



Roj: **STS 4839/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4839**

Id Cendoj: **28079120012022100973**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **10127/2022**

Nº de Resolución: **993/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 1023/2022,**  
**STS 4839/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 993/2022**

Fecha de sentencia: 22/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10127/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: HPP

Nota: ATENCIÓN: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS)

RECURSO CASACION (P) núm.: 10127/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 993/2022**

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10127/22, interpuesto por D. **Alberto**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Mercedes Revillo Sánchez bajo la dirección letrada de D. José María Díaz Cerezo y D. **Arcadio** representado por el Procurador D. José Javier Freixa Iruela bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Irma Muñoz Cascante, contra la sentencia núm. 30/2022 de 27 de enero dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación 474/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 416/2021 dictada el 23 de julio, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26<sup>a</sup>, en el Rollo Sumario 1925/2020.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Madrid, instruyó el Sumario con el núm. 352/2019 por delitos de abusos sexuales y prostitución de menores, contra Alberto, Arcadio y otros, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26<sup>a</sup>, en la que vista la causa en el Rollo Sumario nº 1925/2020 dictó sentencia núm. 416/2021 en fecha 23 de julio, que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Natividad, nacida en Honduras el NUM000.03, llegó a España en noviembre de 2017, con 14 años de edad, pasando a convivir en el domicilio sito en C/ DIRECCION000, 11, en Madrid, con su madre Rosario, con NIE NUM001, y con Arcadio con DNI NUM002 nacido el NUM003.1966 (f 3), quienes mantenían una relación sentimental.

Rosario salía de la casa para trabajar en tanto que Arcadio se encontraba en referida situación de jubilación.

Convirtiéndose en guardador de hecho de la menor, ante las ausencias de la madre y la carencia de todo apoyo (familiar, social, educativo y/o económico), de la menor recién llegada a España (Natividad), aprovechándose de la tal situación y de la convivencia, al muy poco tiempo Arcadio entabló una relación de intensidad afectivo sexual con la referida menor. Ya desde prácticamente el inicio de la llegada de la menor y de la dicha convivencia Arcadio para en relación con Natividad impuso una relación de asimetría, de poder, de control y de superioridad.

Aprovechando las tales circunstancias en que se encontraba la menor, Arcadio, comenzó a realizarle tocamientos en senos, nalgas y genitales, manteniendo comunicaciones por distintas redes y aplicaciones (Telegram, Messenger, WhatsApp), de contenido sexual, así como, en modo continuado, relaciones sexuales con la menor, sin y con penetración, convenciendo a Natividad para también mantener relaciones sexuales con terceros. Así a través de la web DIRECCION001 tras un anuncio en que se refería como pareja, ambos mayores de edad, para contactar a través de e-mail, indicando que buscaban chico de entre 18 y 25 años para "follar en trío", contactándoles Higinio, siéndole personalmente reiterada la mayoría de edad de Natividad, manteniendo tras ello el día 26.06.18 relaciones sexuales, realizando Arcadio y Higinio penetración al menos bucal y vaginal a/con Natividad, siendo grabada la referida relación sexual por Arcadio. Un segundo encuentro con relaciones sexuales entre Natividad y Higinio, fue mantenido el 20.09.18, siendo grabado por aquella con una tablet de uso compartido por Arcadio y por la menor.

Asimismo Arcadio, en la referida situación, convenció a la menor para que mantuviera relaciones sexuales con el hermano de aquél Alberto, con DNI NUM004 (ff 579, 582), nacido el NUM005.1964, siendo este conocedor y sabedor de la edad de Natividad y de la relación que Arcadio había entablado con la menor, logrando que en fechas de diciembre de 2018, enero de 2019 Natividad mantuviera dichas relaciones sexuales con Arcadio (sin que haya resultado probado que lo fueran a cambio de dinero), consistentes en sexo oral, así como en ocasiones con penetración bucal y vaginal, y con cuando menos intento de penetración anal, ello en distintos momentos y lugares, siendo algunas grabadas por la menor para su envío y/o visualización a/por Alberto y otras comunicadas y relatadas al referido Alberto por la propia menor y por chat de WhatsApp entre ambos hermanos (Arcadio y Alberto), por el propio Alberto.

En dicha situación y relación, en modo continuado en el tiempo, Arcadio convenció a la menor Natividad, intercambiando múltiples comunicaciones, para realización de fotografías y vídeos (siendo las grabaciones



llevadas a efecto bien por teléfono móvil, bien por una tablet cuyo uso compartía con Arcadio), mostrándose la menor desnuda, exhibiendo su cuerpo desnudo y sus órganos genitales, así como en prácticas masturbadoras y/o mostrándose así y en ocasiones con introducción en vagina y/o ano de objetos, tales como botes de desodorante, cepillos, destornilladores u otros tipo cohete o similar, y dedos (propios y también de tercero), siendo grabadas/realizadas en ocasiones por Arcadio o en ocasiones por la propia menor a quien había convencido para ello y siguiendo sus indicaciones, se las facilitaba a Arcadio, quien se las pedía y almacenaba y con quien las comentaba.

Arcadio convenció a Natividad para que aceptara relaciones sexuales con hombres de muy avanzada edad, siendo múltiples las conversaciones mantenidas sobre este tema con la menor, siendo que cuando menos en verano de 2018 en el PARQUE000, en Madrid, al tiempo que Arcadio se comunicaba con Natividad por WhatsApp, siendo Natividad conocedora de ello, procedió a grabar en vídeo a la menor y cómo, siguiendo las indicaciones de Arcadio, un hombre de muy avanzada edad se sentaba junto a ella tocándole la vagina.

Asimismo Arcadio en torno a noviembre de 2018 convenció a la menor para que mantuviera relaciones de carácter sexual con un perro, logrando que la menor, siguiendo las indicaciones de Arcadio, las mantuviera en modo oral y con penetración vaginal del perro a la menor, siendo grabadas por Natividad para después facilitárselas a Arcadio, quien se las pedía y almacenaba y con quien las comentaba.

Las imágenes, fotografías, vídeo, mensajes y comunicaciones eran almacenadas para, al menos, la propia satisfacción de Arcadio.

Natividad denunció los hechos el 01 de abril de 2019.

En el acto del plenario, alcanzada su mayoría de edad, Natividad expresó su libre voluntad de no seguir ejerciendo la Acusación Particular y de no declarar en relación con Rosario y Arcadio, no habiendo resultado probado que Rosario, madre de Natividad visualizara a finales de enero de 2019 el contenido sexual (vídeos fotografías y conversaciones), entre Arcadio y Natividad, no protegiendo a su hija, sin evitar su permanencia en dicha situación, ni que en marzo de 2019 Natividad le pidiera ayuda Natividad ante la situación en que se encontraba, y su madre, la referida Rosario le propinara dos bofetadas y la conminara a abandonar el domicilio. Tampoco ha resultado probado que Higinio mantuviera relaciones sexuales con Natividad con entrega de dinero y siendo sabedor de la menor edad de la misma.

A resultas de tales hechos, a Natividad le fue causado daño social, familiar y educativo, con presentación de cuadro ansioso depresivo, falta interés por el futuro y trastorno de estrés postraumático, habiendo precisado de intervención psicológica, con toma de antidepresivos, así como daño social causado a la menor por ruptura en la relación con la madre, en el ámbito educativo, pérdidas de oportunidades sociales".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Rosario con NIE NUM001 y a Higinio con DNI con DM NUM006 de los hechos por los que devinieron objeto de acusación y enjuiciados.

Que, absolviéndole de los restantes delitos por los que devino acusado DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Alberto, con DNI NUM004 como autor de un delito continuado de abuso sexual, previsto en el art. 183.1 y 3 CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de diez (10), años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como ( arts. 57 y 48 CP), con imposición de las penas de prohibición de aproximación a Natividad en un radio de 500 metros, de acudir al domicilio, lugar de trabajo, u otro por la misma frecuentados (los que deberán ser concretados, así como sus posibles cambios, en fase de ejecución de sentencia), con prohibición de comunicación con la misma ( art. 57,1 párrafo segundo CP y concordantes), todas estas prohibiciones por tiempo de veintiún (21), años. Lo anterior con imposición de libertad vigilada por el tiempo interesado de 7 años.

Que, absolviéndole de los restantes delitos por los que devino acusado DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a Arcadio, con DNI NUM002 como autor de un delito continuado de abuso sexual previsto en el art. 183.1, 3 y 4 b) CP, visto el art. 74.1 CP, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, a valorar como agravante ( art 23 CP), y agravante de género ( art. 22.4ª CP), visto el art. 66.4ª CP, a pena de quince (15), años de prisión, con inhabilitación absoluta ( arts. 41, 55 CP), durante el tiempo de condena. Se acuerda la prohibición de aproximación a Natividad en un radio de 500 metros, de acudir a su domicilio, lugar de trabajo u otros por la misma frecuentados (los que deberán ser concretados en fase de ejecución de sentencia, así como sus posibles cambios), por tiempo de veintiséis (26), años. Se acuerda la libertad vigilada por tiempo de 10 años.

Asimismo DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al referido Arcadio, con DNI NUM002 como autor de un delito continuado de corrupción de menores previsto en el art. 189.1 a y b CP, en relación con el art. 189.2



a) b) y g) CP y 74 CP, concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal mixta de parentesco, a valorar como agravante ( art 23 CP), y agravante de género ( art. 22.4ª CP), visto el art. 66.4ª CP, a la pena de once años, tres meses y un día (11 años, 3 meses y 1 día) de prisión, con inhabilitación absoluta ( arts. 41, 55 CP), durante el tiempo de condena. Se acuerda la prohibición de aproximación a Natividad en un radio de 500 metros, de acudir a su domicilio, lugar de trabajo u otros por la misma frecuentados (los que deberán ser concretados en fase de ejecución de sentencia, así como sus posibles cambios), por tiempo de veintidós años, tres meses y un día (22 años, 3 meses y 1 día). Asimismo, atendido lo expuesto en el párrafo precedente, atendido el art. 192.1 CP se impone al acusado Arcadio la pena de libertad vigilada por tiempo de 9 años.

Se acuerda el decomiso del terminal intervenido al acusado en el momento de la detención y de la tablet por el mismo entregada, a los que se dará el destino legalmente previsto.

En concepto de responsabilidad civil Arcadio y Alberto indemnizarán a Natividad en 20.000 euros, a razón de dos terceras partes de la referida cantidad Arcadio y el tercio restante por Alberto , incrementadas las cifras respectivas en el interés legalmente previsto en los arts. 576 LECi y concordantes.

Se acuerda ( art. 69 LO 1/04), el MANTENIMIENTO de las medidas cautelares acordadas durante la tramitación de los recursos que eventualmente se interpongan contra la presente resolución.

Lo anterior con condena en la mitad de las costas devengadas, a satisfacer a razón de dos terceras (2/3), partes por Arcadio y el tercio (1/3), restante por Alberto .

Se decreta el abono, para el cumplimiento de la pena, de todo el tiempo de privación de libertad que en tal situación hayan permanecidos los ahora condenados por razón de esta causa.

Sin perjuicio de la formación de Pieza. Separada de Responsabilidad Civil, y a los correspondientes y debidos efectos, procédase a la inmediata remisión de testimonio de la sentencia recaída al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que instruyó la presente causa; expídanse y remítanse las certificaciones correspondientes por el/la Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia; procédase a su inscripción en el Registro Central de Víctimas de Violencia Doméstica. Asimismo dese cuenta a los organismos normativamente establecidos con arreglo a la legislación vigente; llévense a efecto las anotaciones, inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en el modo y en los términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados, dictándose sentencia núm. 30/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 27 de enero de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 395/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por Alberto y Arcadio contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2021, dictada por la Sección 26ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento ordinario N° 1925/2020, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución en cuanto a las penas y medidas de seguridad impuestas, e imponemos:

- A Alberto las penas de diez años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, y prohibición de aproximación a Natividad en un radio de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro por la misma frecuentado, y de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de trece años, y la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de siete años.

- A Arcadio , por el delito continuado de abuso sexual las penas de doce años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a Natividad en un radio de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro por la misma frecuentado, y de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de trece años, y la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de siete años; y por el delito continuado de corrupción de menores las penas de nueve años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a Natividad en un radio de 500 metros de su domicilio, lugar de trabajo u otro por la misma frecuentado, y de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de trece años, y la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de siete años.

Confirmamos la resolución en sus restantes pronunciamientos.

Declaramos de oficio las costas de esta azada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado



y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar ( arts. 855 y 856 LECr)".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal de los condenados, Alberto y Arcadio 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 los recursos.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron sus recursos alegando los siguientes **motivos de casación**:

Recurso de Alberto

**Motivo Primero.-** Al amparo del artículo 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que acometemos el recurso de casación por aplicación indebida del artículo 183.1 y 3 del Código Penal.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional contenido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Recurso de Arcadio

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional en base a lo dispuesto en el artículo 852 de la LECRIM, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24. 1, 24.2, 14, 18.1 y 3. y 120.3 de la Constitución Española, derecho a la Tutela Judicial efectiva, como autoriza y en base a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de ley en base a lo dispuesto en art. 849.2º de la LECRIM, por error en la apreciación de la prueba por el tribunal a quo.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de ley en base a lo dispuesto en art. 849.1º de la LECRIM, por indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 183.1, 3 y 4 b), 189.2 a) b) y g), 22.4 y 74.1 del Código Penal.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra Revillo Sanchez presentó escrito dándose por instruida; el Ministerio Fiscal interesa su inadmisión y subsidiariamente los impugna en los términos expuestos en su escrito de 21 de julio de 2022; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Diligencia de Ordenación de fecha 23 de Noviembre de 2022, se otorgó un plazo de tres días a las partes recurrentes para que informaran sobre la eventual aplicación de la LO 10/2022, la Procuradora Sra Revillo Sánchez evacuó informe interesando su aplicación, por resultarle más favorable; del que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien interesó se mantuviera la condena en la extensión impuesta.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de diciembre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Alberto

**PRIMERO.-** El primer motivo que formula este recurrente contra la sentencia de apelación que le condena como autor de un delito continuado ( artículo 74 CP) de abuso sexual a menor ( artículo 183.1 y 3 CP), cometido en la persona de D<sup>a</sup> Natividad , entre otras penas a diez años de prisión, es al amparo del artículo 849.1 LECrim por aplicación indebida del artículo 183.1 y 3 del Código Penal y el segundo por infracción de precepto constitucional contenido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

1. Pese a la rúbrica de infracción de ley, en el primer motivo se limita a cuestionar la validez del testimonio de la víctima (inhábil por ende, ex art. 884.3 LECrim para sustentarse como error iuris); y en el segundo, reitera que la condena impuesta al recurrente, se ha sustentado únicamente en la versión inculpativa vertida en el Plenario por la menor pese a que cuenta con un grado de madurez psicológica inferior a la media respecto a su grupo de edad.

Motivos por tanto reiterativos y atinentes a la observancia del derecho a la **presunción de inocencia**, que sin excesivo esfuerzo argumentativo debe necesariamente desestimarse, cuando además de las manifestaciones de la víctima contamos con videos en que se grabó las relaciones sexuales mantenidas entre la menor y Alberto , con escenas de penetración vaginal y bucal - NUM007 - NUM008 y NUM009 - NUM010 -, y además



las conversaciones entre los acusados Sres. Alberto Arcadio a través de sus respectivas líneas telefónicas, mensajería instantánea WhatsApp, comunicaciones mantenidas entre los días 2 de enero y 8 de enero de 2019 a propósito de las relaciones sexuales habidas entre Alberto y la menor, y comunicaciones muy explícitas por igual cauce entre Arcadio y la menor durante los meses de noviembre y diciembre de 2018 en punto a la misma cuestión, y otras fotos pantallazos entre la víctima y Alberto con mensajes que no dejan duda sobre los encuentros sexuales mantenidos; archivos que fueron objeto de estudio y análisis por agentes especializados del Cuerpo Nacional de Policía quienes emitieron informes después ratificados y sometidos a contradicción en el plenario, y como documentos obran unidos a las actuaciones, y que a instancia de las partes fueron vistos algunos de los archivos en el juicio.

Documentos que además de integrar prueba de cargo suficiente para la condena pronunciada, corroboran plenamente las manifestaciones de la víctima. De especial significación inculpativa, cuando en la vista oral, alcanzada su mayoría de edad, Natividad expresó su libre voluntad de no seguir ejerciendo la acusación Particular y de no declarar en relación con su madre Rosario y con el compañero de esta, Arcadio, es decir, hizo uso hasta el límite de lo posible de la dispensa legal con que contaba, no extensible al recurrente, indicativo de una clara ausencia de cualquier motivación vindicativa.

Mientras que la invocada desviación estadística de su grado de madurez, en relación a su edad, en modo alguno condiciona la veracidad de su testimonio, especialmente cuando la madurez aludida es la "emocional", como resulta del cuerpo del informe que conduce a tal conclusión, que seguidamente indican las peritos, "compatible con una experiencia de ASI", es decir, de abuso sexual infantil.

De otra parte, contaba ya con dieciséis años en el momento de la denuncia; por lo que ese decalaje emocional, no permite concluir que careciera de la consciencia precisa para conocer las consecuencias que sus acciones en otros ámbitos, como la formalización de la denuncia realizada, del abuso de que era víctima; baste recordar que la madurez que contempla la ley a estos efectos es a que corresponde a un grado evolutivo normal de doce años (art. 9.2 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor); tanto más en la vista oral, cuando ya era mayor de edad.

Ambos motivos se desestiman.

*Recurso de Arcadio*

**SEGUNDO.**- Recurre este acusado la sentencia de apelación, donde se le condena como: i) autor de un delito continuado (artículo 74 CP) de abuso sexual a menor [artículo 183.1, 3 y 4.b) CP], concurriendo la agravante de género y como agravante, la circunstancia mixta de parentesco, entre otras penas, a doce años de prisión; y ii) autor de un delito continuado (artículo 74 CP) de corrupción de menores [189.1.a) y b) en relación con los artículos 189.2.a), b) y g)], en ambos casos cometidos en la persona de D<sup>a</sup> Natividad.

1. El primer motivo de casación que formula es por infracción de precepto constitucional en base a lo dispuesto en el artículo 852 de la LECrim, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1, 24.2, 14, 18.1 y 3. y 120.3 de la Constitución Española, derecho a la Tutela Judicial efectiva, como autoriza y en base a lo dispuesto en el artículo 5.4 de la LOPJ.

Reitera el contenido de su recurso de apelación:

i), que no se le dio vista, ni acceso a todo el material inculpativo obrante en los autos; que el vídeo n.º 20 extraído del Ipad no se podía ver, pero el Ministerio Fiscal, sabía que para visualizarlo, la Sala debía estar a oscuras y así lo interesó en el plenario, pero el recurrente lo intentó dos veces con anterioridad y no lo logró;

ii) que el contenido extraído del terminal móvil de D<sup>a</sup> Natividad y del Ipad que utilizaban, tanto ella como el recurrente, fueron obtenidos con vulneración de derechos fundamentales, pues el acceso fue ilícito, sin el consentimiento expreso de sus legítimos propietarios y/o tutores, y /o representantes legales.

2. Dado que la cuestión fue adecuadamente resuelta en la sentencia de apelación, contra la que debe dirigirse el recurso de casación, sin que en el recurso se articule argumento alguno contra la allí resuelto, bastaría para su desestimación la mera remisión a la respuesta otorgada por el TSJ.

3.1. En relación al acceso de todo el material inculpativo, efectivamente, tiene declarado el TEDH que el derecho a un juicio contradictorio, aparte de la posibilidad de conocer y comentar las observaciones presentadas y las pruebas aportadas por la otra parte (véanse los artículos 56 y 57 supra; compárese también *Rowe y Davis c. el Reino Unido* [GC], n.º 28901/95, § 60, CEDH 2000 II), también exige, en un caso penal, que la acusación revele a la defensa todas las pruebas materiales que obren en su poder a favor o en contra del acusado (véase *Edwards c. Reino Unido*, 16 de diciembre de 1992, § 36, serie A n.º 247B, y *Rowe y Davis*, antes citada, § 60). El término prueba material no puede interpretarse en sentido estricto en el sentido de que no puede limitarse a las pruebas consideradas pertinentes por la acusación. Más bien, abarca todo el material en



posesión de las autoridades con relevancia potencial, también si no se considera en absoluto, o no se considera relevante (compárese *Edwards*, citado anteriormente, § 36; *Bendenoun c. Francia*, 24 de febrero de 1994, § 52, serie A n° 284; y *Rowe y Davis*, antes citada, § 60). El hecho de no revelar a la defensa pruebas materiales que contengan datos que podrían permitir al acusado exonerarse o reducir su pena constituiría una denegación de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa (véase *Natunen c. Finlandia*, n° 21022/04, § 43, 31 de marzo de 2009; *Matanoviæ*, antes citada, § 157).

3.2. Pero en autos, nada indica que la queja del recurrente, referida al acceso de todo el material inculpatario obrante en los autos, se compadezca con la realidad; denuncia en todo caso huérfana de la necesaria concreción en el trámite de casación; y respecto de la queja concreta al modo de visualizar un específico vídeo, carece de la más mínima relevancia. Debe considerarse que el vídeo procedía del contenido almacenado en el propio Ipad del recurrente; que además se hallaba etiquetado en las diligencias como: "20. Video de trío entre Natividad, Arcadio y al parecer Higinio. En el mismo todos ellos practican sexo oral, sexo vaginal y anal, observándose como Arcadio recibe una felación de la menor, y practica lo que parece sexo anal con la misma. Duración: 1 hora 52 min 4 segundos (la relación sexual comienza 1h 9 min). Realizado con la cámara Ipad 2. Record time: 26/06/2018)"; y que la mejor visualización de una grabación en vídeo se aprecia con el entorno a oscuras, es lugar común y es el modo habitual en que se proyectan las películas en todas las salas de cine, y nada le impedía a la parte recurrente haberlo interesado de ese modo.

Valga añadir, *ad abundantiam*, que el TEDH, en su el caso *Rook c. Alemania*, demanda núm. 1586/15, sentencia de 25 de julio de 2019, § 73, en relación al acceso del expediente, reitera, que el artículo 6 § 3 (b) del Convenio no requiere que la preparación de un juicio que dure un cierto período de tiempo se complete antes de la primera audiencia. La cuestión, más bien es si la cantidad de tiempo realmente disponible antes del final de la audiencia fue suficiente [ *Mattick, c. Alemania* (dec.), n° 62116/00, de 31 de marzo de 2005]; y es patente que en autos que entre todo la documental digital aportada, ninguna innovación conllevaba el contenido de ese vídeo, en orden a remodelar o completar la estrategia y contenido de la defensa.

4.1. En cuanto al consentimiento de la menor, para acceder al contenido de su propio móvil, ya indica la sentencia de apelación, que el terminal fue entregado voluntariamente por la menor, que a la sazón contaba 16 años, a los agentes de la autoridad, al tiempo de interponer denuncia, y ante fedatario judicial - quien lo documentó por diligencia de fecha 2 de abril de 2019 - prestó consentimiento para el acceso al contenido, a pesar de lo cual por providencia de igual fecha y ante la falta de consentimiento expreso por quien ostentara la representación y defensa de la menor se ordenó subsanar el defecto observado; el día 3 de abril de 2019 la denunciante compareció de nuevo, acompañada de la Trabajadora Social del Centro en que se encontraba interna, y prestó otra vez consentimiento para acceso al terminal.

En definitiva, presta su consentimiento en dos ocasiones, en momentos que ya contaba con dieciséis años de edad; y por ende debía ser considerada como titular de su intimidad, sin necesidad de complementación alguna; el artículo 4 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, reconoce en su primer apartado que *los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones*; y remarca en su apartado. 4 que *los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros*. Y de igual modo, el art. 7.1 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, permite el tratamiento de los datos personales de un menor de edad fundado en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.

Recuérdese que aunque se prescindiera del contenido de la Tablet, entre los archivos contenidos en el móvil de la menor, se observan multitud de fotografías de la menor desnuda, masturbándose o introduciéndose objetos por la vagina, los cuales son enviados a través de la aplicación de mensajería Telegram a un teléfono al que tiene nombrado como "Papa", así como vídeos en los que aparece la víctima con su padrastro Arcadio y un tercer varón manteniendo relaciones sexuales. Que en otras fotografías aparece Arcadio completamente desnudo, e incluso la menor manteniendo relaciones sexuales con varones sin identificar. Que el chat que mantiene con su padrastro -el detenido Arcadio- versa casi en exclusividad sobre temas de índole sexual, evidenciándose que mantienen una relación de pareja. En dichas conversaciones, Arcadio le pide que le aporte detalles concretos de las relaciones sexuales que mantiene con terceros, que le envíe la grabación de dichos encuentros -hecho que lleva a cabo la menor sin omitir detalle alguno- así como que se grabe mientras se masturba y se lo envíe.

Material probatorio suficiente para concluir la condena recaída al recurrente

4.2 Respecto del consentimiento para el acceso a la Tablet Ipad, de uso compartido, obraba igualmente el consentimiento de la menor, expresado del mismo modo, aportando inclusive el patrón de desbloqueo.



Uso compartido consensuado, donde no mediaban reglas de autolimitación que salvaguardaran el espacio de intimidad de cada uno de los usuarios, sin acceso individualizado y sin compartimentación estanca alguna; siendo el contenido material del derecho a la intimidad a diferencia de otros derechos, susceptible de ampliación o reducción por el propio titular; por lo que la menor cousearia, no resulta afectada por el espacio de exclusión en la intimidad vertida por el recurrente en ese dispositivo; y donde además, la intimidad afectada en los documentos digitales, fotografías y vídeos extraídos, era fundamentalmente la de la menor, a su vez la cousearia, denunciante y autorizante de su acceso. Presupuestos, que concorde a la doctrina jurisprudencial vertida en la STS 287/2017, de 4 de abril, legitiman la incorporación de la documental digital en ese dispositivo albergada.

Ello bastaría para la extracción documental albergada en la tablet; pero, además se expone la sentencia de apelación con remisión a la sentencia de instancia que consta expresamente en las actuaciones que el recurrente, prestó formalmente consentimiento para ser trasladado a su domicilio, acceder al mismo e intervenir la tablet, e incluso que franqueó la entrada a la vivienda utilizando sus llaves; tal y como figura en el acta de consentimiento de entrada en domicilio levantada en el lugar y manuscrita el recurrente hizo entrega de un dispositivo electrónico (tableta de color negro de la marca Apple) de su propiedad, lo que hizo hallándose presente su letrada.

Facta concludentia, que permite concluir a la sentencia recurrida, que no existió vulneración de los derechos fundamentales concernidos - secreto de las comunicaciones e intimidad - que tiñeran de ilicitud las pruebas tomadas en consideración por la Sala, en razón de que se volcase y analizase el contenido del Ipad, entrando en el entorno virtual compartido del acusado y la víctima, pues fue una actuación consentida por ambos.

El motivo se desestima

**TERCERO.-** El segundo motivo lo formula por infracción de ley en base a lo dispuesto en art. 849.2º de la LECrim, por error en la apreciación de la prueba por el tribunal a quo.

1. Pero al argumentarlo, añade a la rúbrica, vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** y es este apartado el único que desarrolla, con preterición del error iuris. Alega que en íntima conexión con el motivo anteriormente alegado, respecto de la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida es que, al devenir nulo el contenido de los terminales Ipad y Huawei, no hay prueba de cargo suficiente para considerar desvirtuado el derecho a la **presunción de inocencia** del recurrente. Este negó los hechos y no existe prueba suficiente que acredite que ha cometido los delitos por los que resultó condenado.

2. Fraude procesal aparte, al decaer el motivo anterior, necesariamente, el presente lleva la misma suerte. De los dispositivos móviles de la menor y del recurrente, se ha obtenido numerosas fotografías, conversaciones, grabaciones de alto contenido sexual referente a la menor. Fotografías y vídeos en las que la menor aparece en actitudes sexuales, desnuda, masturbándose o introduciéndose objetos por la vagina, vídeos en los que supuestamente manteniendo relaciones sexuales con los procesados. Imágenes de la menor denunciante mostrando sus partes íntimas, así como, relativo al encuentro en el parque de la menor con un varón mayor en el que este le introduce la mano entre las piernas o en que aparece la menor manteniendo sexo con un perro.

Pero incluso sin el contenido proveniente de esos dos dispositivos (móvil Huawei de la menor y tablet Ipad compartida por la menor y el recurrente), con las manifestaciones de Higinio y el contenido de la transcripción de las conversaciones entre ambos hermanos acusados, resulta material suficiente de cargo para el pronunciamiento de la resolución recurrida.

El motivo se desestima

**CUARTO.-** El tercer y último motivo lo fórmula por infracción de ley en base a lo dispuesto en art. 849.1º de la LECRIM, por indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 183.1, 3 y 4 b), 189.2 a) b) y g), 22.4 y 74.1 del Código Penal.

1. De similar modo al motivo anterior, argumenta y formula el actual en forma subsidiaria el éxito de los precedentes: "entendemos y venimos a denunciar la aplicación incorrecta e indebida de los referidos artículos, por unos hechos que, tal y como se fundamenta en los motivos de casación expuestos anteriormente, no han podido ser probados en ningún momento del procedimiento, y por ende impugnamos la Sentencia de 23 de julio de 2021, dictada por el TSJM"; "se dice que mi representado, es culpable de un delito continuado de abuso sexual en la persona de Dª Natividad y de un delito continuado de corrupción de menores, nada más erróneo y es así porque no se producen los supuestos de los tipos para ser aplicados a los mismos, y ello se deduce siguiendo el hilo de todo lo expuesto anteriormente, por la ausencia de pruebas que así lo corroboren, en la medida que son obtenidas de forma ilícita, ergo adolecen de nulidad."





2. Desestimados los anteriores motivos, la suerte anudada por el recurrente del actual motivo a aquellos, determina idéntica suerte desestimatoria.

**Examen de la procedencia de la aplicación de la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual**

**QUINTO.-** En el preceptivo examen de la potencial retroactividad en favor del reo de la nueva norma, debemos advertir, que nos encontramos, no ante la revisión de una sentencia firme, que tradicionalmente con el Código Penal de 1995 conlleva peculiaridades en orden al alcance de esa retroactividad, sino ante un procedimiento, donde aún no obra sentencia firme, que se conoce en virtud de recurso, con la singularidad adicional derivada de que en el lapso de su tramitación ha entrado en vigor una modificación de las normas que han motivado la condena recurrida.

Como expresamos en la STS 967/2022, de 15 de diciembre, el artículo 2.2 del CP recoge el principio general de aplicación retroactiva de la norma más favorable al reo. Las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 introducen algunas limitaciones en la determinación de la pena más favorable en los casos en que se trate de revisión de sentencias firmes, que no afectan a aquellos casos en los que se trate de sentencias en fase de recurso.

Para estos últimos casos, sin perjuicio de las particularidades relevantes de cada supuesto concreto, puede decirse con carácter general que, en principio, una previsión que establezca un marco penológico en el que, sin modificar el máximo se reduzca el mínimo legal de la pena, resultaría eventualmente más favorable, cuando no mediaran razones para superar el mínimo punitivo resultante.

1. En relación a Alberto, viene condenado por delito continuado del art. 183.1 y 3 CP, anterior a la reforma, sin circunstancias modificativas, lo que determina un marco punitivo de diez a doce años (de ocho a doce años por el 181.1. y 3; que pasan de diez a doce por la continuidad); y tras la reforma, sería un delito continuado del art. 181.1 y 3 CP, del que resultaría un marco normativo de nueve a doce años.

La sentencia recurrida, a pesar de que considera que el marco punitivo es de ochos a doce años, al olvidar la consecuencia punitiva derivada de la continuidad, impone "la pena interesada por el Ministerio Fiscal de 10 años de prisión (que lo es en la extensión media de la legalmente prevista)".

Ciertamente, con la nueva norma cabría rebajarla a nueve años, pero dada la motivada individualización de su concreción punitiva, nada lo justificaría, pues resulta proporcionada en relación a su conducta: *Su delictivo proceder, reiterado en el tiempo, siendo las relaciones por vía vaginal, por vía anal y por vía bucal, permitiendo incluso su grabación, de carácter pornográfico con imagen de la menor, siendo además sabedor de las actuaciones de Arcadio para con la referida menor, aprovechándose de ello, procurando las ocasiones propicias para su satisfacción sexual, lejos de su no realización y lejos de procurar el cese de la situación padecida por la menor, la acentuó, es por ello que se considera procedente -no obstante la no acreditación de mediación de dinero- la imposición de la pena interesada por el Ministerio Fiscal de 10 años de prisión.*

2. En relación con Arcadio, viene condenado por un primer delito continuado del art. 183.1, 3 y 4.b) CP, concurriendo las agravantes de género y parentesco, lo que determina un marco punitivo de once años y seis meses a doce años de prisión [de ocho a doce años por el 183.1. y 3; de diez a doce por el 183.4.b); de once a doce por la continuidad; y de once años y seis meses a doce por concurrir dos agravantes y ninguna atenuante]; y tras la reforma, sería un delito del art. 181.1, 3 y 4.a), con las mismas agravantes, que determina un marco punitivo de 11 años y 3 meses a 12 años [de seis a doce años por el 181.1. y 3; de nueve a doce por el 181.4.1); de diez años y seis meses a doce años por la continuidad; y de once años y tres meses a doce por concurrir dos agravantes y ninguna atenuante]

Impuesta la pena debidamente motivada en el umbral superior del marco punitivo, doce años de prisión, que efectivamente resulta proporcionada a la conducta sancionada, ninguna modificación procede a tenor de la nueva norma.

Y también viene condenado por un segundo delito continuado de corrupción de menores de los artículos 189.1.a) y b) en relación con el 189.2.a), b) y g), concurriendo las agravantes de género y parentesco, lo que determina un marco punitivo de ocho a nueve años de prisión, habiendo sido concretado en su umbral máximo; marco normativo que no ha sufrido alteración con la LO 10/2022.

En consecuencia, las nuevas disposiciones no resultan más favorables para el reo.

**Costas**

**SEXTO.-** De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso, se impondrán a la parte recurrente.



## FALLO

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

1º) Declarar no haber lugar a estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Alberto**, contra la sentencia núm. 30/2022 de 27 de enero dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 474/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 416/2021, de 23 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, en el Rollo Sumario 1925/2020.

2º) Declarar no haber lugar a estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Arcadio**, contra la sentencia núm. 30/2022 de 27 de enero dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 474/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 416/2021, de 23 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, en el Rollo Sumario 1925/2020.

3º) Imponer a las partes recurrentes las costas originadas por sus respectivos recursos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO