

Roj: **STS 5515/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5515**Id Cendoj: **28079120012013100866**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **07/11/2013**Nº de Recurso: **10633/2013**Nº de Resolución: **830/2013**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Noviembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Carmelo**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección III, por delito de posesión de material pornográfico, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Díaz Solano.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de DIRECCION015, instruyó Sumario nº 1/2012, seguido por delito de posesión de material pornográfico, contra **Carmelo**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección III, que con fecha 18 de Marzo de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara, que durante aproximadamente tres años y medio o cuatro años previos al veintisiete de enero de dos mil doce, Guillerma, nacida el NUM000 de 1.965, y Carmelo, nacido el NUM001 de 1.973 y con antecedentes penales cancelados causados por sentencia de fecha 3 de diciembre de 2.004 (firme el 3 de diciembre de 2.004), mantuvieron relaciones sentimentales, durante las que ambos compartieron el domicilio de la primera de ellos, sito en AVENIDA000 número NUM002 - NUM003 NUM004 de DIRECCION015 (Málaga), si bien, a lo largo de dichas relaciones sentimentales tuvieron varias rupturas, no residiendo durante estas el mencionado Carmelo en el domicilio indicado, en el que también residía Tamara, nacida el NUM005 de 1.998, hija de la mencionada Guillerma, habiendo tanto la mencionada Guillerma como su hija Tamara, solicitado en ocasiones al citado Carmelo que reanudara las relaciones sentimentales interrumpidas, cuando éste se ausentaba con ocasión de las rupturas del domicilio reseñado.- Asimismo resulta probado y, en su consecuencia, así se declara, que desde el mes de enero del año dos mil diez, Carmelo, guiado de un ánimo libidinoso, aprovechando la ausencia del domicilio indicado de Guillerma y prevaliéndose de la relación de superioridad que se le derivaba con motivo de la convivencia con su madre respecto de Tamara, así como de las buenas relaciones que mantenía con ésta, con frases tales como no dejarla salir de la casa si no accedía a sus pretensiones y sin que conste el empleo de violencia o conductas intimidantes que excedieran de la actuación referida, logró que dicha menor, sin prestar su expreso consentimiento para ello, le dejara tocarle los pechos y sus órganos genitales, así como que le masturbara, comportamiento éste que no obstante no consentirlo dicha menor expresamente, llegó a tolerarlo por síndrome de acomodación y con la finalidad de que el citado Carmelo finalizara cuanto antes sus actos lúbricos para con ella, habiendo el mismo intentado penetrarla con el pene, si bien, ésta se negó rotundamente a ello y abandonó el lugar en que encontraban, sin que por parte del referido Carmelo, ante dicha negativa se realizaran actos de violencia o intimidación sobre la citada Tamara, a la que asimismo el mencionado Carmelo, guiado del mismo ánimo libidinoso, en día no determinado del mes de noviembre de dos mil once, fotografió los pechos y sus órganos genitales, sirviéndose para ello de su teléfono



móvil, guardando las fotografías en su ordenador portátil marca Asus, modelo Eee PC PC IC3568A-EPC1000H, donde también poseía para su propio uso diversos vídeos pornográficos, que en numerosas ocasiones mostró a la mencionada Tamara, indicándole que debía hacerle lo que observaba en dichos vídeos.- También resulta probado y, por tanto, así se declara, que en la antes señalada fecha veintisiete de enero de dos mil doce, Guillerma, con ocasión de la utilización del referido ordenador portátil marca Asus, modelo Eee PC PC IC3568A-EPC1000H, pudo comprobar que en una de las carpetas se encontraban guardadas cinco fotografías en las que figuraban los pechos y los órganos genitales de su hija Tamara, habiéndole negado ésta que fueran de su cuerpo al pedirle explicaciones su mencionada madre, si bien, posteriormente le reconoció que dichas fotografías eran de su cuerpo y le relató que desde hacía dos años venía siendo objeto de tocamientos por parte de Carmelo, al que asimismo ella le efectuaba tocamientos y le masturbaba, tras lo que una vez pidió ésta explicaciones de ello al mencionado Carmelo y manifestarle éste que su hija y él habían llegado a un acuerdo, se personó en la Comisaría de Policía de DIRECCION015 con dicho ordenador portátil marca Asus, modelo Eee PC IC3568A-EPC1000H, donde se encontraban las fotos en cuestión que mostró a los agentes intervinientes con ocasión de su comparecencia, quedando depositado el aparato en la Comisaría de Policía de DIRECCION015, guardado bajo llave en un armario del despacho del S.A.F.- Servicio de Atención a la Familia, del que fue extraído en fecha quince de febrero de dos mil doce y llevado al Juzgado de Instrucción número Cuatro de DIRECCION015 por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía con carnets profesionales números NUM006 y NUM007, adscritos al Grupo S.A.F.- Servicio de Atención a la familia, y por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía con carnets profesionales número NUM008 y NUM009, adscritos al área de informática, donde se procedió al volcado, copiado y visionado de las imágenes en dos soportes DVD, con el resultado de material pornográfico consistente en las aludidas fotografías de la menor Tamara y en vídeos de contenido pornográfico en los que a su vez no fueron halladas imágenes con contenido ilícito, tras lo que el aparato referido quedó bajo la custodia del Secretario Judicial del referido Juzgado de Instrucción número Cuatro de DIRECCION015.- Finalmente resulta probado y, consecuentemente, así se declara, que a resultas de los hechos relatados la mencionada Tamara presenta sintomatología objetivada compatible con los mismos, consistente en sentimiento de culpabilidad, miedo, síndrome de acomodación, carácter irritable e irascible, de pronóstico imprevisible, en base a diferencias interindividuales, en distintas áreas, que condicionan probables secuelas específicas en cada caso". (sic)

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

"FALLAMOS: Que con absolución de Carmelo del delito continuado de agresión sexual de del que viene siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular de Guillerma, debemos condenar y condenamos al mencionado Carmelo, en quien no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor criminalmente responsable de un delito de posesión de material pornográfico con utilización de menores del artículo 189-2 del Código Penal, la pena de prisión de seis meses, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de provocación sexual con exhibición de material pornográfico entre menores del artículo 186, en relación con el artículo 74-1, ambos del mismo texto legal, a la pena de prisión de diez meses, y como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abuso sexual del artículo 183-1-4 d), en relación con el artículo 181-1-5, a su vez en relación ambos preceptos con el artículo 74-1, todos ellos del citado Código Penal, a la pena de prisión de cinco años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (Artículo 56 del Código Penal) durante el tiempo de las señaladas penas de prisión y con la prohibición de aproximación a Tamara y a su madre Guillerma, a distancia inferior a quinientos metros, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado pro éstas, y ello por plazo ocho de años, e igualmente con la imposición de la prohibición de comunicación con las dos antes citadas por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y ello igualmente por plazo de ocho años, todo ello finalmente con la condena del citado Carmelo al pago de las costas que pudieren haberse causado en el procedimiento, incluidas las de la acusación particular, y a indemnizar por vía de responsabilidad civil derivada de la penal, por daños morales, a Tamara y a Guillerma en quince mil (15.000) euros y seis mil (6.000) euros respectivamente, cantidades éstas a la que le será de aplicación lo prevenido en el artículo 576-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- Se decreta el comiso del ordenador portátil marca Asus, modelo Eee PC PC IC3568A-EPC1000H, que queda adjudicado al Estado, lo que se llevará a efecto en la fase ejecutoria". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Carmelo, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 LECriminal.



SEGUNDO: Al amparo del art. 852 LECriminal.

TERCERO: Se renuncia a su formalización.

CUARTO: Al amparo del art. 849.1 LECriminal.

QUINTO: Por Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º LECriminal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 31 de Octubre de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de la Sección III de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 de Marzo de 2013, condenó a Carmelo como autor de un delito de posesión de material pornográfico con utilización de menores, un delito continuado de provocación sexual con exhibición de material pornográfico y un delito de abuso sexual, también continuado, a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que Guillerma y Carmelo, desde Junio de 2008, aproximadamente, hasta Enero de 2012 mantuvieron relaciones sentimentales compartiendo el domicilio de la primera, si bien durante este tiempo tuvieron lugar diversas rupturas en las que Carmelo abandonaba el domicilio indicado. En estos casos, tanto Guillerma como su hija Tamara, nacida el NUM005 de 1998 intentaban que Jorge reanudara las relaciones y volviera al domicilio.

En este escenario, y desde el mes de Enero de 2010 Carmelo, aprovechando la ausencia en el domicilio de Guillerma, y prevaliéndose de la superioridad derivada de la convivencia con la madre de Tamara y sin el empleo de violencia o intimidación logró que la menor accediera a que le dejase tocar los pechos y sus órganos genitales y que le masturbara, la menor solo lo toleró como síndrome de acomodación. Asimismo, en el mes de Noviembre de 2011 con su teléfono móvil Carmelo fotografió los pechos y genitales de Tamara guardando las fotografías en su ordenador personal, donde también poseía para su uso propio videos pornográficos que en numerosas ocasiones mostró a la menor indicándole que debía hacerle lo que observaba en los videos.

El 27 de Enero de 2012, con ocasión de que Guillerma utilizase el ordenador antes referido, pudo comprobar que en una de las carpetas se encontraban cinco fotografías de su hija en la que figuraban sus pechos y genitales, habiéndole reconocido su hija que se trataba de ella y le contó que desde hacía dos años venía siendo objeto de tocamientos por parte de Carmelo y que ella también le masturbaba. Guillerma le pidió explicaciones a Carmelo y como éste le dijera que existía un acuerdo con su hija, se dirigió a la Comisaría de Policía de DIRECCION015 con el ordenador portátil en el que se encontraban las fotos de su hija. Los agentes policiales visionaron tales fotos quedando el ordenador custodiado en la Comisaría, precintado y guardado, en un armario del Servicio de Atención a la Familia de la propia Comisaría, el día 15 de Febrero de 2012 fue llevado al Juzgado de Instrucción, procediéndose al volcado, copiado y visionado en dos soportes DVD de las fotos de la menor Tamara, así como de los videos de contenido pornográfico, quedando el ordenador custodiado por el Secretario del Juzgado.

A consecuencia de lo expuesto, la menor Tamara presenta una sintomatología de sentimiento de culpabilidad con carácter irascible, irritabilidad y miedo.

Se ha formalizado por el condenado Carmelo recurso de casación que lo desarrolla a través de **cuatro motivos**, si bien se enumeran cinco, porque se renunció al tercero. Pasamos al estudio de los mismos *manteniendo* la enumeración para mayor claridad.

Segundo.- El **motivo primero**, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales, se denuncia como vulnerado el *derecho a un proceso con todas las garantías*.

En la argumentación del motivo *anuda tal violación* al hecho de que en sede policial, y con motivo de la comparecencia de la madre de la menor en la Comisaría de Policía de DIRECCION015, la policía sin la presencia del recurrente y sin tener autorización judicial, *obtuvo fotos de la menor las que incorporaron al atestado*, y en efecto, comprobamos en este control casacional que así se hizo obrando dichas cinco fotos a los folios 18 a 20 del atestado. El dato es reconocido por los agentes que acudieron al Plenario lo que se reconoce en la propia sentencia.

El recurrente estima que no puede ser valorado como material probatorio las fotografías extraídas por la policía y unidas al atestado por ausencia de control judicial y de ahí estima que todo el material probatorio es nulo.



Se trata de cuestión ya alegada en la instancia por la defensa del recurrente y que fue rechazada por el Tribunal en el f.jdco. primero de la sentencia con el argumento de que la previa visualización de las fotos de la menor del archivo del ordenador, suponía el *requisito necesario para la comprobación* de los hechos denunciados, lo que se proyecta en relación a la obtención de las copias de las cinco fotos de la menor unidas al atestado.

En este control casacional verificamos la *corrección* de la decisión del Tribunal de instancia que rechazó la nulidad solicitada.

Conviene recordar la secuencia de los hechos: la denunciante, madre de la víctima menor, pareja sentimental y conviviente con el penado, con quien compartía el uso del ordenador, al hallarse usando el mismo en la vivienda compartida se percató de la existencia de unas fotos de los pechos y genitales de la menor. Ante ese descubrimiento se fue directamente a la Policía a denunciar los posibles hechos de abuso por su pareja respecto de su hija menor. En sede policial se verifica por la policía la existencia de las fotos que ha descubierto la denunciante, se imprimen y unen al atestado y se precinta el ordenador, que queda incautado a disposición de la autoridad judicial.

Pues bien, *el descubrimiento de las fotos se efectúa sin vulneración de derecho alguno* ya que se trataba de una persona con acceso al ordenador, cotitular y por tanto de su uso. Las fotos almacenadas en el mismo no constituyen nada diferente, salvo en el formato informático, a lo que puede ser catalogado tradicionalmente como un álbum o un conjunto de fotografías. No existe vulneración de derecho fundamental alguno del acusado. En todo caso, su derecho a la intimidad, muy mermada en relación a la pareja al tratarse de un ordenador que era por consentimiento de ambos compartido.

La única cuestión, pues, radica en la actuación policial ante la que la denunciante acude con el ordenador y denunciando los hechos.

Pues bien, *nada* de lo hecho por la policía supone la quiebra de las garantías procesales que denuncia el penado.

La policía no descubre nada –ya había sido descubierto por la denunciante–; se limita a *certificar la existencia* de aquello que la propia denunciante les muestra como base de su denuncia. Es más, consta en la sentencia que la denunciante al terminar la denuncia y abandonar la comisaría apagó el ordenador que quedó *precintado*. No hubo manipulación por la policía del ordenador en ausencia o a espaldas de la denunciante, usuaria del mismo y que lo presentó voluntariamente con la denuncia para justificar sus términos y gravedad.

A mayor abundamiento, como ha señalado la *Circular 1/2013 de la FGE*: "*La apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Se considera más bien el cuerpo de los delitos informáticos. Por ello no es en todo caso imprescindible la autorización judicial, a salvo, como se expuso supra, el acceso a correos electrónicos. Los documentos no integrados en un proceso de comunicación y almacenados en archivos informáticos bien en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, tendrían la consideración de simples documentos y, por tanto, sólo resultarían, en su caso protegidos por el derecho a la intimidad – STS 782/2007, de 3 de Octubre –. Por ello los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden, sin autorización judicial, intervenir un soporte magnético o electrónico, como, por ejemplo, la lectura de un disco duro, aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, si se aprecian razones de urgencia y se persigue un interés constitucionalmente legítimo con base en la habilitación legal para dicha actuación reconocida en los arts. 282 LECrim y 11.1 L.O. 2/1986 de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y 547 LOPJ. En este sentido, vid. STC 173/2011, de 7 de noviembre, en relación con la investigación de un delito de pornografía infantil.*"

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- El **motivo segundo**, también por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del derecho a la *presunción de inocencia en relación a los tres delitos por los que ha sido condenado*.

El recurrente reitera la nulidad de las fotos extraídas por la policía y a las que se refiere el motivo anterior y ello en relación al delito del art. 189-2º Cpenal por el que ha sido condenado, relativo a la posesión para su propio uso de material pornográfico con utilización de menores.

En relación a los delitos de provocación sexual mediante la exhibición de material pornográfico y de abuso sexual, continuado, justifica el vacío probatorio de cargo en la insuficiencia de las declaraciones de la menor y de su madre.

El Tribunal sentenciador en el f.jdco. segundo, después de descubrir el resultado de la actividad probatoria, llega a la conclusión de que la menor le merece credibilidad en su testimonio descartando cualquier móvil espurio.



Retenemos su argumentación en el apartado de conclusiones de dicho f.jdco. segundo:

"...Habida cuenta la falta de constancia de hechos reveladores de que la menor de edad Tamara , con sus manifestaciones haya perseguido finalidad distinta a la de relatar lo realmente ocurrido, o lo que es lo mismo, no constan demostrados hechos indicadores de que en las mismas hayan faltado a la verdad para perjudicar los derechos e intereses del encausado, en relación ello con las conclusiones sobre la valoración de la credibilidad de su testimonio contenidas en el informe psicológico de fecha 19 de mayo de 2012, se considera acreditada la comisión pro el procesado de los hechos relatados en el precedente epígrafe de hechos probados, consistentes, de un lado, en la exhibición en numerosas ocasiones a dicha menor de edad de videos de contenido pornográfico, si bien, a tenor de los intervenidos no cabe entender contra reo que contuvieran imágenes de personas menores de edad, en relación esto además con la posible errónea apreciación de la edad de los intervinientes en dichos videos en que pudiere haber incurrido la mencionada Tamara , a su vez en relación con lo informado al respecto en el expresado oficio del Inspector Jefe del S.A.F. -Servicio de Atención a la Familia de fecha 30 de abril de 2012, siendo pro ello dichos hechos son incardinales en el artículo del artículo 186, en relación con el artículo 74-1, ambos del Código Penal , y de otro, en la realización por parte de ésta y por parte del encartado de los actos lúbricos consistentes en tocamientos y masturbaciones señalados en el precedente epígrafe de hechos probados, debiendo centrarse la cuestión en si dichos actos contra la libertad sexual, cuyo inicio tuvo lugar cuanto la citada menor aún no había cumplido los trece años, merecen la calificación jurídica de agresión sexual o de abuso sexual, habiendo optado éste Tribunal por la solución de considerarlos abuso sexual, toda vez que no obstante el prevalimiento por parte del encausado de la relación de superioridad que objetivamente se le derivaba respecto de la menor con motivo de la convivencia con su progenitora, así como de las buenas relaciones que mantenía con ésta, las expresiones utilizadas para conseguir que la menor accediera a la satisfacción de sus deseos libidinosos, tales como no dejarla salir de la casa si no accedía a sus pretensiones, dada la edad de la menor y el hecho de que la misma en todo caso debería salir del hogar para cumplir entre otras sus obligaciones escolares o cuando su madre se lo demandase, no merecen la consideración de violencia o conducta intimidante bastantes para ser tenidas como de suficiente entidad para poder integrar soporte bastante de la calificación de los hechos como agresión sexual...". (sic)

Es constante la doctrina de esta Sala en el sentido de que la declaración de la víctima, singularmente en los delitos cometidos en la buscada intimidación entre víctima y victimario, pueden tener la consideración de prueba de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia – SSTS 104/2002; 419/2005; 364/2007 ó 203/2013, entre otras--.

Ciertamente no se trata de que la víctima debe ser creída por principio y en todo caso, sino que tras verificar su declaración desde la triple perspectiva de verosimilitud del testimonio, falta de incredulidad subjetiva y corroboraciones que robustezcan tal testimonio. Dicha declaración valorada de forma razonada y razonable puede integrar la prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

El Tribunal de instancia valora la credibilidad del testimonio de la menor de manera individualizada y además encontró corroboraciones objetivas, tales como el hecho de encontrarse las cinco fotos de la menor relativas a sus pechos y genitales, hecho indiscutido y que acredita la realidad del delito de posesión de material pornográfico para el propio uso del recurrente, lo que proyecta su credibilidad sobre el delito de provocación sexual y de abuso sexual en los términos narrados por la menor. A ello deben añadirse las declaraciones de la madre de la menor sobre la forma de descubrir el archivo con las fotos de su hija – totalmente accidental–, identificando los dedos que aparecen en las fotos como los del recurrente siendo perceptible el anillo que llevaba en uno de ellos, además de tratarse del ordenador que solía utilizar el recurrente, y muy poco ellas, siendo finalmente de destacar que el propio recurrente no negó los hechos, simplemente le dijo a ella que había hecho "un trato" con la menor, lo que se refleja en el hecho probado.

En conclusión, verificamos en este control casacional que el Tribunal sentenciador valoró la declaración de la menor desde la doble perspectiva de:

- a) Capacidad de transmitir la veracidad que se desprende del relato que haga la persona concernida, y
- b) A la vista de las fuentes de prueba del testigo, la narración merece objetivamente ser creída y en relación con ello nos hemos referido a las corroboraciones que robustecen en tal credibilidad. – STS 587/2010 de 27 de Mayo y las en ella citadas--.

No existió el vacío probatorio de cargo, el recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo obtenida con todas las garantías, que fue introducida en el Plenario y sometida a los principios de contradicción, oralidad y publicidad e inmediatez, prueba que fue suficiente y suficientemente valorada, por lo que la conclusión está situada extramuros de cualquier arbitrariedad.

Procede la desestimación del motivo.



Cuarto.- El **motivo cuarto** (el tercero fue renunciado), por la vía del *error iuris* denuncia como indebida la aplicación del art. 186 Cpenal en relación *al delito continuado de exhibición* a la menor de material pornográfico.

Estima el recurrente que dicho delito debe estimarse absorbido –y por lo tanto integrado– en el delito de abuso sexual continuado pues debe estimarse como etapa o medida preparatoria de dichos abusos. En concreto, se dice en el motivo, que la menor declaró en el Plenario que " *le ponía el video precisamente, como acto preparatorio, para que supiera lo que tenía que hacer*".

Considera el recurrente que de acuerdo con el art. 8-3º del Cpenal por aplicación del principio de consunción debe sancionarse solo el delito de abusos sexuales continuados.

Ciertamente *la Sala de instancia no aborda expresamente la posible relación concursal entre ambas infracciones, pero la solución que adopta, de sancionar separada y autónomamente el delito de exhibición* a la menor de material pornográfico supone que ha estimado un *concurso real* de delitos a sancionar autónomamente.

Hay que recordar que el cauce casacional empleado por el recurrente para justificar la tesis de la absorción del delito de exhibición pornográfico en el de abusos sexuales es el *error iuris* del art. 849-1º que tiene como *presupuesto el riguroso respeto* a los hechos probados. Pues bien, la tesis que sostiene la progresión delictiva en la medida que siempre la exhibición de pornografía *precedía* a los abusos y que nunca se hizo tal exhibición autónomamente *no es ajustado al relato probado en el que textualmente se dice que*:

a) " *...Logró que dicha menor, sin prestar su expreso consentimiento para ello, le dejara tocarle los pechos y sus órganos genitales, así como que le masturbara, comportamiento éste que no obstante no consentirle dicha menor expresamente, llegó a tolerarlo por síndrome de acomodación y con la finalidad que el citado Carmelo finalizara cuanto antes sus actos lúbricos para con ella....*".

b) " *...Donde también poseía para su propio uso diversos videos pornográficos, que en numerosas ocasiones mostró a la mencionada Tamara , indicándole que debía hacerle lo que observaba en dichos videos....*".

La sola lectura de estos dos apartados diferenciados, rebata la tesis de la "progresión" delictiva que se propugna. No todas las exhibiciones de dicho material a la menor tuvieron como finalidad conseguir captar la voluntad de la menor, sino que *en ocasiones solo existió una exhibición autónoma*, por ello fue procedente la punición separada al estar en presencia de un *concurso real*.

En sede teórica, si se hubiese acreditado que en todo caso, todas las exhibiciones de material pornográfico tuvieron la finalidad de conseguir la voluntad de la menor, podría aceptarse la tesis que postula el recurrente – en tal sentido, STS 1265/2003 de 7 de Octubre–. *No fue este el caso, y por tanto es correcta la tesis del concurso de delitos – SSTS 51/2008 ó 961/2011–.*

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- El **motivo quinto** , por igual vía que el anterior, estima como indebidamente aplicado el art. 115 Cpenal. El recurrente denuncia la *falta de justificación* en relación al *quantum indemnizatorio* fijado en la sentencia ascendente a 15.000 € por daños morales a la menor Tamara y 6000 € para su madre Guillerma .

Sorprende la denuncia por cuanto el f.jdco. quinto de la sentencia justifica *in extenso* tales pronunciamientos. Retenemos de dicho f.jdco. quinto lo siguiente:

" *...En cuanto a Tamara , debe señalarse que ha quedado evidenciado el menoscabado de su derecho a la libertad sexual, quien además, según informe psicológico de fecha 19 de mayo de 2012, ratificado en la sesión del acto del juicio, a resultas de los hechos de que fue víctima presenta sintomatología objetivada compatible con los mismos, consistente en sentimiento de culpabilidad, miedo, síndrome de acomodación, carácter irritable e irascible, de pronóstico imprevisible, en base a diferencias interindividuales, en distintas áreas, que condicionan probables secuelas específicas en cada caso, siendo por ello que dichos daños deben ser objeto de indemnización, debiendo atenderse para ello a la edad en que vio vulnerado su derecho a la libertad sexual, en relación ello con los menores resortes anímicos y físicos con que contaba para una más eficaz resistencia u oposición de su voluntad a los libidinosos deseos de Carmelo , en relación ello además con el ataque a su intimidad mediante fotografías de sus pechos y órganos sexuales que le fueron tomadas por éste, así como en relación con el visionado de videos de contenido pornográfico que, pese a su corta edad y menor inteligencia para asimilar y entender su contenido, fue motivada a observar por el antes citado, siendo por ello que valorando todos dichos extremos, éste Tribunal, considera plenamente acorde a la reparación de los expresados daños morales padecidos por la menor citada la pretensión indemnizatoria actuada por la acusación particular, procediendo por ello su cuantificación en quince mil (15.000) euros.*

En cuanto a Guillerma , si bien es cierto que no vio menoscabado su derecho a la libertad sexual, no deja de ser menos cierto de que los hechos de que en su desconocimiento fue víctima su hija menor de edad desde enero



del año dos mil diez hasta que descubrió las fotografías de autos, por parte su entonces compañero sentimental, quien accedió al domicilio de ambas con el consentimiento de la antes citada, le motivaron daños morales a cuya satisfacción no ha renunciado y que al igual que en el caso de su hija deben serle indemnizados, si bien, no en la cuantía concedida a ésta, a la postre víctima directa de los hechos, sino en cuantía sensiblemente inferior, que debe ser determinada no solo teniendo en cuenta los extremos relacionados en el precedente párrafo, sino además teniendo en cuenta la relación afectiva que le unía con el procesado, estimándose por éste Tribunal acorde a la reparación de los daños morales padecidos por la mencionada Guillerma la cuantía de seis mil (6.000) euros....".

En este control casacional verificamos que el Tribunal razonó la existencia de un daño moral indemnizable y lo valoró de forma razonada teniendo en cuenta la distinta afectación de las dos personas agraviadas.

Hay que recordar que según la doctrina de la Sala, el *daño moral*, por su naturaleza carece de posibilidad de ser fijado de forma precisa y objetiva, y solo puede ser establecido mediante un *juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño* producido por la ofensa, atendiendo a la naturaleza y gravedad del hecho atemperando la demanda de los perjudicados a la realidad social y económica del momento teniendo también en cuenta las posibilidades del obligado al pago.

En esta situación el control casacional en relación al *quantum* indemnizatorio de los daños morales queda reducido a la verificación de que *no sea la cantidad fijada arbitraria ni manifiestamente desproporcionada* con el daño causado. SSTS 89/2003; 154/2003; 105/2005 y 30 de Junio de 2005, entre otras. Las cantidades fijadas en la sentencia responden al canon exigible.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Carmelo**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección III, de fecha 18 de Marzo de 2013, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar José Manuel Maza Martín Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.