la redacción de los mismos derivada de la reforma operada por la LO 5/2010. Y, en segundo lugar, vulneración del art 189 1 a) y 3 f) CP, en relación con el 74 del mismo texto legal .

En primer lugar, y por lo que se refiere al delito continuado de agresión sexual, la parte recurrente alega que no existe prueba de cargo de que las relaciones sexuales se iniciaran antes de que la menor cumpliera los trece años y que las relaciones posteriores fueron consentidas. Estas alegaciones no tienen encaje en el motivo casacional invocado, por infracción de ley, dado que un motivo de esta clase exige para su planteamiento el respeto absoluto del relato fáctico.

Cuestiona también el recurrente, partiendo del relato fáctico, la aplicación del delito continuado, y la pena impuesta.

Esta impugnación debe necesariamente ser desestimada pues la conducta agresiva del acusado se prolongó durante varios años (casi cuatro), con múltiples acciones agresivas que justifican la aplicación del delito continuado (art 74 CP). Pues bien, tomando exclusivamente en cuenta las agresiones sexuales realizadas en el último período, entre el 31 de mayo de 2011 y el mes de abril de 2013, cuando la menor tenía ya 13 y 14 años de edad, y actuaba bajo la intimidación provocada por la amenaza del recurrente de utilizar públicamente los videos previamente grabados de sus relaciones anteriores, la pena prevenida por el art 180 1 , 3 º y 4º CP , para estas conductas, es decir para múltiples accesos carnales por vía vaginal utilizando intimidación sobre una víctima especialmente vulnerable, de trece años recién cumplidos, prevaleciendo además el acusado de una relación de superioridad, se extiende de los doce a los quince años de prisión. En consecuencia, aun cuando se tomase en consideración exclusivamente este último grupo de conductas, la pena impuesta se encuentra plenamente justificada.

Como ha establecido esta misma Sala en la STS 480/2016, de 2 de junio , **la amenaza de difusión de vídeos o fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas, para que acceda a continuar los contactos sexuales, y permita el acceso carnal, puede calificarse de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, por lo que constituye intimidación.** En consecuencia, las actuaciones realizadas cuando la víctima alcanzó los trece años, con la intimidación de desvelar los videos grabados sin conocimiento de la menor conteniendo las relaciones sexuales entre el acusado y su víctima, constituyen delitos de agresión sexual, y no de simple abuso.

SEXTO .- A este grupo de conductas han de añadirse las realizadas con anterioridad entre el 24 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, y el 31 de mayo de 2011, cuando la menor cumplió 13 años, que se encontraban sancionadas por el art **183** 2 º, 3 º y 4 º d), con la pena 13 años y seis meses a quince años de prisión.

Y, asimismo, las conductas anteriores, desde los primeros abusos violentos, en junio y julio de 2009, hasta el 23 de diciembre de 2010, que estarían sancionadas conforme a la reforma de la LO 15/2003, de 26 de noviembre, a través de los arts. 178 , 179 , y 180 1 º, 2 º y 4 º , con pena de doce a quince años de prisión.

En consecuencia, sancionando todo el comportamiento sexualmente agresivo incluido en estas tres fases, y que se prolongó casi cuatro años, como un único delito continuado, la pena impuesta de quince años de prisión es plenamente conforme a derecho.

SÉPTIMO .- La segunda parte de este motivo cuestiona la aplicación del delito continuado en la elaboración de material pornográfico, sancionada en el art 189 1 a) y 3 f) CP .

El motivo debe ser estimado en este aspecto, pues la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS núm. 244/2015, de 25 de marzo y STS 480/2016, de 2 de junio , entre otras) señala que el tipo penal del art. 189 CP refiere el objeto de la conducta típica a la elaboración, producción, distribución etc. de " **material** " pornográfico, expresión que da idea de una pluralidad de componentes que son los que integran este **material** . En consecuencia, la utilización de una menor de edad para la confección de varios videos que graban las relaciones mantenidas con la misma no constituye un delito continuado de pornografía infantil del art 189, sino un delito único, con las agravaciones que procedan.



Por lo que se refiere a estas agravaciones la parte recurrente cuestiona que se le haya aplicado la prevenida en el párrafo f) del num.3º del art 189 CP , que agrava la conducta enjuiciada cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz. Alegación que debe desestimarse pues del relato fáctico se deduce que el acusado "utilizó en provecho propio su condición de padrastro", lo que le constituye, cuando menos, en guardador de hecho de la menor, cuando se encontraba en su compañía.

También cuestiona el recurrente que se le haya condenado por el párrafo primero del art 189 CP por utilizar a menores de edad para la elaboración de material pornográfico, y no por el párrafo tercero, sancionado más benévolamente, como simple poseedor de material pornográfico para uso propio. Pero lo cierto es que en el relato consta que el acusado utilizó a la menor para grabar, sin su conocimiento, una serie de comportamientos sexuales, es decir que no se limitó a poseer para uso propio material pornográfico confeccionado por otros, sino que lo confeccionó por sí mismo, utilizando a la menor, y en consecuencia su conducta tiene encaje en el párrafo primero, que no exige la exhibición o distribución a terceros, ni la confección del material pornográfico con dicha finalidad.

OCTAVO .- El cuarto motivo, alega error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º de la Lecrim . Considera la parte recurrente que el Tribunal no valora adecuadamente la prueba documental video gráfica contenida en el pen-drive, pues en los videos puede comprobarse como la menor accede voluntariamente a mantener relaciones sexuales con el acusado, sin ofrecer resistencia alguna, ni mostrar malestar o desagrado de ningún tipo. Tampoco se han valorado adecuadamente las fotografías de la fiesta de cumpleaños de Delia , en la que se ve a la menor feliz y contenta junto a al acusado, sin que pueda deducirse de esa prueba que la menor estuviese triste y afectada psicológicamente por los abusos, como considera probado el Tribunal fiándose de la prueba pericial.

El motivo debe ser desestimado. Los videos y las fotografías pueden ser considerados prueba documental hábil para acreditar aquello que muestran de forma indubitada, y a estos efectos como pruebas hábiles para fundamentar el motivo de error de hecho en la valoración probatoria fundado en el art 849 2º de la Lecrim .

Pero este motivo exige otros requisitos, en primer lugar que no existan otras pruebas en sentido contrario, pues los documentos deben acreditar de forma indubitada el error de Tribunal. Y, en el caso actual, existen esas otras pruebas, testimoniales y periciales que avalan el criterio, razonado y razonable, del Tribunal. En efecto, el hecho de que la víctima se encuentre contenta el día de su cumpleaños junto al acusado, no excluye que, como se deduce de la prueba pericial, haya sufrido secuelas psíquicas como consecuencia de las agresiones sexuales padecidas desde los once años, pues estas secuelas no se manifiestan de modo permanente y constituye una regla de experiencia que la influencia que los abusadores sexuales alcanzan sobre los menores víctimas de sus agresiones se ejerce de tal modo que estos menores pueden en muchos momentos mostrarse sumisos e, incluso, aparentemente contentos, en compañía de los mayores que les utilizan sexualmente. Por otra parte, que la víctima, tras un largo periodo de utilización sexual, se muestre en los videos aparentemente dispuesta a las relaciones no excluye, como la propia menor ha declarado reiteradamente, que inicialmente se opusiera, incluso violentamente, y que acabase cediendo ante la consciencia de la inutilidad de su resistencia.

No todas y cada una de las relaciones sexuales tuvieron que ser necesariamente impuestas por la fuerza o intimidación, aunque en todas estuviese presente la menor edad de la víctima y el prevalimiento por el ofensor de su condición de padrastro, inicialmente, de guardador de hecho posteriormente, tras la separación de su madre, y en toda la relación con una gran diferencia de edad. En las relaciones anteriores a los trece años, la ausencia de libertad es manifiesta, pues la propia Ley excluye la posibilidad de aceptación voluntaria de las relaciones sexuales, y el Tribunal ha declarado probado que existió inicialmente violencia. En las posteriores hubo, inicialmente, prevalimiento, pero también intimidación cuando la menor se liberó de la influencia ejercida por el agresor y quiso detener las actividades sexuales, lo que impidió el acusado con la amenaza de mostrar públicamente los videos. En definitiva, los videos no acreditan error del Tribunal sentenciador, pues éste dispuso de otras pruebas para estimar acreditada la violencia inicial y la intimidación final, que cualifican suficientemente el conjunto delictivo como agresión sexual continuada.

Aun cuando a lo largo de los cuatro años de reiterados abusos sexuales sobre la menor por parte de su padrastro, de los once a los catorce, pudiesen existir algunas relaciones que no estuviesen condicionadas por la violencia o la intimidación, calificables por tanto como abuso sexual y no como agresión sexual, ha de recordarse que el art 74 CP establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave, por lo que, en todo caso, el Tribunal actúa correctamente cuando sanciona como delito continuado de agresión sexual la totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos, que son absorbidos punitivamente por el conjunto del delito continuado objeto de sanción.



NOVENO.- El quinto motivo alega quebrantamiento de forma, por haberse denegado una diligencia de prueba consistente en una prueba pericial psicológica sobre el comportamiento sexual del acusado. Esta misma alegación se expone en el motivo segundo como vulneración del derecho constitucional a la prueba y del derecho a un juicio con todas las garantías.

Esta Sala ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un "juicio justo" con proscripción de la indefensión, que garantiza nuestra Constitución (artículo 24.2) y los Convenios Internacionales incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico por vía de ratificación (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), pero también ha señalado, de modo continuado y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (S.T.C. 36/1.983 de 11 de mayo , 89/1.986 de 1 de julio , 22/1.990 de 15 de febrero , 59/1.991 de 14 de marzo y S.T.S. Sala 2ª de 7 de marzo de 1.988 , 29 de febrero de 1.989, 15 de febrero de 1.990, 1 de abril de 1.991, 18 de septiembre de 1.992, 14 de julio de 1.995 y 1 de abril de 1.996), que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su necesidad y posibilidad.

El reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a su admisión, la pertinencia de las pruebas propuestas "rechazando las demás" (Art. 659 y concordantes de la Lecrim), y en cuanto a su práctica, la necesidad de las pruebas admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o indebidas dilaciones.

Como señalaban entre otras, las Sentencias de esta Sala de 1 de abril y 23 de Mayo de 1.996 , esta facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como suspensiones irrazonables generadoras de indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

Consecuencia de lo anterior, y en su desarrollo, la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene exigiendo una serie de requisitos para la impugnación casacional por esta vía:

- a) La diligencia probatoria ha de ser solicitada en tiempo y forma. Si se trata de testigos, con expresión de nombre, apellidos, domicilio y residencia, conforme al art. 656 de la Ley procesal , bien de forma expresa o como adhesión al escrito de calificación propuesta por otra parte procesal.
- b) La prueba debe ser declarada pertinente por el Tribunal y haber sido programada su celebración para el juicio oral, en el caso de que el recurso se interponga por falta de práctica de la prueba en el juicio.
- c) La parte recurrente debe haber reclamado la subsanación de la falta (art 849 5º Lecrim), impugnando la inadmisión. Los distintos procedimientos previstos en la Ley procesal dan lugar a distintas soluciones legales como respuesta procesal obligada de la parte en caso de denegación de la admisión de una prueba pues, mientras en el procedimiento ordinario, el art. 659 exige la protesta sin señalar plazo para ejercitarla, en el Abreviado, por el contrario, los arts. 785 y 786.2 exigen la reproducción de la petición de prueba en el juicio oral y, caso de nueva denegación, la formulación de protesta.
- d) Tratándose de prueba testifical se ha venido exigiendo la formulación de las preguntas que se pretendía realizar al testigo cuya declaración se ha denegado o, en su caso, se ha denegado la suspensión del juicio oral pese a su incomparecencia. Este requisito se ha matizado y no juega con la misma intensidad en todos los supuestos, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puede deducirse las preguntas que se pretendía realizar al testigo y, consecuentemente, la valoración de la decisión judicial. En todo caso, no se trata de un presupuesto formal pues lo que se pretende a través de este requisito es posibilitar el juicio de pertinencia tanto del Tribunal de instancia, al adoptar su decisión, como del Tribunal de casación al revisarla.
- e) Que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización hasta el límite que permita el derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.
- f) En caso de denegación en el juicio de la práctica de una prueba previamente admitida, se exige conforme a lo prevenido en el citado art 884 5º de la Lecrim con carácter general para los motivos de casación encauzados a través del art 850, que la parte que intente interponer el recurso hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes, o la oportuna protesta, causa de inadmisión que se convierte en este trámite resolutorio en causa de desestimación.



A su vez en la STS Sentencia: 355/2015, de 28 de mayo, se recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio).

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero , y 70/2002, de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ; 359/2006, de 18 de diciembre ; y 77/2007, de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero ; 19/2001, de 29 de enero ; 73/2001, de 26 de marzo ; 4/2005, de 17 de enero ; 308/2005, de 12 de diciembre ; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

DÉCIMO .- En el caso actual no concurren los requisitos enunciados para que pueda estimarse la vulneración del derecho a la prueba.

En efecto, la prueba denegada no tiene un valor decisivo en términos de defensa, dado que resulta inútil que se practique al acusado un informe psicológico para determinar si su perfil psicológico personal es compatible con los hechos denunciados, de abuso sexual sobre una menor, cuando estos hechos están acreditados por otras pruebas indubitadas, como el propio resultado de embarazo de la menor, y además las relaciones sexuales con la menor han sido reconocidas por el acusado, consistiendo la cuestión debatida en el juicio en aspectos circunstanciales, como si las relaciones comenzaron, o no, cuando la menor todavía no había cumplido los trece años, o si hubo fuerza o intimidación. Cuestiones que son muy relevantes punitivamente, pero que difícilmente pueden acreditarse o descartarse con un informe psicológico del propio acusado.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.



UNDÉCIMO .- Procede, por todo ello, la estimación parcial del recurso, en lo que se refiere a la supresión de la continuidad en el delito de utilización de menores para elaborar material pornográfico, dictando segunda sentencia, sin imposición al recurrente de las costas del recurso.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

Declarar **HABER LUGAR , parcialmente** , al recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por **Abelardo** contra sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzcoa Sección Primera , en causa seguida al mismo por delito de abusos sexuales; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Enero de dos mil diecisiete.

El Juzgado de Instrucción num. 1 de Irún, instruyó Sumario con el num. 999/2013, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipuzcoa Sección Primera, por delito de agresión sexual contra Abelardo , natural de Colombia, nacido el NUM004 de 11978, con NIE num. NUM005 , hijo de Everardo y Penélope ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 30 de diciembre de 2015 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- De conformidad con los razonamientos contenidos en la sentencia casacional, debemos condenar y condenamos al acusado Abelardo como autor de un delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, siendo su guardador, del art 189 1 a) y 3 f), sin la aplicación de la continuidad prevenida en el art 74 CP , a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con las accesorias y medidas prevenidas en la sentencia de instancia

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Abelardo como autor de un delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, siendo su guardador, del art 189 1 a) y 3 f), sin la aplicación de la continuidad prevenida en el art 74 CP , a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con las accesorias y medidas prevenidas en la sentencia de instancia

Se deja subsistentes el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, relativos a la condena por delito continuado de agresión sexual, inhabilitaciones, prohibición de aproximación, libertad vigilada, etc.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ