



Roj: **STS 191/2023 - ECLI:ES:TS:2023:191**

Id Cendoj: **28079120012023100031**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **10477/2022**

Nº de Resolución: **7/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8031/2022,**
STS 191/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 7/2023

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10477/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

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

Transcrito por: AGG

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder **Judicial** previstas en el artículo 560.1.10^a de la Ley Orgánica del Poder **Judicial**.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10477/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 7/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar



D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 10477/2022 por infracción de ley, interpuesto por **D. Ramón**, representado por el procurador D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero y bajo la dirección letrada de D. José Luis Díaz Gómez, contra la sentencia núm. 230/2022, de 14 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación núm. 220/2022, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia núm. 152/2022, de 11 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Sumario Ordinario núm. 615/2020 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles, que le condenó como autor responsable de un delito de abuso sexual, dos delitos continuados de provocación sexual, un delito continuado de exhibicionismo y dos delitos de corrupción de menores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte el **Ministerio Fiscal** y, como recurridas, en condición de Acusación Particular, D.ª Herminia y D.ª Isabel, menores de edad, representadas legalmente por sus padres, D. Teofilo y D. Victorio, quienes actúan bajo la representación de la procuradora D.ª Belén Izquierdo Manso y la dirección letrada de D. Jorge Láinez Calderón.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles, incoó Diligencias Previas con el núm. 1351/2018, por un delito de abuso sexual, dos delitos continuados de provocación sexual, un delito continuado de exhibicionismo y dos delitos de corrupción de menores contra D. Ramón, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Segunda dictó, en el Procedimiento Sumario Ordinario núm. 615/2020, sentencia el 11 de marzo de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Se dirige acusación contra Ramón, mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1979, con DNI nº NUM001, carente de antecedentes penales, habiendo estado privado de libertad por esta causa desde el día siete de julio de 2018 hasta el día dieciocho de julio de 2018.

Por autos de fecha cuatro de julio de 2018 dictados por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Móstoles, se acordó le imposición al procesado de medidas cautelares penales consistentes en la prohibición al mismo de aproximarse a distancia inferior a 500 metros respecto de las menores Herminia y Isabel, a sus respectivos domicilios, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que las mismas frecuenten y prohibición de comunicarse con ellas por cualquier medio directo o indirecto, medidas vigentes hasta la fecha de terminación del presente procedimiento mediante sentencia firme o hasta que recaiga otra resolución que ponga fin al procedimiento.

En el año de 2017, el procesado, aprovechando la cercanía y amistad que le unía con la familia de la menor Herminia (NUM002-2005), en concreto con el padre de la misma al que conocía desde la infancia, así como su condición de preparador físico de los alumnos del Club de Tenis del Club Deportivo DIRECCION000 de la localidad de DIRECCION001, al que acudía Herminia como alumna, inició con esta, que entonces contaba con once años de edad, extremo sobradamente conocido por el mismo, contacto prácticamente diario a través de la aplicación DIRECCION002 de sus teléfonos móviles, contacto que duró hasta el día 25 de junio de 2018.

En el curso de estas conversaciones, el procesado guiado por la específica intención de satisfacer su ánimo lascivo, se ganó la plena confianza y admiración de la menor a la que contaba sus quehaceres diarios como militar de profesión destinado en la Brigada Paracaidista de DIRECCION003 y a la que hizo creer que era especial, agasajándole con presentes y por la forma en la que se dirigía a ella, como "princesa" o "corazón" siendo frecuente que le diera los buenos días y las buenas noches con expresiones tales como: "good; light my sweet sweet sweet".

De esta forma, en un primer momento el procesado fue introduciendo a la menor en conversaciones de contenido sexual, en las que le decía entre otras cosas que había soñado con que se masturbaba delante de ella y que no le importaría mantener relaciones sexuales con ella, para posteriormente, comenzar a enseñarle vídeos de contenido sexual explícito. En concreto, le fueron mostrados a la menor, vídeos del procesado manteniendo relaciones sexuales con su mujer Ángela, que el mismo guardaba en su teléfono móvil.



En marzo de 2018, le fueron mostrados, uno, en el que se veía a la mujer del procesado practicándole una felación estando ambos en el sofá del salón de su domicilio y otro en el que se les veía manteniendo relaciones sexuales completas en la cama de matrimonio. Así mismo el procesado le enseñó varios vídeos de él masturbándose que el mismo guardaba en una carpeta denominada "X" dentro de un pen drive que portaba siempre encima, dentro de su cartera.

En este contexto, el procesado aprovechaba las muchas ocasiones en las que la menor se encontraba en su domicilio y no podía ser visto por terceros, para no solo mostrarse desnudo delante de ella sino incluso para masturbarse en su presencia, para lo cual, le guiñaba un ojo con carácter previo y así se aseguraba de que ella sabía lo que él iba a hacer y lo presenciara, forzando los encuentros cuando era necesario.

Igualmente, en el curso de vídeo llamadas entre ellos, el procesado conminaba a Herminia a participar en comportamientos de naturaleza sexual pidiéndole que se desnudara delante de él y le enviara fotos o vídeos de contenido sexual, procediendo posteriormente él a masturbarse viéndolo la menor.

El día veinticinco de mayo de 2018, con ocasión de la estancia y pernoctado la menor Herminia en el domicilio del procesado sito en la CALLE000 nº NUM003 de la localidad de DIRECCION001, encontrándose éste en el salón por la noche viendo una película en compañía de su hijo de seis años de edad y de la menor rocío, el procesado aprovechando que su mujer se había marchado a descansar y la proximidad con la menor que se encontraba sentada a su lado, guiado por la específica intención de satisfacer su ánimo libidinoso, comenzó a masturbarse tapándose sus genitales con un cojín para inmediatamente después, meter su mano por debajo del pantalón de pijama y ropa interior de Herminia, tocándole la zona genital y llegando a penetrarla vaginalmente introduciéndole uno de sus dedos. Herminia en ese momento le pidió que parara y el procesado sacando su mano del pantalón, le tocó el pecho, le dio un beso en la boca y se retiró.

El día veinticinco de junio de ese mismo año, encontrándose el procesado, dada su condición de militar, destinado en la base militar española de DIRECCION004 en Irak y estando Herminia con sus familiares de vacaciones en Cantabria, iniciaron sobre las 17:53 horas una conversación de clara índole sexual, vía DIRECCION002, Herminia desde su teléfono número NUM004 y el procesado desde su teléfono número NUM005 en el curso de la cual el procesado le envió fotografías en las que se veía su pene de varón y en las que aparecía él mismo masturbándose instando a la menor para que a su vez le remitiera fotos de ella desnuda y masturbándose, atendiendo Herminia a su solicitud ya que procedió a remitirle unas fotografías en la que se veían sus pechos desnudos, otras de su zona genital, concretamente su vulva y vídeos en los que se apreciaba a la menor masturbándose introduciendo sus dedos en la vagina.

En ese momento Herminia fue sorprendida por su padre Teofilo, cuando este entró en el cuarto de baño y pudo ver a su hija desnuda manteniendo una conversación por DIRECCION002 con el procesado.

Por lo que respecta a la menor Isabel (NUM006 -04), conoció al procesado a mediados del año 2017 con ocasión de las clases de preparación física que este impartía sin retribución alguna a los alumnos de la escuela de tenis del Polideportivo DIRECCION000 de DIRECCION001, entre los que se encontraba Isabel.

Al igual que hiciera con Herminia y guiado por igual animo lascivo, inició con ella conversaciones principalmente a través de la aplicación DIRECCION002 de sus teléfonos móviles, siendo el número de Isabel NUM007 y el del procesado NUM005, en los que poco a poco fue ganándose la confianza de la menor. Dichas conversaciones eran prácticamente diarias, en las que logró intimar con ella embaucándola con las mismas frases utilizadas con Herminia y en las que le llegaba a decir que la quería o la amaba. Con el mismo fin, le hizo también diversos regalos tales como colgantes o peluches.

En este contexto, fue introduciendo a la menor en conversaciones de contenido sexual explícito llegando a ser habituales entre ellos y en las cuales con frecuencia el procesado le preguntaba si se había masturbado. En el curso de dichas conversaciones, el procesado envió diversos vídeos y fotografías a la menor en los que aparecía desnudo, o masturbándose o se veía su pene erecto para después conminar a la menor a que ella le mandara vídeos o fotografías de la menor con similar contenido, cosa que ella no llegó a hacer. El procesado borraba dichos archivos una vez enviados y cuando se cercioraba de que la menor los había visualizado.

En fecha no determinada pero en todo caso comprendida entre los meses de septiembre a diciembre de 2017, estando la menor en compañía del procesado en un polideportivo de la localidad de DIRECCION005, aprovechando que se hallaban solos, el procesado enseñó a la menor un vídeo que el mismo almacenada en su teléfono móvil en el que se le veía manteniendo sexo explícito con su mujer.

Después de ello, cuando se encontraban juntos, normalmente con ocasión de las clases impartidas por el procesado a la menor, este buscaba momento a solas para enseñarle más vídeos tanto de él desnudo, como de él masturbándose y manteniendo relaciones con su mujer."

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

"Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. Ramón , como autor responsable de los delitos de abuso sexual, continuado de provocación sexual, continuado de exhibicionismo, de corrupción de menores, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

Por el delito de abusos sexuales sobre Herminia que era menor de dieciséis años correspondería la pena de 11 años de prisión e inhabilitación absoluta y prohibición de aproximarse a Herminia a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de dieciocho años.

En relación con Herminia y Isabel , dos delitos continuados de provocación sexual, de los artículos 74 y 186 del Código Penal, la pena de 10 meses de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a . Herminia y a Isabel a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de cuatro años.

En relación con el delito continuado de exhibicionismo del que habría sido víctima Herminia , de conformidad con. el artículo 74 y 185 ambos del Código Penal, la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Herminia a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un periodo de cuatro años.

En relación con Herminia y por el delito de corrupción de menores del artículo 189.1. a) y 2. a) la pena de 7 años de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Herminia a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de diez años.

En relación con la menor Isabel un delito de corrupción de menores tipificado en el artículo 183 ter 2 CP la pena de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Isabel a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de cuatro años.

Asimismo, procede imponer al acusado la pena de 10 años de libertad vigilada a cumplir con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad e inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 15 años.

Y a que el condenado indemnice en la cantidad de 45.000 euros a D. Herminia y en la cantidad de 20.000 euros a D.^a Isabel y sus correspondientes intereses legales.

Así como al pago de las costas procesales."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Ramón , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 14 de junio de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 220/2022, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por la representación de don Ramón contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2022 dictada por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento sumario ordinario 615/2020, fijando las penas de prisión en el delito de corrupción de menores del artículo 189.1. a) y 2. a) en 5 años, en el delito del artículo 183 ter 2 del CP en 6 meses de prisión y en el delito continuado de exhibicionismo del artículo 185 del CP y 74 del CP en 9 meses y un día de prisión, manteniendo respecto a dichos ilícitos las penas accesorias en la extensión y en los términos recogidos en la sentencia impugnada, así como el resto de los términos de la sentencia.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo



las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por error en la apreciación de la prueba y falta de motivación respecto del contenido del fallo referido en relación con el delito de abuso sexual a la menor Herminia .

Segundo.- En concreto y referido a error en la apreciación de la prueba, falta de motivación y por aplicación indebida del tipo penal respecto del delito imputado a mi mandante de corrupción de menores en relación con Herminia .

Tercero.- En concreto y referido a la extensión de las penas impuestas.

Cuarto.- Infracción de ley por aplicación indebida del art. 186 del Código Penal.

Quinto.- Por error en el importe de la responsabilidad civil.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo, de la LECrim por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, por providencia de 24 de noviembre de 2022, se acordó dar traslado a la parte recurrente por término de tres días alegar lo que pudiera resultar procedente acerca de la eventual incidencia de la mencionada nueva regulación respecto a la condena impuesta en la sentencia ahora recurrida, no habiendo formulado ninguna alegación al respecto.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, D. Ramón , ha sido condenado en sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como autor de un delito de abuso sexual, dos delitos continuados de provocación sexual, un delito continuado de exhibicionismo y dos delitos de corrupción de menores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

- Por el delito de abuso sexual en la persona de Herminia , once años de prisión e inhabilitación absoluta y prohibición de aproximarse a Herminia a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de dieciocho años.

- Por los dos delitos continuados de provocación sexual en las personas de Herminia y Isabel , diez meses de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Herminia y a Isabel a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentren y a comunicarse con ellas por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de cuatro años.

- Por el delito continuado de exhibicionismo en la persona de Herminia , nueve meses y un día de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Herminia a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de cuatro años.

- Por el delito de corrupción de menores en la persona de Herminia , cinco años de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Herminia a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de diez años.

- Por el delito de corrupción de menores en la persona de Isabel seis meses de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo y prohibición de aproximarse a Isabel a menos de 500 metros de su domicilio, lugar de estudio o trabajo o cualquier otro donde se encuentre y a comunicarse con ella por cualquier medio, directo o indirecto a través de terceras personas durante un período de cuatro años.



- Diez años de libertad vigilada a cumplir con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad e inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de quince años.

Igualmente fue condenado al pago de las costas procesales y a indemnizar en la cantidad de 45.000 euros a D.ª Herminia y en la cantidad de 20.000 euros a D.ª Isabel, con los intereses legales correspondientes.

El recurso se dirige contra la sentencia núm. 230/2022, de 14 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Rollo de Apelación núm. 220/2022, que estimó parcialmente el recurso de apelación presentado por la representación procesal de D. Ramón contra la sentencia núm. 152/2022, de 28 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento sumario ordinario 615/2020.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso, debemos recordar la naturaleza del recurso de casación en relación a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia.

Conforme señalan numerosas resoluciones de esta Sala (AATS núm. 662/2019, de 27 de junio, 674/2019, de 27 de junio, 655/2019, de 20 de junio, con referencia expresa a la sentencia núm. 476/2017, de 26 de junio), "la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de **Derecho**, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del artículo 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada."

En definitiva el objeto del recurso de casación no está integrado por la sentencia dictada en la instancia, en la que se han valorado las pruebas con inmediatez, sino por la sentencia dictada por la Sala de Apelación del Tribunal Superior de Justicia, al resolver -y motivar- la queja sobre la insuficiencia o invalidez de las pruebas, así como sobre la falta de racionalidad con la que aquéllas han sido ponderadas. Es este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

En el mismo sentido, hemos señalado en la sentencia núm. 582/2020, de 5 de noviembre que "El recurso ha de entablar un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no parece correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso, ya desestimado, contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; es decir, actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya



objeto de un primer examen que de facto se ignora sin convertirlo en el objeto directo de la nueva impugnación, por más que eso, indirectamente, suponga traer a colación otra vez la sentencia inicial.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en la fiscalización realizada mediante la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano **judicial** como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa."

Desde esta perspectiva procede analizar los motivos del recurso que formula la representación de D. Ramón .

TERCERO.- El primer motivo del recurso se formula por "error por apreciación de la prueba y falta de motivación respecto del contenido del fallo referido al de abusos sexuales sobre la menor Herminia ".

En idéntico sentido expresado en el previo recurso de apelación formulado ante el Tribunal Superior de Justicia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, reitera que la sentencia dictada por la Audiencia no se encuentra suficientemente motivada y no explica a qué se refiere cuando afirma la existencia de los tres prismas en la ponderación del testimonio de las menores. Aduce también que, pese a que reconoció expresamente una gran cantidad de los hechos objeto del escrito de acusación, ello no ha sido tomado en consideración al realizar el juicio de credibilidad, el cual se ha llevado a cabo de forma total y absolutamente irregular, lo que le ha generado indefensión. Ha sido creído en cuanto a los hechos que reconoció, pero no en relación a los que no reconoció. Estima que el testimonio de la menor Herminia fue debidamente preparado antes de ser prestado y no fue espontáneo. Añade que el informe del CIASI no dice que el testimonio de la menor sea creíble y el resto de psicólogos han calificado la versión como probablemente creíble.

El recurrente no observa en la interposición del recurso los requisitos que al efecto prescribe el art. 874.1º y 2º LECrim, lo que debería haber determinado su inadmisión conforme a lo dispuesto en el art. 884.4º LECrim.

Asimismo, como anticipábamos, se constata que el recurrente se limita a reiterar el contenido de la impugnación desarrollada en la apelación. En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no alega ni plantea argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación. Especialmente teniendo en cuenta que la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial ha recibido por parte del órgano de apelación una respuesta lógica, motivada y razonable y que respeta la reiterada jurisprudencia sobre el particular (que se cita y aplica adecuadamente en tal resolución).

Efectivamente, el Tribunal de instancia parte de determinados hechos que ha considerado acreditados explicando detalladamente las pruebas sobre las que se sustentan. Su actuación ha sido revisada y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia conforme a los cánones marcados por el Tribunal Constitucional. Ofrece contestación al recurrente sobre todas y cada una de las cuestiones que suscita nuevamente en casación, realizando explicación coherente y clara de lo ocurrido, que, además, viene amparada por el resultado de los medios probatorios practicados.

Procede en primer lugar a analizar los razonamientos expresados por la Audiencia comprobando que su decisión está debidamente razonada y es razonable.

Parte de la declaración prestada por el acusado en el acto del juicio oral, quien, contestando únicamente a las preguntas de su Letrado negó los hechos que se le atribuyen y que tuvieron lugar el día 25 de mayo de 2018 con ocasión de la estancia y pernocta de la menor Herminia en su domicilio.

Pese a ello constata el material probatorio obtenido y analizado por la Audiencia y sobre el que ésta sustenta su convicción de culpabilidad respecto al recurrente. Así comprueba que la Audiencia ha tomado en consideración el testimonio de la menor y repasa la concurrencia de los parámetros que la Jurisprudencia de esta Sala viene considerando a los efectos de que aquel pueda constituir prueba hábil en orden a enervar la presunción de inocencia del acusado.

Se refiere en primer lugar a la ausencia de móviles espurios, indicando como las menores (también Herminia) coincidieron en llamar, espontáneamente, al acusado como " Ramón " lo que constituye un calificativo cariñoso revelador de la inexistencia de cualquier rencor o animadversión hacia él.

Constata la inexistencia de contradicciones en el testimonio de la menor Herminia , destacando el desparpajo y naturalidad en su relato en los términos que refleja el hecho probado.



A continuación comprueba las corroboraciones periféricas que avalan el testimonio de la menor. Entre ellas se encuentran las testificales prestadas por sus progenitores. También la pericial emitida por los psicólogos del CIASI y ratificada en el plenario por sus autores, entre cuyas conclusiones destaca que concluyeron que el testimonio resultaba creíble, así como que la dinámica empleada fue la misma "seducción-enamoramiento", "las tenía enganchadas emocionalmente". A ellas se añade la declaración prestada por las psicólogas NUM008 y NUM009 que en el mismo sentido concluyeron que el testimonio de las menores era creíble (probablemente creíble como después matizó el Tribunal Superior de Justicia), por la estructura lógica de su relato, los detalles, la inexistencia de motivación secundaria, su espontaneidad y coherencia.

Pero además el Tribunal Superior de Justicia ha procedido al análisis de las actuaciones y al visionado tanto de la grabación del juicio oral celebrado ante la Audiencia como de la declaración de la menor Herminia practicada como prueba preconstituida con todas las garantías.

Tras ello expresa sus conclusiones en idéntico sentido a las alcanzadas por el Tribunal de instancia.

De esta forma se hace eco del relato incriminatorio de la menor el cual califica de demoledor. Comprueba que la menor se ha mantenido en sus declaraciones firme y persistente a lo largo de las actuaciones, desde la denuncia interpuesta el día 26/6/2018, "cuando tras los hechos que la sentencia impugnada recoge como acaecidos el día 25 de junio del mismo año, cuando el padre de R.S.S, descubre a esta última en el baño desnuda, manteniendo una conversación por DIRECCION002 con el acusado, detectando las fotografías de carácter sexual en el móvil de su hija, acude a comisaría junto con su esposa y la menor, en donde Herminia relató también la misma escena que repitió en sus comparecencias posteriores, sin contradicción alguna. Manteniéndose en el juzgado en su declaración prestada con fecha 4/7/2018 así como en su declaración como prueba preconstituida con fecha 19/9/2018. Insistiendo en el mismo relato ante las psicólogas del Tribunal Superior de Justicia nº NUM009 y NUM008 (folio 651 y siguientes) y ante las psicólogas del CIASI, ofreciendo en la prueba preconstituida visionada en el plenario, en contra de las manifestaciones del recurrente, una versión espontánea, clara, sin titubeos o lagunas, explicando hasta con gestos el marco en el que sitúa los hechos, en el domicilio del acusado, cuando estaban viendo la televisión en el salón de la vivienda en compañía del hijo de Ramón de 6 años de edad, la posición que ocupaba cada uno en el sofá, la ropa que vestían (en pijama), la forma en que accedió el acusado a su zona vaginal (metiendo su mano por debajo del pantalón del pijama tras haberse masturbado tapando sus genitales con un cojín), ofreciendo detalles sobre su reacción, así como sobre el motivo por el que no se encontraba en el salón la mujer del acusado."

Examina a continuación las declaraciones prestadas por sus progenitores que avalan lo manifestado por ella "en cuanto a la forma en que se enteraron de la actuación del acusado e interpusieron la denuncia acudiendo junto a la menor a comisaría". Igualmente apoya la declaración prestada por Herminia el informe emitido por las psicólogas del Tribunal Superior de Justicia núm. NUM009 y NUM008 "que calificaron su testimonio como probablemente creíble apuntando a la ausencia de motivación secundaria, ni influencia de terceros en su relato así como a su espontaneidad y coherencia", y el emitido por el CIASI "que concluyó en como los hechos denunciados eran compatibles con una vivencia de abuso sexual infantil, explicando los efectos en la menor a nivel emocional fisiológico social y cognitivo y la intervención psicológica precisa". Junto a ello se refiere también a la admisión por el acusado de una parte sustancial de los hechos recogidos en el escrito de acusación y que han sido declarados probados, "como son entre otros, el que con intención de satisfacer su ánimo lascivo se había ido ganando la confianza y admiración de la menor, o que la había ido introduciendo en conversaciones de contenido sexual".

Se refiere asimismo a la "persistencia y coherencia del testimonio de Herminia al que se une la falta de motivo espurio alguno, ni de la menor ni de su familia, considerando la larga relación de amistad y cercanía que mantenían con el acusado, a quien como señalaron sus padres y se desprende de las manifestaciones de Herminia e informe pericial conocía desde hacía muchos años, tratándose además del preparador físico del equipo de tenis del club al que acudía como alumna, admirándole profundamente, siendo el descubrimiento casual de su progenitor de lo acaecido el día 25 de junio cuando encuentra a su hija en el baño desnuda, en la forma que recogen los hechos declarados probados de la sentencia impugnada, lo que desencadenó la denuncia y actuaciones posteriores."

Finalmente examina la declaración prestada por el recurrente de la que destaca que no dio explicación alguna sobre lo que pudo suceder o no el día 25 de mayo de 2018 añadiendo que el hecho de que reconociera gran parte de los hechos no admitiendo los que se refieren al día señalado, no implica la veracidad de sus manifestaciones sobre estos últimos.

En consecuencia, contrariamente a lo que aduce la defensa del recurrente, el Tribunal confirma un importante material probatorio de cargo con el que argumenta de forma razonable y consistente la autoría del acusado de los hechos por los que ha resultado condenado. Se trata de prueba constitucionalmente obtenida, legalmente



practicada, suficiente y racionalmente valorada, con lo que ninguna vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia se ha producido.

El motivo no puede por tanto acogerse.

CUARTO.- En el segundo motivo denuncia error en la apreciación de la prueba, falta de motivación, y aplicación indebida del tipo penal corrupción de menores en relación con Herminia .

Considera que el art. 189.1 a) y 2. a) CP ha sido aplicado indebidamente, haciendo alusión los hechos probados a que captara a la menor o la utilizara para la elaboración de material pornográfico. A su juicio tampoco ha resultado probado el elemento finalista o teleológico consistente en captar o utilizar con la finalidad única de elaborar material pornográfico.

Indica que solo fue encontrado un archivo en su teléfono, archivo que junto a los demás fue impugnado por él ya que las propias menores dijeron haber manipulado los archivos en concreto mediante su borrado, lo que da carta de naturaleza suficiente como para pensar que podía haber habido mayores manipulaciones en sus dispositivos tecnológicos, lo que debe llevar a la expulsión del procedimiento de toda la evidencia incorporada en el soporte electrónico.

Expone que la Sala sentenciadora no ha tenido en consideración ninguna de los requisitos que establece este Tribunal al valorar la credibilidad de la víctima, la cual solo ha prestado una declaración y además se ha practicado como prueba preconstituida. Entiende por ello esencial la valoración de la evidencia electrónica incorporada y en especial de la impugnación que formuló en la instancia.

Considera también que tal tipo delictivo debería haber absorbido a la totalidad de delitos restantes salvo el de abusos contra la menor Herminia , pues al ser el tipo del art. 189 CP tan amplio, absorbe en su acción a todos los restantes comprendidos en los arts. 183 (entendemos que se refiere al art. 183 ter), 185 y 186 CP.

Son varias las cuestiones suscitadas por el recurrente a través de este motivo de recurso sin apuntar el motivo legal sobre el que se sustentan.

Intentaremos no obstante ordenar las distintas cuestiones formuladas y ofrecer contestación al recurrente sobre todas ellas.

1. La primera de ellas se refiere a la calificación de los hechos como constitutivos de delito previsto en el art. 189.1 a) y 2 a) CP. En contra de las consideraciones efectuadas por el recurrente en este punto, el hecho probado describe que "(...) en el curso de vídeo llamadas entre ellos, el procesado conminaba a Herminia a participar en comportamientos de naturaleza sexual pidiéndole que se desnudara delante de él y le enviara fotos o vídeos de contenido sexual, procediendo posteriormente él a masturbarse viéndolo la menor. (...)

El día veinticinco de junio de ese mismo año, encontrándose el procesado, dada su condición de militar, destinado en la base militar española de DIRECCION004 en Irak y estando Herminia con sus familiares de vacaciones en Cantabria, iniciaron sobre las 17:53 horas una conversación de clara índole sexual, vía DIRECCION002 , Herminia desde su teléfono número NUM004 y el procesado desde su teléfono número NUM005 en el curso de la cual el procesado le envió fotografías en las que se veía su pene de varón y en las que aparecía él mismo masturbándose instando a la menor para que a su vez le remitiera fotos de ella desnuda y masturbándose, atendiendo Herminia a su solicitud ya que procedió a remitirle unas fotografías en la que se veían sus pechos desnudos, otras de su zona genital, concretamente su vulva y vídeos en los que se apreciaba a la menor masturbándose introduciendo sus dedos en la vagina."

1.1. Tal conducta integra sin duda alguna el delito por el que el acusado ha sido condenado. Conforme reiterada doctrina de esta Sala (vid STS núm. 264/2012, de 3 de abril) el material pornográfico lo constituye cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una condición sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades como la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas. Este tipo además no precisa para su consumación la distribución posterior de las imágenes. Tampoco exige que concurra un ánimo especial en el sujeto activo, directamente encaminado a conseguir la perversión sexual del sujeto pasivo, bastando que de una conducta puedan naturalmente derivarse tal consecuencia, sin que sea preciso que tal resultado llegue a producirse realmente.

Igualmente, el tipo es perfectamente compatible con el desarrollo de los hechos en el ámbito privado, comprendiendo también la exhibición solo para el propio sujeto activo del delito.

Por último, no es necesario que sean varias las grabaciones, bastando, una sola grabación para su aplicación, de modo que cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, concurriendo los requisitos del art. 74 CP, no existen obstáculos para que los hechos puedan calificarse y valorarse como delito continuado.



1.2. En nuestro caso, la conducta descrita en el hecho probado integra sin lugar a duda el tipo comprendido en el art. 189.1 a) y 2 a) CP.

La actuación del acusado logrando que Herminia le remitiera unas fotografías en la que se veían sus pechos desnudos y otras de su zona genital, concretamente su vulva, constituye desde luego una conducta exhibicionista de una menor, así como también una conducta de elaboración de material pornográfico al conseguir que la menor grabara y le enviara vídeos en los que aparecía masturbándose introduciendo sus dedos en la vagina, lo que sin duda merece la calificación de pornográfico.

El mencionado tipo no absorbe los tipos penales contenido en los arts. 185 y 186 CP. El art. 183 ter CP se refiere a hechos perpetrados en la persona de Isabel, no en Herminia, con los que el recurrente no ha mostrado su discrepancia.

El tipo contemplado en el art. 185 se refiere a hechos diferentes. El Tribunal también ha declarado probado que "el procesado aprovechaba las muchas ocasiones en las que la menor se encontraba en su domicilio y no podía ser visto por terceros, para no solo mostrarse desnudo delante de ella sino incluso para masturbarse en su presencia, para lo cual, le guiñaba un ojo con carácter previo y así se aseguraba de que ella sabía lo que él iba a hacer y lo presenciara, forzando los encuentros cuando era necesario". Son sin duda actos de exhibicionismo obsceno realizados ante la menor en diferentes días a lo largo de un año.

El delito comprendido en el art. 186 CP se refiere a la exhibición de material pornográfico que se llevó a cabo de forma autónoma, también en sucesivas ocasiones y sin vinculación medial próxima a los hechos constitutivos del delito comprendido en el art. 189.1 a) y 2 a) CP. Así, la condena por este delito se sustenta en que el acusado mostró a la menor videos suyos "manteniendo relaciones sexuales con su mujer Ángela, que el mismo guardaba en su teléfono móvil.

En marzo de 2018, le fueron mostrados, uno, en el que se veía a la mujer del procesado practicándole una felación estando ambos en el sofá del salón de su domicilio y otro en el que se les veía manteniendo relaciones sexuales completas en la cama de matrimonio. Así mismo el procesado le enseñó varios vídeos de él masturbándose que el mismo guardaba en una carpeta denominada "X" dentro de un pera drive que portaba siempre encima, dentro de su cartera."

Es evidente que los injustos no se solapan, que se refieren a acciones distintas, con sujetos pasivos diferentes, y mecánicas operativas dispares ocurridas en tiempos completamente distanciados. Existirían flecos pendientes de antijuridicidad si el injusto de los arts. 185 y 186 se solapasen en el art. 189.1 a) y 2 a) CP, esto es, la antijuridicidad de las diferentes conductas reflejadas en el hecho probado no quedaría cubierta con la sola condena por este último delito.

Cuestión distinta es si las acciones constitutivas de exhibicionismo y provocación sexual por las que el recurrente ha sido condenado conforme a los tipos contemplados en los arts. 185 y 186 CP responde a una misma o a distintas acciones típicas.

Ambas infracciones integran el Capítulo IV del Título VIII del Libro II del Código Penal cuyo título es "De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual". Podría considerarse que el art. 185 CP contempla el delito de exhibicionismo y el art. 186 CP el de provocación sexual. Mientras que ambos tipos contemplan acciones de exhibicionismo obsceno o pornográfico, sin embargo, ninguno de ellos hace referencia a la provocación sexual. Ello no obstante ambos tipos, castigados con idénticas penas, conllevan la provocación sexual, ya que la ejecución de actos exhibicionistas y la difusión de pornografía entre menores, supone la realización de actos de un contenido y finalidad sexual de carácter provocativo.

En consecuencia, atendiendo al relato de hecho probados, puede comprobarse que los actos de exhibicionismo realizados por el acusado ante la menor y la exhibición de videos en los que aparecía manteniendo relaciones sexuales con su esposa constituían en ambos casos actos de provocación sexual que deben ser integrados en un solo delito continuado de provocación sexual en la persona de Herminia.

Consecuentemente con ello, debe estimarse en parte el recurso en el sentido de que el delito continuado de exhibicionismo y el delito continuado de provocación sexual en la persona de Herminia deben quedar integrados en un único delito continuado de exhibicionismo y provocación sexual.

2. En la impugnación efectuada respecto al contenido de las conversaciones de DIRECCION002 mantenidas con las menores, el recurrente insiste en la ausencia de valor probatorio de tales datos, teniendo en cuenta que ambas menores reconocieron haber borrado mensajes, lo que abre la posibilidad de que se hubieran producido mayores manipulaciones en sus dispositivos tecnológicos, lo que debe llevar a la expulsión del procedimiento de toda la evidencia incorporada en el soporte electrónico.

Apoya su impugnación en la doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia núm. 300/2015, de 19 de mayo.



2.1. Según su exposición el recurrente pone en duda la integridad de los mensajes intercambiados con las menores, al haber podido ser manipulados.

La mensajería instantánea a través de DIRECCION002 permite a los usuarios compartir toda clase de datos mediante el uso de la aplicación. La información no se guarda en servidores, sino en los dispositivos usados para la comunicación. Por ello es necesario comprobar que éstos no han sido manipulados y que su autoría corresponda efectivamente a la persona que figura como transmitente de los datos.

Efectivamente, para la valoración de la prueba electrónica el juez no debe tener ninguna duda sobre dos características: la autenticidad del origen, esto es, que su autor aparente es su autor real; y la integridad del contenido que implica que los datos no han sido alterados.

En la práctica de la prueba la parte que pretende su validez debe aportar todos los medios probatorios posibles para fortalecer la prueba aportada.

Cuando esta es impugnada, resultan relevantes las alegaciones que sustenten la impugnación, así como los medios de prueba practicados para acreditar la validez de la misma.

En todo caso, la regla general en materia de prueba electrónica es el sistema de libre valoración. Así lo dispone expresamente el art. 384. 3 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En definitiva, el cuestionamiento por el recurrente acerca de la autenticidad e integridad de los DIRECCION002 incorporados a las actuaciones que reproducen conversaciones mantenidas con las menores, no implica que tales pruebas deban ser expulsadas automáticamente del procedimiento, sino que hace necesario el examen de las alegaciones que sustentan la petición de rechazo de tal medio de prueba junto con otros medios de prueba practicados para determinar su validez. Normalmente será la prueba pericial la que demuestre la veracidad de la prueba electrónica impugnada pero ello no excluye la posibilidad de confirmar su autenticidad a través de otras pruebas existentes en el procedimiento.

Ésta y no otra es la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala núm. 300/2015, de 19 de mayo citada por el recurrente. En aquel caso el material controvertido lo constituían unas capturas de pantalla o "pantallazos", en los que se reflejaba el contenido de mensajes transmitidos en las redes sociales, en concreto DIRECCION006. En la misma se sentaban los siguientes criterios:

- La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas, precisamente por la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas.
- La impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria.
- En caso de impugnación, será indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

No obstante ello no implica que haya de procederse mecánicamente a la práctica de la prueba pericial sobre la prueba electrónica cuando ésta haya sido impugnada, pudiendo acudir a cuales otros medios de prueba admitidos en **derecho** hayan sido practicados. De hecho, en el caso analizado en aquella sentencia, no se había practicado prueba pericial, pero las circunstancias del caso concreto y la valoración de otras pruebas permitieron el rechazo de la impugnación. Circunstancias tales como que la propia víctima había puesto a disposición del Juez de instrucción su contraseña de DIRECCION006 con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial; el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba la víctima a través de la aplicación de mensajería fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario donde pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que habían mantenido el diálogo; ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que la conversación fuera facilitada tanto por uno de los interlocutores como por la guardia civil.

2.2. En nuestro caso, tanto la Audiencia primero como el Tribunal Superior de Justicia después han realizado un exhaustivo estudio de la información obtenida a través de otras pruebas practicadas que les ha llevado a desestimar la impugnación de la Defensa, al descartar cualquier duda sobre la integridad de los datos y la correlación entre la información obtenida con la que fue remitida por el acusado.

De esta forma, como señala la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, han atendido en primer lugar a lo declarado por las menores quienes admitieron haber borrado los mensajes y que lo hacían cada vez que Ramón les mandaba vídeos o fotos siendo Herminia muy prolija en su explicación detallando que



desconocía que pese a que lo borrarse de la conversación quedaban archivados en galería. Se refieren también a la resolución **judicial** por la que se autorizó el desprecinto, volcado/clonado, acceso y análisis de la información de los dispositivos electrónicos incautados en las presentes actuaciones, fijándose la forma de practicarse la diligencia mediante desprecinto de efectos en sede **judicial**, ante Letrado de la Administración de Justicia, con intervención de agentes de la unidad actuante y con intervención del investigado asistido de letrado, realizándose aquel con todas las garantías. Igualmente ponen de manifiesto el informe emitido y ratificado en el acto del Juicio Oral por la agente núm. NUM010 explicando cómo se encontraron las fotografías y vídeos de contenido sexual contenidos en el mismo, existiendo además un total de 132 vídeos borrados, concluyendo en la acreditación de la autenticidad de las fotografías y vídeos de contenido pornográfico hallados en los dispositivos intervenidos.

El Tribunal Superior de Justicia confirmó que la incautación, volcado, acceso y análisis de la información de los dispositivos electrónicos realizado previa autorización **judicial**, se efectuó con todas las garantías, sin que existiera el mínimo atisbo de manipulación. Destacó también cómo el recurrente efectuó la impugnación de forma genérica confusa y contradictoria, y todo ello pese a señalar que no discutía la realidad del material pornográfico intervenido. Igualmente valoró la inexistencia de elemento probatorio alguno en que fundar la posible manipulación de los mensajes, vídeos y fotografías. Razonó asimismo que el mero borrado de algunos mensajes por las víctimas y por el propio acusado para que no fueran descubiertos no implica necesariamente que fueran manipulados. Junto a ello tomó en consideración las propias manifestaciones realizadas por el acusado al mostrar su arrepentimiento por haber remitido fotos, pidiendo perdón. Finalmente se hace eco del material pornográfico contenido en el teléfono móvil del propio acusado, totalmente coherente con las declaraciones de las menores, testificales e informe elaborado la agente núm. NUM010 que refleja los vídeos y fotografías de contenido sexual.

Conforme a lo expuesto puede afirmarse la autenticidad e integridad de la prueba electrónica practicada, confirmando por ello la desestimación de la impugnación de la Defensa siendo aquella válida y con eficacia probatoria, y por tanto valorable junto al resto de las pruebas practicadas.

QUINTO.- En el tercer motivo, nuevamente sin referencia alguna al motivo sobre el cual se ampara su queja, sostiene que no se ha cumplido el deber específico de motivación de la pena, habiendo sido condenado por los distintos tipos a penas superiores al mínimo legalmente previsto sin la más mínima sucinta motivación.

La pretensión que formula el recurrente a través de este motivo es consecuencia de la identidad de razonamientos deducidos ante este Tribunal con los ya expresados ante el Tribunal Superior de Justicia. La queja carece de todo sentido desde el momento en que tal reclamación ha sido atendida por el Tribunal Superior. Consecuentemente con ello le han sido impuestas las penas señaladas a los tipos comprendidos en los arts. 183 ter 2, 185 y 189.1 a) y 2 a) CP al delito en su extensión mínima de seis meses, nueve meses y un día y cinco años, respectivamente, conforme a los razonamientos contenidos en el fundamento de **derecho** octavo de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia. Las penas correspondientes a los delitos previstos en los arts. 183.1, 3 y 4 d) CP han sido mantenidas en extensión, respectivamente, de once años y diez meses, y por tanto en la mitad inferior de las penas señaladas en los tipos. Además, en contra de la denuncia que efectúa el recurrente, puede comprobarse que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia han expresado suficientemente los motivos que aconsejan su imposición en tal extensión, los cuales no son impugnados en el recurso.

El motivo se desestima.

SEXTO.- El cuarto motivo se deduce por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 186 CP.

En su desarrollo se limita a exponer que el tipo comprendido en el art. 186 CP no se corresponde con los hechos probados de la sentencia, no habiéndose formulado acusación por los hechos que comprende el indicado precepto.

Como ya ha sido razonado en el fundamento de **derecho** cuarto de la presente resolución, el delito comprendido en el art. 186 CP se refiere a la exhibición de material pornográfico que se llevó a cabo de forma autónoma, también en sucesivas ocasiones y sin vinculación medial próxima a los hechos constitutivos del delito comprendido en el art. 189.1 a) y 2 a) CP. Así, la condena por este delito se sustenta en que el acusado mostró a la menor vídeos suyos "manteniendo relaciones sexuales con su mujer Ángela, que el mismo guardaba en su teléfono móvil.

En marzo de 2018, le fueron mostrados, uno, en el que se veía a la mujer del procesado practicándole una felación estando ambos en el sofá del salón de su domicilio y otro en el que se les veía manteniendo relaciones sexuales completas en la cama de matrimonio. Así mismo el procesado le enseñó varios vídeos de



él masturbándose que el mismo guardaba en una carpeta denominada "X" dentro de un pera drive que portaba siempre encima, dentro de su cartera."

Además, tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular se refirieron expresamente a estos hechos y habían solicitado la condena del acusado, entre otros, por delito continuado de los arts. 186 y 74 CP.

El motivo por ello se desestima.

SÉPTIMO.- El quinto motivo, una vez más sin concreción alguna del motivo que sustenta su queja, se refiere al importe de la responsabilidad civil.

Denuncia que no se han fijado las bases para la determinación de la responsabilidad civil, habiendo sido ésta fijada sin motivación y sin atención a criterio alguno. Añade que ninguno de los dictámenes periciales ha indicado que las menores hayan tenido un sufrimiento objetivo sino más bien elucubraciones sobre lo que podría pasarles.

1. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 107/2017, de 21 de febrero, "Respecto de la cuantía de la indemnización tiene señalado esta Sala que, con carácter general corresponde su fijación al Tribunal de instancia (STS nº 418/2013, de 16 de mayo , entre otras), de manera que no es, por lo general, revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva (STS nº 262/2016, de 4 de abril). En esta misma sentencia se enumeran los supuestos en los que sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia, entre los que cabe señalar: " 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente (STS 16 de mayo de 2012, Sala Quinta , en relación con este último supuesto)".

En el mismo sentido, expresábamos en la sentencia núm. STS 168/2017, de 15 de marzo que "(...) la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en casación cuando: a) existe error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del "quantum" indemnizatorio, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte; y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro **Derecho** Procesal Penal, y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penales correspondientes.

Ahora bien, la necesidad de motivar las resoluciones **judiciales**, art.120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil ex delicto (SSTC. 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por esta Sala (SS.22.7.92, 19.12.93, 28.4.95, 12.5.2000) impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación).

El Tribunal Supremo ha fijado la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización en sentencia 9.3.10 Sala Primera, apunta esta posibilidad es excepcional y se puede llevar a cabo únicamente respecto de las bases en las que se asienta y en supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada, especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes apreciables a tenor de una racionalidad media."

En la misma sentencia recordábamos "la seria dificultad que existe en la concreción precisa del alcance del daño moral y secuelas de carácter psicológico, dificultad que se proyecta en el terreno de su valoración que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, no se haya sujeta a previsión normativa alguna puesto que corresponde efectuarla al órgano jurisdiccional discrecionalmente. La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, ya que no pueden ser utilizados como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados para los daños físicos y materiales".

2. Nada de ello sucede en el supuesto de autos.

No se aprecia arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada.



En la misma sentencia núm. 107/2017, de 21 de febrero recordábamos "la seria dificultad que existe en la concreción precisa del alcance del daño moral y secuelas de carácter psicológico, dificultad que se proyecta en el terreno de su valoración que, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, no se haya sujeta a previsión normativa alguna puesto que corresponde efectuarla al órgano jurisdiccional discrecionalmente. La única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son su consecuencia o resultado causal, ya que no pueden ser utilizados como criterios o bases determinantes de la indemnización los mencionados para los daños físicos y materiales".

El Tribunal Superior de Justicia, compartiendo los razonamientos expuestos en la sentencia de instancia, parte efectivamente de que, conforme se explica por los peritos, no se puede determinar en el momento actual si las menores sufrirán secuelas por los hechos o cual será la trascendencia de estos en el desarrollo de su personalidad. Ello no obstante, la naturaleza de los hechos perpetrados sobre las menores evidencia la existencia de daño moral en unas niñas de once y trece años de edad, en un periodo trascendental de su formación, estimando por ello pertinentes las indemnizaciones fijadas a favor de éstas.

Se constata de esta forma, en contra de lo sustentado por el recurrente, que ambos Tribunales han expuesto los motivos que les han llevado a cuantificar el daño moral.

No cabe duda de la gravedad de la conducta llevada a cabo por el acusado sobre sus víctimas. Aun cuando no puedan determinarse en este momento las secuelas que puedan derivarse en un futuro para las menores como consecuencia de sus acciones, lo que sí es evidente es que con su actuación el acusado ha atentado contra su indemnidad, su seguridad y su dignidad, incidiendo, en atención a su edad, en el proceso de formación sexual.

El motivo por ello debe ser también desestimado.

OCTAVO.- El principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo se encuentra regulado en el art. 2.2 CP, conforme al cual "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo".

En idéntico sentido, el art. 49.1 de la Carta de los **Derechos** Fundamentales de la Unión Europea, sobre Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, establece que "Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el **Derecho** nacional o el **Derecho** internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta".

Y, como tradicionalmente ha señalado el Tribunal Constitucional, este principio se halla también comprendido a sensu contrario en el art. 9.3 CE, en el que se declara que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de **derechos** individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Por ello, con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se procedió a dar traslado a la parte recurrente, a fin de que procediera a alegar lo que pudiera resultar procedente acerca de la eventual incidencia de la mencionada nueva regulación respecto a la condena impuesta en la sentencia ahora recurrida, sin que por ésta se realizara alegación alguna al respecto.

En nuestro caso, los delitos contemplados en los arts. 183 ter 2, 185, 186 y 189.1.a) y 2 a) CP no han sido modificados pasando ahora el art. 183 ter 2 a integrar el art. 183.2 CP vigente.

La condena impuesta por delito de abuso sexual de menor de dieciséis años, con acceso carnal por vía vaginal y con prevalimiento ha sido de 11 años de prisión.

El precepto aplicable al tiempo de la comisión de los hechos fue el contenido en el art. 183.3 y 4 d) del CP que preveía la aplicación de la pena de prisión en extensión de 10 a 12 años.

Conforme a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, los hechos se consideran constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de 16 años sancionado en el art. 181. 3 y 4 e) CP, por lo que el arco penológico de la pena de prisión aplicable sería el de 9 a 12 años. En ambos casos, no concurriendo agravantes ni atenuantes, conforme a la regla contenida en el art. 66.1.6ª CP, la pena puede ser impuesta en toda su extensión.

Por ello la legislación más beneficiosa para el recurrente es la actualmente en vigor.

Ahora bien, la Audiencia Provincial, razonándolo debidamente, decidió imponer la pena de prisión en extensión de 11 años.



En el fundamento cuarto de la sentencia dictada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia se hace un análisis pormenorizado de la proporcionalidad de la pena impuesta que es trasladable a este momento. La pena impuesta puede serlo hoy tras la reforma y cumple las exigencias de proporcionalidad.

Se trata, sin duda, de una conducta muy grave, que fue precedida por un acto de masturbación por parte del acusado, y acompañada de tocamientos en el pecho de la menor, a la que acabó dándole un beso en la boca. Todo ello a presencia del hijo del acusado - un niño de seis años - que preguntaba qué pasaba. Ello determinó razonablemente la decisión del órgano jurisdiccional de la primera instancia, ratificada por el Tribunal Superior de Justicia, de imponer la pena en extensión de 11 años, que, conforme se ha expresado puede ser impuesta con la nueva regulación.

En consecuencia, procede mantener la pena impuesta por el Tribunal de instancia.

NOVENO.- La estimación parcial del recurso formulado por D. Ramón determina la declaración de oficio de las costas procesales. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

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

1) **Estimar** en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ramón , contra la sentencia núm. 230/2022, de 14 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación núm. 220/2022 en la causa seguida por un delito de abuso sexual, dos delitos continuados de provocación sexual, un delito continuado de exhibicionismo y dos delitos de corrupción de menores y en su virtud **casamos y anulamos** parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a **Derecho**.

2) **Declarar** de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10477/2022

Ponente: Excm.a Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm.a Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.ª Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto la causa con origen en las diligencias de Sumario Ordinario núm. 615/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Móstoles, seguida por un delito de abuso sexual, dos delitos continuados de provocación sexual, un delito continuado de exhibicionismo y dos delitos de corrupción de menores contra el hoy recurrente en casación D. Ramón , con DNI nº NUM001 , mayor de edad y de nacionalidad española, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia condenatoria el 11 de marzo de 2022, que fue confirmada parcialmente en grado de apelación por sentencia núm. 230/2022, de 14 de junio,



dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación núm. 220/2022, que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Conforme a los razonamientos expresados en el apartado 1 del fundamento jurídico cuarto de los de la resolución que precede, en el sentido de que el delito continuado de exhibicionismo y el delito continuado de provocación sexual en la persona de Herminia deben quedar integrados en un único delito continuado de exhibicionismo y provocación sexual, con exclusión y, por tanto, no imposición de la pena de prisión de nueve meses y un día.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

1) El delito continuado de exhibicionismo y el delito continuado de provocación sexual en la persona de Herminia quedan integrados en un único delito continuado de exhibicionismo y provocación sexual, con exclusión la pena de prisión de nueve meses y un día.

2) **Confirmar**, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 230/2022, de 14 de junio, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

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

Así se acuerda y firma.