



Roj: STS 2601/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2601
Id Cendoj: 28079120012016100477
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10975/2015
Nº de Resolución: 480/2016
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 480/2016

RECURSO CASACION (P) Nº: 10975/2015 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha Sentencia : 02/06/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Cándido Conde Pumpido Tourón

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por : AMM

Agresión sexual sobre menores.- Las investigaciones criminológicas de abusos sexuales sobre menores de doce años, realizadas en hospitales, institutos médico forenses, centros de investigación y agencias de protección del menor, ponen de manifiesto dos datos relevantes que como reglas de experiencia refuerzan la necesidad de utilización del testimonio de la víctima como prueba de cargo y al mismo tiempo ratifican la exigencia del máximo rigor en su valoración.

En primer lugar, existe consenso científico en que la proporción de falsos relatos de abuso sexual infantil es muy reducida, pues la posición de dependencia del menor respecto del agresor, máxime cuando la agresión se produce en el ámbito familiar, le hace poco propicio para formular una acusación falsa. El miedo al rechazo, junto a los sentimientos de vergüenza y culpa, así como las frecuentes amenazas, suelen impedir la revelación del abuso.

En segundo lugar, es muy elevada la proporción de casos de abuso sexual sobre menores que no presentaron ninguna alteración en el examen físico. Esta ausencia de hallazgos médico forenses puede obedecer a varias razones. En primer lugar, puede tratarse de una modalidad de abuso que no ocasione trauma, como caricias, roces en zonas erógenas o requerimientos de masturbación sobre el abusador, por ejemplo, que no dejan huella física. En segundo lugar, aun cuando se produzcan lesiones genitales o anales, el retraso con el que normalmente se realizan las denuncias, incluso años después de haberse producido los hechos, puede determinar que las lesiones hayan cicatrizado, sin dejar vestigios o dejando vestigios inespecíficos [Revista Española de Medicina Legal, 2016.].

La frecuente ausencia de vestigios físicos, unido al secreto que suele revestir esta clase de conductas, obliga a recurrir como prueba de cargo habitual a la declaración de la víctima. La constatación de que existen supuestos de relatos falsos, aun cuando sean minoritarios, exige que esta prueba se valore en función de una serie de parámetros que, conforme a reglas de experiencia, permiten constatar racionalmente la veracidad del testimonio.

Desestimación en el caso actual del motivo por presunción de inocencia.

Agresión sexual y abuso sexual.- En el modelo actual de sanción penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación. La norma penal establece una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor de trece años, que constituye abuso sexual. La transformación en agresión sexual exige la concurrencia adicional de fuerza o intimidación en sentido propio, pues constituiría una duplicidad punitiva valorar repetidamente la minoría de edad como determinante absoluta de la tipicidad de las acciones sexuales realizadas, y adicionalmente como elemento que califica de violento o intimidativo un comportamiento que en sí mismo no reviste dicha caracterización.

INTIMIDACIÓN.- La amenaza de difusión de vídeos y fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas, para que acceda a continuar los contactos sexuales, y permita la penetración digital así como el acceso carnal, puede calificarse de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, por lo que constituye intimidación.

VICTIMA ESPECIALMENTE VULNERABLE.- La ratio de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, por su edad o situación, y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de dicha condición. En el caso actual consta que el acusado intensificó la agresión sexual continuada de la que hacía objeto a la menor, sometiéndola precisamente en la época inmediatamente posterior a cumplir los trece años a relaciones sexuales completas. Es claro que para ello se aprovechó de la vulnerabilidad de la menor, por su temprana edad, y por la situación de abuso sexual a la que ya la tenía sometida desde cinco años atrás, que la hacía manifiestamente más vulnerable.

PORNOGRAFIA INFANTIL.- Art 189 1º CP .- Cuando la víctima es única este tipo delictivo no admite la continuidad, aunque se realicen varias fotografías o grabaciones. El tipo penal refiere la elaboración de un material, que da idea de una pluralidad de componentes que integran ese material pornográfico referido a un único sujeto pasivo. En consecuencia, el delito no es continuado y se subsume en el art. 189.1 del Código Penal .

Nº: 10975 / 2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Fallo: 24/05/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 480/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

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 la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **Argimiro** contra sentencia de fecha veintinueve de octubre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito de abusos sexuales y producción de material pornográfico, 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. Cándido Conde Pumpido Tourón, estando el acusado recurrente representado por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, y como recurridos Eutimio y Julieta, representados por la Procuradora D^a. M^a Ángeles Sánchez Fernández.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 8 de Zaragoza, instruyó Sumario con el num. 15/2015, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que con fecha 29 de octubre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: <<En fechas no determinadas de los años 2007 o 2008, el acusado Argimiro, mayor de edad, sin antecedentes penales, cuando iba a buscar al colegio a su sobrina, hija de la hermana de su mujer, Adolfina, nacida el NUM000 de 2000, que iba a Primaria, y en fechas no determinadas, la llevaba en un vehículo a un campo cercano al campo de fútbol de Villamayor (Zaragoza) y, una vez allí, el acusado le bajaba los pantalones a la niña, o si eran cortos se los quitaba, y le levantaba la camiseta y le tocaba por todo el cuerpo, incluidas sus partes sexuales y se masturbaba en su presencia. Cuando era verano la llevaba a su casa y le hacía lo mismo.

Cuando la menor comenzó a ir al Instituto, incluso antes, el acusado en los encuentros que tenía con la niña comenzó a meterle los dedos en la vagina y le decía que si no le dejaba le contaría a sus padres y a sus amigos lo que hacía y que difundiría las fotos y los videos que le hacía.

Cuando la menor ya tenía 12 ó 13 años, el acusado comenzó a tener relaciones sexuales completas con ella, eyaculando fuera, a la que seguía diciendo que si no accedía le contaría a sus padres y amigos lo que hacía y difundiría las fotos. Estos hechos se prolongaron hasta el día 28 de julio de 2014, fecha en que la mujer del acusado le manifestó a la madre de la menor que habían visto a su hija con su marido, ante lo cual los padres de la menor le preguntaron que era lo que pasaba y ésta al principio se negó a decir nada, si bien posteriormente, al pedirle su padre que dijera la verdad, le contó todo lo sucedido.

En fecha 29 de julio el padre de la menor presentó denuncia ante la Guardia Civil contra el acusado y entregó el móvil de la menor donde aparecían las conversaciones recientes de wassap entre ésta y el acusado.

El día 30 de julio de 2014 el acusado fue detenido en las inmediaciones del domicilio de la menor, siéndole intervenido en una cartera tres sobres dirigidos a amigos o compañeros de Adolfina, uno que ponía "para Susana" conteniendo en su interior una nota manuscrita, otro sobre en blanco, que ponía "para Benjamín" conteniendo una nota manuscrita y otro que ponía "para Felix" conteniendo en su interior cuatro fotografías de la menor Adolfina desnuda y de carácter pornográfico y dos fotocopias en color de dos de las fotografías. Las notas manuscritas anónimas decían, en síntesis, que una persona del grupo estaba haciendo cosas muy malas, que les iban a perjudicar y que pronto se van a enterar sus padres y se iba a armar un escándalo muy grande y que se va a saber en el Instituto donde estudiaban. Las fotos provenían de dos videos realizados por el acusado en el año 2012, uno el día 10 y otro el día 21 de mayo de 2012. El material pornográfico producido por el acusado lo utilizaba para su propio uso y para intimidar a su sobrina con divulgarlo sino accedía a sus deseos de tipo sexual.

El acusado para facilitar los encuentros y poderse comunicar con la menor, le regaló sucesivamente dos teléfonos móviles, pues a la menor le habían quitado sus padres el móvil por falta de rendimiento escolar, primero un Nokia X6-00 para comunicarse con mensajes y, posteriormente, un LG Optimus L5-2 II que le permitía el uso de wassap.>>

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

<<FALLAMOS: 1.- Que debemos condenar y condenamos a Argimiro como autor de un delito continuado de agresión sexual a la pena de trece años, seis meses y un día prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de prohibición de aproximación a menos de 200 metros de Adolfina y prohibición de comunicación por cualquier medio con la misma, ambas durante 15 años.

En concepto de responsabilidad civil, deberá indemnizar a Adolfina en la cantidad de 20.000 euros, más intereses legales.

2.- Que debemos condenar y condenamos a Argimiro como autor de un delito de producción de material pornográfico a la pena de siete años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la accesoria de prohibición de aproximación a

menos de 200 metros de Adolфина y prohibición de comunicación por cualquier medio con la misma, ambas durante 8 años y un día.

El condenado deberá abonar las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

El tiempo de cumplimiento de prisión provisional se abonará al del cumplimiento de las penas de prisión impuestas>>.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por 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. 24.2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia, discrepando el recurrente de la valoración de la prueba producida
SEGUNDO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia, discrepando el recurrente de la valoración de la prueba producida.
TERCERO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia, discrepando el recurrente de la valoración de la prueba producida.
CUARTO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española, principio de presunción de inocencia, discrepando el recurrente de la valoración de la prueba producida.
QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849 de la L.E.Crim., por la aplicación de la figura de continuidad en el delito de producción de material pornográfico utilizando a menor de 13 años, previsto y penado en el art. 189 1.b, 2, 3.a del Código Penal, cuando los hechos declarados como probados no lo permiten.

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 veinticuatro de mayo pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 29 de octubre de 2015, condenó al recurrente Argimiro, como autor de un delito continuado de agresión sexual a la pena de trece años, seis meses y un día prisión, y como autor de un delito de producción de material pornográfico a la pena de siete años y un día de prisión, accesorias y prohibición de acercamiento.

Frente a ella se alza el presente recurso, fundado en cinco motivos por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia e infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que en fechas no determinadas de los años 2007 o 2008, Argimiro, cuando iba al colegio a buscar a su sobrina de siete años de edad, la llevaba en su vehículo a un campo cercano, le bajaba los pantalones o se los quitaba, le levantaba la camiseta y la tocaba por todo el cuerpo, incluidas sus partes sexuales, masturbándose en su presencia. Durante el verano le hacía lo mismo en su casa.

Cuando la menor comenzó a ir al Instituto, e incluso antes, comenzó a meterle los dedos en la vagina y le decía que si no se lo permitía le contaría a sus padres y a sus amigos lo que hacía y difundiría las fotos y vídeos sexuales que le hacía.

Cuando la menor tenía 12 ó 13 años, el condenado comenzó a tener relaciones sexuales completas con ella, y le seguía diciendo que si no accedía le contaría a sus padres y amigos lo que hacía y difundiría las fotos. Estos hechos se prolongaron hasta el 28 de julio de 2014.

El 30 de julio de 2014 el acusado fue detenido, siéndole intervenido en una cartera tres sobres dirigidos a amigos o compañeros de la niña, uno de los cuales con cuatro fotografías de la menor desnuda y dos fotocopias en color. Las fotos provenían de dos vídeos realizados por el acusado en el año 2012. El material pornográfico producido por el acusado lo utilizaba para su propio uso y para intimidar a su sobrina con divulgarlo sino accedía a sus deseos de tipo sexual.

El acusado para facilitar los encuentros y poderse comunicar con la menor, a la que sus padres le habían quitado el móvil por falta de rendimiento escolar, le regaló dos teléfonos móviles.

SEGUNDO.- Los cuatro primeros motivos del recurso interpuesto se interponen por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, por lo que podrían ser analizados conjuntamente. Ahora bien, un examen minucioso de dichos motivos permite apreciar que solamente el primero está propiamente fundado en este derecho constitucional, mientras que los tres siguientes plantean en realidad, aunque de forma técnicamente defectuosa, motivos por infracción de ley, por lo que los analizaremos separadamente.

El primer motivo, por vulneración constitucional al amparo del art 5 4º LOPJ , y 852 Lecrim , en relación con el art 24 CE , alega infracción del derecho a la presunción constitucional de inocencia, por considerar la parte recurrente que en el caso actual la declaración de la víctima no tiene entidad suficiente para enervar el citado derecho constitucional. Centra su impugnación en la carencia de elementos de corroboración del testimonio de la menor, y en concreto en la ausencia de dato alguno en los informes médicos que permita inferir que la menor sufrió episodios de agresión sexual.

TERCERO.- Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba

y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (Art. 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

CUARTO.- 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.

QUINTO.- Las investigaciones criminológicas de abusos sexuales sobre menores de doce años, realizadas en hospitales, institutos médico forenses, centros de investigación y agencias de protección del menor, ponen de manifiesto dos datos relevantes que como regla de experiencia refuerzan la necesidad de utilización como prueba de cargo del testimonio de la víctima y al mismo tiempo ratifican la exigencia del máximo rigor en su valoración.

En primer lugar, existe consenso científico en que la proporción de falsos relatos de abuso sexual infantil es muy reducida, pues la posición de dependencia del menor respecto del agresor, máxime cuando la agresión se produce en el ámbito familiar, le hace poco propicio para formular una acusación falsa. El miedo al rechazo, junto a los sentimientos de vergüenza y culpa, así como las frecuentes amenazas, suelen impedir la revelación del abuso.

En segundo lugar, la proporción de casos de abuso sexual sobre menores que no presentaron ninguna alteración en el examen físico es muy elevada. Esta ausencia de hallazgos médico forenses puede obedecer a varias razones. En primer lugar, puede tratarse de una modalidad de abuso que no ocasione trauma, como caricias, roces en zonas erógenas o requerimientos de masturbación sobre el abusador, por ejemplo, que no dejan huella física. En segundo lugar, aun cuando se produzcan lesiones genitales o anales, el retraso con el que normalmente se realizan las denuncias, incluso años después de haberse producido los hechos, puede determinar que la lesiones hayan cicatrizado, sin dejar vestigios o dejando vestigios inespecíficos [ver Revista Española de Medicina Legal, Volumen 42, núm. 2, abril-junio 2016, pág. 55 y siguientes].

La frecuente ausencia de vestigios físicos, unido al secreto que suele revestir esta clase de conductas, hace necesario recurrir como prueba de cargo habitual a la declaración de la víctima. La constatación de que existen supuestos de relatos falsos, aun cuando sean minoritarios, exige que esta prueba se valore en función de una serie de parámetros que, conforme a reglas de experiencia, permiten constatar racionalmente la veracidad del testimonio.

SEXTO.- El primer parámetro de valoración es la credibilidad subjetiva del testimonio (o ausencia de incredibilidad subjetiva, en la terminología tradicional de esta Sala).

La falta de credibilidad subjetiva de la víctima puede derivar de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan.

O de la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En el caso actual la víctima no padece ninguna deficiencia síquica que pueda afectar a su declaración. Es cierto que era una menor de siete u ocho años de edad cuando comenzaron los abusos, pero éstos se prolongaron durante varios años y tenía quince cuando declaró. Su edad es lo suficientemente avanzada para poder recordar y narrar con fiabilidad como ocurrieron unos hechos que se prolongaron durante siete años y la afectaron de modo muy directo y personal, por lo que desde esta perspectiva no cabe cuestionar la credibilidad subjetiva de su declaración.

La comprobación de su credibilidad subjetiva, desde la perspectiva del análisis de posibles motivaciones espurias, no ofrece base alguna para estimar que la declaración inculpatoria se haya podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención que pueda enturbiar su credibilidad. El propio recurrente no señala motivación espuria alguna que pudiese cuestionar la credibilidad subjetiva de la denunciante.

SÉPTIMO.- El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar

basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

En el caso actual la parte recurrente alega la inexistencia de elementos de corroboración, y se centra en el hecho de que en los informes médicos destaca la inexistencia de dato alguno que permita inferir que la menor sufrió episodios de abuso sexual. Pero ya hemos señalado que es muy elevada la proporción de casos de abuso sexual sobre menores que no presentaron ninguna alteración en el examen físico.

Esta ausencia de los vestigios médicos de los abusos no excluye en el caso que nos ocupa el parámetro de la credibilidad objetiva, basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

En primer lugar la menor declaró en el acto del juicio de forma plenamente coherente que su tío con 7 u 8 años, la recogía a la salida del colegio con el coche y la llevaba a un descampado y allí la desnudaba parcialmente, quedándose con los pantalones bajados y la camiseta levantada, le tocaba, incluidas partes sexuales y se masturbaba en su presencia.

También declaró que su tío le hacía fotos y vídeos. Indicó que a los once o doce años, cuando ya iba al Instituto, su tío le metía los dedos por la vagina y seguía haciéndole fotos y vídeos, que ella llegó a ver, si bien no sabía cuando los borró. Manifestó que su tío le decía que si no hacía lo que él quería se lo contaría a los padres y amigos. Señaló que a los doce o trece años comenzó a penetrarla y que le seguía amenazando con lo mismo y la grababa. Indicó que los contactos se fueron haciendo más frecuentes, al final de tres o cuatro veces por semana. Añadió que llegó a ver los sobres y las cartas de su tío dirigidas a sus amigos y a sus padres, ya que las llevaba encima y cuando ella no quería hacer algo se las mostraba y le decía que se las mandaría a sus amigos.

En segundo lugar esta declaración de la menor viene corroborada por varios datos objetivos:

1º) El reconocimiento parcial de los hechos que realiza el acusado, que admitió en el juicio que con 8 o 9 años llevaba la niña a un descampado, manifestando que solo le levantaba el vestido y se masturbaba sin hacerle tocamientos, admitiendo que a partir de los 14 años hubo relaciones sexuales con penetración consentida y hasta los 13 años tocamientos y roces.

2º) Mientras la menor estaba declarando ante la Guardia Civil el acusado le remitió mensajes y tres fotos de ella desnuda en actitud pornográfica, como resulta del atestado ratificado en el acto del juicio por su instructor, lo que revela que es cierta la manifestación de la menor de que el acusado la amenazaba con difundir las fotos y contarle a sus padres y sus amigos la relación que mantenía con él con la finalidad de que ésta continuara manteniendo relaciones sexuales.

3) Cuando el acusado fue detenido, en las inmediaciones del domicilio de la niña se le ocuparon sobres abiertos con notas manuscritas dirigidas a amigos de la menor en las que les advertía que "una persona del grupo de tus amigos esta haciendo cosas muy malas" y varias fotografías de la menor en actitudes pornográficas.

4) Las conversaciones de WhatsApp entre el acusado y la menor del 23 al 29 de julio de 2014, transcritas en la causa, ponen de manifiesto que el control que el acusado ejercía sobre la menor era constante, para que hiciera lo que el quería, para que no hablara con nadie con el móvil que le había facilitado, a fin de que los padres de la menor no descubriesen nada, y para preparar los encuentros sexuales. El acusado reconoció en el acto del juicio todos los mensajes aportados y admitió que los escribió él.

En consecuencia puede estimarse que en el caso actual la declaración de la víctima, unida al reconocimiento sustancial de los hechos por el acusado y a la tenencia de las fotos y mensajes que le fueron ocupados, constituye prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia. El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

OCTAVO.- El segundo motivo de recurso, planteado también por supuesta vulneración de la presunción de inocencia, contiene en realidad una impugnación por infracción de ley. Cuestiona la parte recurrente que concurra la intimidación apreciada por el Tribunal de Instancia para aplicar al acusado el art 183 2º CP . Considera el recurrente que en el momento en que se inician los abusos no existe intimidación alguna, pues solo consta que el acusado se aprovechó de la minoría de edad de la víctima, llevándola al campo para abusar sexualmente de ella, pero no que la intimidase. Estima que, en todo caso, la afirmación del acusado de que se lo diría a sus padres y difundiría las fotos y vídeos que tenía de ella, no constituye una intimidación suficiente capaz de vencer resistencia alguna.

La cuestión planteada reviste interés, pues es relativamente frecuente apreciar supuestos de confusión entre el prevalimiento y la intimidación, sobre todo tratándose de menores. También es lamentablemente frecuente la confusión de identificar la agresión sexual con el antiguo delito de violación, es decir con la concurrencia de penetración, y no como sucede en el sistema actual de sanción de los delitos contra la libertad sexual, con la concurrencia de violencia o intimidación. Por ello es conveniente recalcar, para evitar la reiteración de estos errores, que en el modelo actual de sanción penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación.

En consecuencia, el análisis del supuesto "error iuris" denunciado aconseja una especial reflexión, pues lamentablemente son frecuentes las ocasiones en que se aprecia en casos de abuso sexual de menores la equiparación entre el abuso de la minoría de edad y la intimidación. En realidad en los abusos a menores de trece años el empleo de violencia o intimidación suelen ser innecesarios, dada la superioridad manifiesta del mayor de edad que realiza el abuso.

Por ello la norma penal establece una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor de trece años, por estimar que la inmadurez psíquica de los menores les impide la libertad de decisión necesaria, por lo que estas acciones son constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual.

La transformación en agresión sexual exige la concurrencia adicional de fuerza o intimidación en sentido propio, pues constituiría una duplicidad punitiva valorar repetidamente la minoría de edad como determinante absoluta de la tipicidad de las acciones sexuales realizadas, y adicionalmente como elemento que califica de violento o intimidativo un comportamiento que en sí mismo no reviste dicha caracterización.

La intimidación consiste en la amenaza de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual, pero no alcanza ordinariamente a supuestos en que simplemente se reclama discreción sobre los hechos realizados.

NOVENO.- Como señalan las STS. 411/2014, de 26 de mayo , STS. 553/2014, de 30 de junio , y STS 355/2015, de 28 de mayo , la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en "bis in idem" sancionando doblemente una misma conducta o motivo de agravación.

Por ejemplo, puede desvirtuarse la tipificación del abuso sexual por minoría de edad de la víctima, e incurrirse en "bis in idem", si se reconvierten en violencia o intimidación actuaciones que no tienen entidad para ello, por el hecho de afectar a una menor de 13 años, dato que ya ha sido tomado en consideración para tipificar la conducta.

La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).

Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala, (SSTS 381/97, de 25 de marzo , 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero , entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

En el caso actual en el relato fáctico no se describe intimidación o amenaza alguna sobre la víctima en la fase inicial de los abusos, cuando la menor solo tenía siete u ocho años de edad, sino simplemente el aprovechamiento de la edad de la menor para abusar sexualmente de la misma.

Sin embargo, la conducta del agente cambia cuando la niña va creciendo y la naturaleza de los abusos se va intensificando, incluyendo la introducción vaginal de miembros corporales, aproximadamente a los once años, y posteriormente el acceso carnal por vía vaginal a los doce o trece años. Es en el momento de iniciar la introducción vaginal de miembros corporales, cuando el relato fáctico incorpora la intimidación, mediante la

amenaza de contar a los padres y a los amigos de la víctima lo que hacían ella y el recurrente, y de difundir fotos y vídeos sexuales de la menor si no permitía al recurrente dichas penetraciones.

En consecuencia, nos encontramos en el caso actual ante una progresión delictiva, en la que se avanza desde los tocamientos a la penetración, y desde el simple aprovechamiento de la minoría de edad a la intimidación.

Consta acreditado que las fotos utilizadas para intimidar a la menor con su difusión a terceros están extraídas de unos vídeos que el recurrente le hizo a la menor en mayo de 2012, llevando las fotos impresas las fechas de los vídeos, es decir el año 2012, por lo que la menor, nacida en el año 2000, tenía menos de 13 años.

Es cierto que esta Sala ha considerado que el hecho de decirle a la víctima que no contara lo ocurrido para no meterse en un lío, o en general exigir discreción sobre los hechos realizados no puede equipararse a la intimidación típica del delito de agresión sexual, pues no constituye una amenaza previa ni determinante del consentimiento forzado. Pero en el caso actual se va mucho más allá porque es la grave amenaza de difusión de unas fotos y vídeos pornográficos grabados a la menor antes de cumplir los trece años, lo que se utiliza como coacción para obligar a la menor a continuar prestándose a las exigencias de su tío. Produciéndose, como se ha expresado, una progresión delictiva en la que, para vencer la resistencia de la menor, según ésta crecía y se iba haciendo mas consciente de los abusos a los que estaba siendo sometida, y para conseguir además una progresión en los actos a los que la menor era sometida, pasando de los meros tocamientos a la penetración, se utiliza la amenaza de difusión de las vídeos y fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas.

La amenaza de difusión de vídeos y fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas, para que acceda a continuar los contactos sexuales, y permita la penetración digital así como el acceso carnal, puede calificarse de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, por lo que constituye intimidación.

Ha de apreciarse, en consecuencia, la concurrencia de intimidación, desestimando el motivo interpuesto.

DECIMO.- El tercer motivo, también por presunción de inocencia, encierra, en realidad, otro motivo por infracción de ley. Considera la parte recurrente que respetando el relato fáctico, en el mismo solo consta que la penetración manual se inició cuando la menor comenzó a ir al Instituto, o incluso antes, y el acceso carnal, cuando tenía doce o trece años, por lo que no es procedente aplicar el art 183 3º CP , que exige que el acceso carnal o la penetración digital se realicen antes de que la víctima cumpla los trece años.

El motivo no puede ser acogido. Es cierto que el momento en que se produjo el primer acceso carnal no queda suficientemente precisado en la sentencia, al establecer en el relato fáctico que se produjo cuando la menor tenía **doce o trece años** , por lo que no es posible subsumir estas conductas en el art 183, ya que en este precepto solo se sancionan los hechos cometidos con seguridad antes de los trece años. Pero también lo es que el Tribunal declara probado que con anterioridad al mantenimiento de relaciones sexuales completas, es decir en todo caso antes de los trece años, se produjo la introducción por vía vaginal de miembros corporales, los dedos, por lo que a estas acciones si les resulta aplicable el art 183 3º, inciso final, que incluye una sanción de doce a quince años de prisión, constando documentalmente que las fotos y el vídeo utilizados para presionar a la joven para que accediera a estas penetraciones se realizaron en 2012, cuando la víctima no había cumplido los trece años.

En cualquier caso, la pena procedente por el acceso carnal continuado, concurriendo intimidación, y con la agravante de especial vulnerabilidad, conforme a los arts 178 , 179 y 180 1 3º, es la misma que la aplicada por la agresión sexual continuada con intimidación y penetración digital a menor de trece años, conforme al art 183 2 º y 3º CP , (de trece años y medio de prisión a quince años) por lo que la pena impuesta está justificada tanto si se considera que el acceso carnal se produjo antes de los trece años como inmediatamente después, dada la aplicación a este último supuesto de la agravación prevista en el art 180 1 3º CP , como se razonará al analizar el siguiente motivo del recurso, por lo que la alegación formulada en este motivo es penalógicamente irrelevante.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El cuarto motivo, también por presunción de inocencia, se refiere en realidad a otra supuesta infracción de ley. Se cuestiona la apreciación de la agravación de especial vulnerabilidad de la víctima prevenida en el art 180 1 3º CP , por estimar que no se deduce del relato fáctico, y que la edad de la menor ya se ha valorado al aplicar el art. 183 CP .

El motivo no puede ser estimado. Esta circunstancia no se aplica por el Tribunal de Instancia a los hechos ocurridos cuando la menor tenía menos de trece años, pues en estos hechos ya se ha valorado la edad de la víctima, y se sancionan a través del art 183 CP . Pero si se aplica a los hechos cometidos inmediatamente después de cumplir los trece años, que es cuando se estima que comenzaron las relaciones sexuales completas, con acceso carnal. La ratio de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, por su edad o situación, y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de dicha condición. En el caso actual consta que el acusado intensificó la agresión sexual continuada de la que hacía objeto a la menor, sometiéndola precisamente en la época inmediatamente posterior a cumplir los trece años a relaciones sexuales completas. Es claro que para ello se aprovechó de la vulnerabilidad de la menor, por su temprana edad, y por la situación de abuso sexual a la que ya la tenía sometida desde cinco años atrás, que la hacía manifiestamente más vulnerable.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Por todo ello, en relación con el abuso sexual a la menor, prolongado durante siete años (2007-2014), cabe apreciar una primera fase de abusos continuados sobre menor de trece años, prolongada hasta el 2011, tipificados en el art 183 1º, y sancionados con una pena de prisión hasta seis años. Una segunda fase de agresión sexual continuada con intimidación e introducción vaginal de miembros corporales, también sobre menor de 13 años, prolongada hasta 2013, sancionada conforme al art 183 3º, en relación con el 2º, con una pena de doce a quince años, que por efecto de la continuidad, art 74, debe aplicarse en su mitad superior (de trece años seis meses y un día de prisión a quince años), que es la pena impuesta. Y una tercera fase de agresión sexual continuada con intimidación y acceso carnal por vía vaginal, sobre persona de especial vulnerabilidad, prolongada hasta 2014, y también sancionada con una pena de trece años seis meses y un día de prisión a quince años por la continuidad, conforme a los arts 178, 179, 180 1 3º y 74.

Habiendo estimado procedente el Tribunal sentenciador sancionar todo el conjunto delictivo como un delito continuado de agresión sexual, es correcta y está plenamente justificada la pena impuesta de trece años seis meses y un día de prisión, pena señalada para la infracción mas grave en su mitad superior.

DECIMO SEGUNDO.- El quinto motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega infracción del art 189 1 b) (producción de pornografía infantil) en relación con el art 74 CP , por estimar que este precepto no puede aplicarse como delito continuado.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto el recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de producción de material pornográfico utilizando a una menor de trece años, del art 189 1 b y 3 a), por la realización de dos videos el 10 y el 21 de mayo de 2012, en los que aparecía la menor desnuda en un contexto manifiestamente sexual.

En la sentencia de esta Sala núm. 244/2014, de 25 de marzo , que analiza un supuesto similar se establece: " *Es preciso determinar si existió una pluralidad de acciones que determine la subsunción del hecho en el delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, como interesan las acusaciones, o, por el contrario, no existe esa pluralidad de acciones típicas, sino un único delito. Tradicionalmente hemos considerado dos factores para determinar si nos encontramos, o no, ante una unidad de acción penalmente relevante. De una parte, la voluntad del autor hacia la que rige sus actos, esto es, si dirige su acción hacia un resultado final o a una pluralidad de resultados. En el caso, la voluntad se dirige a la elaboración de varias grabaciones, aunque el hecho no es preciso en la identificación de momentos y resultado. El otro factor relevante es el normativo, comprobando si la descripción típica dispone la consideración única de un conjunto de acciones. En el caso objeto de nuestra atención, el tipo penal refiere la elaboración de un material, que da idea de una pluralidad de componentes que integran ese material pornográfico referido a un único sujeto pasivo. En consecuencia, el delito no es continuado y se subsume en el art. 189.1 del Código Penal "*

Aplicando esta doctrina al caso actual, procede la estimación del motivo.

La estimación parcial del recurso interpuesto determina la declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por **Argimiro** contra sentencia de fecha veintinueve de octubre de 2015, dictada

por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, en causa seguida al mismo por delito de abusos sexuales y producción de material pornográfico; 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

10975/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Fallo: 24/05/2016

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 480/2016

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

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 la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción núm. 8 de Zaragoza incoó sumario con el número 15/2015 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Primera, por delitos de agresión sexual y producción de material pornográfico contra Argimiro con DNI NUM001, nacido en Ecuador, el NUM002 /1966, hijo de Miguel Ángel y Candida, sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 29 de octubre 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. Cándido Conde Pumpido Tourón hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar al recurrente Argimiro, como autor criminalmente responsable de un DELITO DE PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO UTILIZANDO A UNA MENOR DE TRECE AÑOS del art 189 1 b y 3 a) CP 2010, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, accesorias y costas, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, y que se impone en el umbral mínimo de la pena agravada por estar destinada la producción a consumo propio y por haberse tomado ya en consideración la grabación y utilización del material pornográfico para calificar la agresión sexual en su calidad de instrumento de la intimidación.



III. FALLO

Condenamos al acusado Argimiro , como autor criminalmente responsable de un **DELITO DE PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO UTILIZANDO A UNA MENOR DE TRECE AÑOS** del art 189 1 b y 3 a) CP 2010 , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **CINCO AÑOS DE PRISIÓN** , inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, prohibición de aproximación a la menor a menos de 200 metros durante seis años y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el mismo tiempo, **DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA**, especialmente la condena por agresión sexual continuada, la responsabilidad civil y las costas, que incluyen las de la acusación particular en la instancia.

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

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, 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 • CENDO.J