



Roj: **STS 345/2023 - ECLI:ES:TS:2023:345**

Id Cendoj: **28079120012023100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **10367/2022**

Nº de Resolución: **18/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AB 1017/2021,**  
**STSJ CLM 1533/2022,**  
**STS 345/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 18/2023**

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10367/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal superior Justicia. Castilla La Mancha

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10367/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 18/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10367/22, interpuesto por **D. Secundino**, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Concepción Vicente Martínez, bajo la dirección letrada de D. Mariano Francisco López Ruiz, contra la sentencia n.º 35/22 de fecha 19 de mayo de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 326/2021 de fecha 2 de noviembre de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Segunda, en el Procedimiento Sumario ordinario 46/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Albacete.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida D.<sup>a</sup> Magdalena en representación de su hijo menor Carlos Ramón y D. Juan Luis en representación de sus hijo menor Juan Ramón, ambos representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosario Rodríguez Ramírez, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Cristina de los Ángeles García García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Albacete incoó Procedimiento Sumario ordinario 6/2019 por delitos de tráfico de drogas, abusos sexuales a menores de dieciséis años, corrupción de menores y pornografía infantil, contra Secundino; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Albacete, cuya Sección segunda, P. Sumario ordinario 46/2020 dictó Sentencia en fecha 2 de noviembre de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- En el verano 2016, Secundino, mayor de edad, sin antecedentes penales, a través de la red social DIRECCION000, contactó con Abilio (nacido el NUM000 -2003) de 12 años de edad, a quién ya conocía al haberlos presentado el hermano de este y amigo de aquel, Ángel, habiéndose visto en un par de ocasiones, y tras pedirle el n.º de su teléfono, comenzó a tener encuentros para ir al cine o a comprar, llegando a entablar una relación con el mismo, en el curso de la cual, Secundino, a sabiendas de su edad, comenzó a llevarlo a su domicilio, sito en DIRECCION001 n.º NUM001 de la ciudad de Albacete, para jugar a videojuegos y consumir alcohol. Pasado un poco tiempo, cuando se ganó la confianza del menor, y tras consumir alcohol y fumar marihuana que una vez llevaba el menor y otras veces se la ofrecía Secundino, al igual que también le invitaba a consumir cocaína, le propuso, con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, que le diera un "masajito", le masturbara y le hiciera felaciones, negándose al principio, accediendo finalmente a masturbarle en varias ocasiones, recibiendo a cambio de ello una cantidad de dinero próxima a 20 euros. No bastante con ello, Secundino le pidió que llevara a otros amigos.

Así, en septiembre de 2017, Abilio le propuso a su amigo Carlos Ramón, nacido el NUM002 -2004, ir a casa de Secundino, como este le había indicado, y una vez allí, Secundino les invitó a consumir alcohol y fumar, invitaciones que se sucedieron durante aproximadamente un mes, donde también les suministraba cocaína para consumir allí, llegando a decirles que era bisexual y que había mantenido relaciones sexuales con menores.

Una vez que ya había conseguido ganarse también la confianza de este menor, actuando con la intención de satisfacer sus deseos lúbricos, les propuso que le hicieran una felación y que luego él se la haría a ellos y que lo masturbaran, sin que Abilio accediera a dichas felaciones, aunque siguió acudiendo a casa del acusado que les suministraba alcohol, porros, cocaína y lo que llamaban "nevaditos" cigarrillos impregnados en cocaína, proponiéndoles también ver películas pornográficas, que visionaban los tres.

A fin de conseguir su objetivo, Secundino continuó insistiendo diciéndole a Carlos Ramón, "me gustas mucho y quiero follar contigo", ofreciéndole dinero si accedía a mantener relaciones sexuales con él, a lo que el menor, al ser consumidor de marihuana y precisar de dinero para su adquisición, a finales del 2017 accedió, consiguiendo así el acusado mantener relaciones sexuales con el menor, consistiendo éstas en que el menor le practicaba una felación y luego el acusado se la practicaba al menor, dándole 20 euros a cambio.

A partir de ese momento, y durante el año 2018 y hasta el mes de Agosto de 2019, salvo un periodo de tiempo que dejaron de ir por las sospechas de la madre de Carlos Ramón, durante casi todas las semanas, normalmente los viernes y sábados, el acusado contactaba telefónicamente con Carlos Ramón y le ofrecía mantener relaciones sexuales a cambio de dinero, a lo que el menor accedía, consumiendo a veces también cocaína, consistiendo las mismas en la práctica de felaciones mutuas, encuentros que, al menos en una



ocasión, se grabó con su teléfono móvil por Carlos Ramón, sin que se haya acreditado que fuese él quien decidiera efectuarla o tuviera participación alguna en la referida decisión.

Dicho video le fue exhibido a Abilio por Secundino, sin que haya probado que lo hiciera a fin de convencerlo para que también mantuviera relaciones sexuales con él a cambio de cocaína o dinero.

Abilio en muchos de estos encuentros estaba presente, pero se salía al balcón a fumar marihuana y para que facilitarles intimidad.

Carlos Ramón sufre un DIRECCION002 (con estado de ánimo deprimido y ansioso) y un estado inicial de personalidad desafiante y violenta, con necesidad de tratamiento, cuya sintomatología se ha agravado a raíz de estos hechos.

**SEGUNDO.-** En el mes de NUM003 de 2018, cuando Juan Ramón acababa de cumplir 13 años (nacido el NUM003 -2005), el acusado contacto con él a través de DIRECCION003 con el nick @ Cebollero, al principio Juan Ramón no le contestaba, pero ante la insistencia del acusado que le escribía a diario, en el mes de marzo comenzaron a hablar, proponiéndole, a través de la citada red social, mantener relaciones sexuales con él a cambio de 120 euros manifestándole que no le importaba que fuera menor.

Así pues el acusado, a sabiendas de que Juan Ramón contaba con 13 años de edad y con la intención de satisfacer sus deseos lúbricos, recogió a Juan Ramón en DIRECCION004, localidad donde reside, lo subió a bordo de su vehículo marca Opel, modelo Astra, color rojo, y lo llevo a su domicilio en DIRECCION001 nº NUM001 de Albacete, donde, una vez que entraron, cerró con llave la puerta de acceso, se dirigieron al dormitorio y una vez en el interior, cerrando también la llave de este, ambos se quitaron la ropa y encontrándose Secundino con el pene erecto le pidió que le practicara una felación, a continuación el acusado le aplicó una crema en el ano del menor, se puso un preservativo, al que también le puso la referida sustancia, y lo penetró analmente en distintas posiciones durante aproximadamente una hora hasta que eyaculó, pagándole 25 euros, sintiéndose el menor engañado por ello.

En mes de Julio de 2018 el acusado volvió a ponerse en contacto por Instagram con Juan Ramón, proponiéndole mantener relaciones sexuales con él a cambio de dinero, de forma que el acusado, sintiendo miedo de que pudiera contar lo ya ocurrido entre los dos, accedió a ello, y un día indeterminado de ese mes lo recogió en las inmediaciones del Establecimiento DIRECCION005 a bordo de su vehículo, lo llevo a su domicilio, cerró con llave la puerta de entrada y la puerta de su domicilio y actuando con igual ánimo le pidió al menor que le practicara una felación para a continuación penetrarlo analmente, y una vez finalizada la relación sexual, no ha quedado esclarecido si llegó a pagarle o no por ello.

En el mes de junio de 2019, el acusado de nuevo envió por DIRECCION003 varios mensajes a Juan Ramón proponiéndole mantener relaciones sexuales a cambio de dinero, a lo que el menor accedió, volviendo el acusado a recogerlo en DIRECCION004 en las inmediaciones de su domicilio sito en la C/ DIRECCION006, en su vehículo, llevándolo a su domicilio, donde volvió a suceder lo mismo que en los casos anteriores: condujo al menor a su dormitorio donde éste le practicó una felación y a continuación el acusado lo penetró analmente, y una vez finalizada la relación sexual le dijo que no podía pagarle porque no tenía dinero.

Finalmente, Juan Ramón, como se sentía engañado por el acusado, que solo le había pagado una pequeña parte del dinero prometido por las relaciones mantenidas, lo bloqueó en DIRECCION003 para que no pudiera contactar con él.

Juan Ramón, a raíz de estos hechos, se encuentra en tratamiento psicológico en el programa de prevención e intervención en abuso sexual infantil DIRECCION007, al haberse agravado por los mismos los problemas personales que ya sufría.

**TERCERO.-** Examinado el móvil de Secundino, previa autorización **judicial** (16 de septiembre de 2019), se encontró en dicho dispositivo, además de las imágenes grabadas manteniendo sexo con el menor Carlos Ramón fechadas a 26 de mayo de 2019, diversas imágenes, respecto de las cuales no consta que participara en su elaboración, y que representaban a diversos menores en conductas sexuales explícitas generalmente, o al menos gran parte, relativas a masturbaciones de menores, sin que conste que se hubiere procedido por este a su difusión o a compartirlas con otros usuarios de este ilícito material.

**CUARTO.-** Secundino ingresó en prisión por estos hechos el día 10 de agosto de 2019, prorrogándose la prisión provisional por dos años más en virtud de auto de esta Audiencia de fecha 1 de junio de 2021."

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Secundino como autor responsable de los siguientes delitos:



**A.) Un delito de tráfico de drogas** de las que causan grave daño a la salud agravado por facilitarla a menores de edad, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de:

- 7 años y 6 meses de prisión.
- inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**B.) Un delito continuado de abusos sexuales a menores de 16 años con acceso carnal**, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de :

- 11 años de prisión.
- Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.
- Prohibición de aproximación a Carlos Ramón , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con él mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 18 años.
- Inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad con un periodo de 15 años.

**C.) Un delito continuado de abusos sexuales a menores de 16 años con acceso carnal**, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de :

- 11 de prisión.
- Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.
- Prohibición de aproximación a Juan Ramón , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con él mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 18 años.
- Inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad con un periodo de 15 años.

**D.) Dos delitos de corrupción de menores** ( 188.4 del C.P) sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por cada uno de ellos, de:

- 3 años de prisión.
- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Prohibición de aproximación a Carlos Ramón y a Juan Ramón , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con ellos mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 6 años.
- Inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad con un periodo de 6 años.

**E.) Un delito de exhibicionismo y provocación sexual** ( artículo 186 del C.P. a la pena:

- 9 meses de prisión.
- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**F) Un delito de pornografía infantil** ( artículo 189.1.b) ) a las penas de:

- 2 años y 6 meses de prisión.
- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena
- Inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio , remunerado o no , que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 6 años.

También se le condena a la medida de la medida de libertad vigilada durante 9 años.

Se le condena al pago de cinco septimos de las costas causadas incluidas las de la acusación particular.

En cuanto a la Responsabilidad Civil, el acusado indemnizará a Abilio en 2000 euros, a Carlos Ramón en 10000 euros y a Juan Ramón en 7000, en concepto de daño moral y perjuicios sufridos, más intereses legales conforme al artículo 576 de la L.E.C.

Compútese, el tiempo cumplido en prisión provisional y de detención, si lo hubiere habido.



Así mismo, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Secundino de los delitos de corrupción de menores del artículo 188.4 en la persona de Abilio . Y del delito de abusos sexuales del artículo 183.1 del C.P. en la persona de Abilio .

Contra la presente resolución cabe interponer Recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución observando lo prevenido en el Art. 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1º de Julio."

**TERCERO.-** En fecha 22 de noviembre de 2021, la Audiencia de instancia dictó **Auto de Aclaración** con la siguiente parte dispositiva:

" **LA SALA ACUERDA:** Se ACLARA la Sentencia, que por error de transcripción material y así en el apartado del Fallo, concretamente en el primer párrafo donde dice: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Secundino como autor responsable de los siguientes delitos:... debe decir "**QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Secundino como autor responsable de los siguientes delitos:...**". "

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del condenado Secundino ; dictándose sentencia núm. 35/22 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en fecha 19 de mayo de 2022, en el Rollo de Apelación 19/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

" **1.-** Que ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y DESESTIMAMOS el interpuesto por la representación procesal de Secundino , contra la Sentencia nº 326/2021, de 2 de noviembre, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete en Rollo PO 46/20, aclarada por Auto de 22 de noviembre siguiente.

**2.-** REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida sentencia para condenar como condenamos a Secundino como autor responsable de los siguientes delitos:

**A.)** Un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud agravado por facilitarla a menores de edad, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de:

- Siete años y seis meses de prisión.

- inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**B.)** Un delito continuado de abusos sexuales a menores de 16 años con acceso carnal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de:

- Once años de prisión.

- Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

- Prohibición de aproximación a Carlos Ramón , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con él mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 18 años.

- Inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad con un periodo de 15 años.

**C.)** Un delito continuado de abusos sexuales a menores de dieciséis años, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de

- Cuatro años y seis meses de prisión.

- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio por el tiempo de la condena.

- Prohibición de aproximación a Abilio , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con él mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 8 años.

**D.)** TRES delitos de abusos sexuales a menores de 16 años con acceso carnal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por cada uno de ellos, de:

- Ocho años de prisión.

- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio por el tiempo de la condena.

- Prohibición de aproximación a Juan Ramón , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con él mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 12 años.





**E.)** TRES delitos de corrupción de menores (188.4 del C.P) sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, por cada uno de ellos, de:

- Tres años de prisión.
- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Prohibición de aproximación a Carlos Ramón , Abilio y Juan Ramón , a su domicilio, lugar de trabajo, de estudios o lugares en los que se encuentre o frecuente, a menos de 300 metros, así como comunicar con ellos mediante cualquier medio o procedimiento, todo ello durante 6 años.
- Inhabilitación especial para cualquier profesión y oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad con un periodo de 6 años.

**F.)** Un delito de exhibicionismo y provocación sexual ( artículo 186 del C.P.) a la pena:

- Nueve meses de prisión.
- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**G)** Un delito de pornografía infantil (artículo 189.1.b) a las penas de:

- Dos años y seis meses de prisión.
- Inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena
- Inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, remunerado o no, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad durante 6 años.

También se le condena a la medida de la medida de libertad vigilada durante 9 años.

Se le condena al pago de todas las costas causadas en la primea instancia, incluidas las de la acusación particular.

En cuanto a la Responsabilidad Civil, el acusado indemnizará a Abilio en 2000 euros, a Carlos Ramón en 10000 euros y a Juan Ramón en 7000, en concepto de daño moral y perjuicios sufridos, más intereses legales conforme al artículo 576 de la L.E.C.

Compútese, el tiempo cumplido en prisión provisional y de detención, si lo hubiere habido.

### **3.- No procede imponer las costas de esta apelación.**

Notifíquese la presente a las partes, A TRAVÉS DE SU RESPECTIVA REPRESENTACIÓN PROCESAL, SIN QUE SEA NECESARIO HACERLO PERSONALMENTE (conforme con la doctrina contenida, entre otros muchos, en AATS 5/12/20 - Recurso: 2286/2019- y 1/12/20 -Recurso: 20109/2020- y todos los que en ellos se citan); haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECRIM, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley.

Notifíquese a la víctima de forma adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito."

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Secundino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación:**

Motivos primero a sexto.- Por infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el **derecho** fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución conforme autoriza el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivo séptimo.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o al haberse aplicado indebidamente el artículo 189.1 b) del Código Penal.

Motivo octavo.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por no haberse aplicado el artículo 77 del Código Penal.

Motivo noveno.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por no haberse aplicado el artículo 77 del Código Penal.



Motivo décimo.- Por infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el **derecho** fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución conforme autoriza el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**SÉPTIMO.**- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala admitió el recurso quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.**- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 18 de enero de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### OBJETO DEL RECURSO

El recurso se articula sobre diez motivos de casación. Ocho, invocan la lesión del **derecho** a la presunción de inocencia y dos de ellos, la infracción de ley penal sustantiva. Sin embargo, el atento examen de los respectivos desarrollos permite identificar cómo dos de los motivos por lesión del **derecho** a la presunción de inocencia lo que, en puridad, denuncian como gravamen es la vulneración del **derecho** a conocer la acusación pues se extravasaron, al parecer del recurrente, los límites del objeto del proceso conformados en la fase previa. Respeto a los hechos punibles que se consideran que caen fuera del objeto procesal solo, subsidiariamente, se denuncia, además, vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia.

En estos casos de desajuste en la formulación del motivo, y para evitar el efecto inadmisión previsto en el artículo 884 LECrim que, en esta fase del recurso, vendría de la mano de la desestimación, cabe, desde una interpretación a favor de la efectividad del **derecho** al recurso, y cuando no exista riesgo de lesión de los **derechos** de las otras partes, acudir a la recalificación y reordenación de los motivos cuyo contenido argumental y pretensional no tiene conexión con el cauce invocado -vid. STEDH, caso Alburquerque c. Portugal, de 12 de enero de 2021, nº de demanda 50.160/13, en la que se aborda la compatibilidad entre las exigencias para la interposición del recurso y el **derecho** de acceso al doble grado de jurisdicción; SSTS 907/2022, de 17 de noviembre, 736/2022, de 19 de julio-.

Reformulación que pasa por abordar, primero, los motivos que denuncian infracción del principio acusatorio. Para continuar con los que se fundan en la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia. Concluyendo, si cabe, con los que, en términos estrictos, denuncian infracción de ley penal sustantiva.

### **PRIMER MOTIVO (NOVENO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

1. Como indicábamos en las notas introductorias justificativas de la reordenación de los motivos introducidos, el gravamen que se invoca no corresponde con el que se identifica en el desarrollo argumental. Lo que se denuncia con carácter principal en este motivo no es la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia sino del principio acusatorio, como garantía específica del **derecho** a un proceso justo y equitativo. Como se precisa por el recurrente, la condena en apelación por un delito continuado de abusos sexuales cometidos sobre el menor Abilio tiene como presupuesto la introducción por el Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, y de forma sorpresiva, de un nuevo hecho justiciable que no había sido objeto ni de previa inculpación en fase previa ni, tampoco, de acusación provisional. Para el recurrente, si bien la norma procesal permite introducir modificaciones en el trámite de conclusiones definitivas, estas no pueden ser esenciales, como bien lo entendió el tribunal provincial descartando la posibilidad de condena, pues siempre se produciría un resultado de indefensión para la parte que se ve sorprendida por una nueva acusación. En todo caso, y frente a los argumentos esgrimidos por el Tribunal Superior mediante los que se reprocha pasividad defensiva, el recurrente considera que, atendidas las graves contradicciones en las que incurrió el menor Abilio, en momento alguno se representó la necesidad de solicitar nuevos medios de defensa pues no podía imaginarse que podría atribuirse valor probatorio a lo manifestado por este por primera vez en el acto del juicio.

2. El motivo debe prosperar. En efecto, identificamos un grave defecto de acusatoriedad en la pretensión de condena que priva a esta de fundamento.

Como es bien sabido, una de las consecuencias que se derivan del principio acusatorio, como eje rector de nuestro modelo procesal, es que la persona investigada o acusada, ya desde los primeros momentos de su imputación, debe ser ilustrada expresa y detalladamente del hecho punible en su doble dimensión fáctica y normativa -vid. artículos 118, 520 y 775, todos ellos, LECrim y artículos 6 y 7 Directiva 2012/13/UE del



Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al **derecho** a la información en los procesos penales-.

Dicha información actúa como precondition para el desarrollo de un proceso equitativo pues solo de esta manera se asegura el ejercicio efectivo del **derecho** de defensa -vid. SSTEDH, caso Pèllisier y Sassi contra Francia, de 25 de marzo de 1999; caso Dallos contra Hungría, de 1 de marzo de 2001; caso Sipavicius contra Lituania, de 21 de febrero de 2002; caso Varela Geis c. España, de 5 de marzo de 2013; caso Alecsandrescu c. Rumanía, de 13 de diciembre de 2022- .

La acusación delimita el objeto del proceso y, con él, los límites del poder de decantación fáctica y normativa del tribunal que viene, por ello, constitucionalmente impedido a condenar por *cosa distinta* - SSTC 145/2011, 223/2015-.

El debate procesal en el proceso penal acusatorio vincula, por tanto, al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma y, por ello, la persona acusada no ha tenido la ocasión de defenderse - STC 205/1989-.

Pero no ha de obviarse que para medir la correlación debe partirse de la idea de graduación. No es lo mismo el grado de precisión que debe exigirse a la fórmula de imputación en el arranque del proceso investigador que el que debe reclamarse al momento en que se formaliza la acusación -vid. sobre exigencias de precisión y claridad de los escritos de acusación, STJUE de 21 de octubre de 2021, en el asunto C-282/20-. Lo normal es que entre una secuencia y otra se den condiciones informativas diferentes y, también, en lógica consecuencia, fines defensivos diferenciados.

Ello justifica, por ejemplo, que, si con motivo de la investigación instructora se identificaran hechos presuntos conexos o circunstancias agravatorias diferentes de las que inicialmente fueron objeto de imputación en la primera comparecencia del artículo 775 LECrim, el juez de instrucción venga obligado a actualizar la información inculpatoria. Lo que explica, también, la referencia que del artículo 775 se contiene en el artículo 779, ambos, LECrim, en el sentido de que el objeto de inculpación que se delimita en la decisión de cierre de la fase instructora y que servirá de base a la acusación no podrá incluir más hechos justiciables que los que fueron objeto de previa y precisa imputación. Y, determina, finalmente, que solo por la vía de las conclusiones definitivas en los términos y con el alcance previsto en el artículo 732 LECrim, en relación con el artículo 788.4 LECrim que le presta contenido, puedan apreciarse en sentencia calificaciones normativas o fórmulas de participación novedosas o circunstancias agravatorias no tomadas en cuenta en las conclusiones provisionales.

**3.** La relevante cuestión que plantea el motivo obliga a identificar los límites de la gradualidad en la configuración del objeto procesal acusatorio a los que responde nuestro modelo.

El silencio del artículo 732 LECrim sobre el concreto alcance de la facultad que se reconoce a las acusaciones para modificar las conclusiones provisionales en el proceso ordinario obliga a una interpretación sistemática sobre sus límites a la luz de los incidentes modificativos del objeto procesal que sí aparecen regulados con más detalle: los previstos en los artículos 733 y 788.4º, ambos, LECrim.

Pues bien, en ambos, y con más precisión en el segundo, las modificaciones que pueden introducirse en el objeto procesal -ya sea a iniciativa del propio tribunal ( artículo 733 LECrim) o por iniciativa de las acusaciones ( artículo 788.4 LECrim)- ponen el acento exclusivamente en los aspectos normativos de los hechos acusados.

Como precisa la regla del artículo 788.4 LECrim, la modificación puede recaer sobre *la tipificación penal, el grado de participación o las circunstancias que puedan agravar la pena*. Lo que supone que la categoría fáctica de referencia debe seguir siendo de forma sustancial el hecho justiciable que, en su dimensión histórico-narrativa, ha constituido hasta ese momento el objeto del proceso.

La aceptación de fórmulas fácticas aditivas en la fase de conclusiones definitivas no puede suponer, sin riesgo de vulneración del **derecho** a conocer la acusación y de la propia equidad del proceso, introducir un nuevo, por distinto, objeto procesal. Caben, insistimos, precisiones, ajustes, integraciones fácticas -las llamadas *unidades mínimas de observación*- con valor aditivo, sí, pero no novatorio sustancial del objeto procesal sobre el que ha girado todo el proceso y los **derechos** de defensa de la persona acusada -vid. STS 47/2021, de 21 de enero-.

Las modificaciones fácticas deben corresponder, en clásica formulación doctrinal italiana, con elementos que forman parte de la "*struttura economica della fattispecie*" que fue objeto de la acusación inicial. Esto es, datos que por su conexión con la categoría fáctico-normativa de referencia no suponen introducir una nueva realidad factual, significativamente diversa del objeto procesal previamente configurado, que comporte la adición de nuevos delitos, ampliando el alcance objetivo de la acusación.





4. La interdicción de modificaciones esenciales en fase de conclusiones definitivas que supongan la introducción de nuevos hechos punibles con un contenido netamente aditivo al objeto delimitado en las conclusiones provisionales ha sido sostenida por la jurisprudencia reiterada de este Tribunal Supremo.

Como afirmamos en la STS 532/2015 de 23 de septiembre, "no caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó acotada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso". En parecidos términos, la STS 133/2018, de 20 de marzo, precisaba que "la prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto de procesamiento es una nota definitoria del sistema" -vid. en el mismo sentido, y entre muchas, 111/2022, de 10 de febrero; 682/2022, 6 de julio-.

Regla que ha sido validada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como se precisa en la STC 40/2004, una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del **derecho** de defensa contradictoria, " pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral ( STC 33/2003, de 13 de febrero , FJ 4) (...) dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (...). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del **derecho** de defensa ( STC 33/2003, de 13 de febrero , FJ 4)".

5. El límite de la modificación radica, insistimos, en la esencialidad respecto tanto a la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, como con relación al propio objeto fáctico-normativo delimitado en la acusación provisional que determina la apertura del juicio oral. La novación esencial sobrevinida del objeto acusatorio compromete la equidad del proceso al introducirse una significativa alteración de los equilibrios comunicativos y defensivos a los que debe responder en su desarrollo.

La necesidad de una delimitación esencial y previa del objeto del proceso mediante las conclusiones provisionales acusatorias responde a varias exigencias:

Primera, la necesidad de que la acusación se ajuste al marco fáctico-normativo previamente delimitado en la fase previa por el juez de instrucción, disponiendo la defensa de plenas facultades de interferencia defensiva. Y, entre otras, la de oponerse a la propia configuración del objeto inculpatario mediante recursos devolutivos y no devolutivos.

Segunda, los criterios de admisión de los medios de prueba propuestos giran, precisamente, sobre los hechos justiciables delimitados en las conclusiones provisionales. El criterio básico de pertinencia se mide por su relación con el "*thema decidendi*" delimitado por aquellas. Lo que supone que el acto del juicio oral no puede convertirse en un mecanismo de indagación de nuevos hechos sin conexión sustancial con los que integran el objeto del proceso previamente delimitado. Las reglas de práctica y producción de la prueba de los artículos 709 y 729.2º, ambos, LECrim son claras al respecto. La primera, prohíbe que el testigo conteste preguntas impertinentes -sin relación con los hechos justiciables que conforman el objeto del proceso-. La segunda, limita la iniciativa probatoria del tribunal a nuevos medios de prueba no propuestos por las partes que resulten "*necesarios para la comprobación de los hechos que hayan sido objeto del escrito de calificación*".

Tercera, la estrategia de defensa -alegoria y probatoria- debe girar en relación con el objeto procesal acusatorio esencial que se delimita mediante el escrito de conclusiones provisionales.

Presupuestos estructurales para el justo y equitativo desarrollo de la fase de juicio oral y asegurar la necesaria correlación entre acusación y sentencia que se verían notablemente afectados si por la vía de las conclusiones definitivas se admitieran nuevos y heterogéneos objetos procesales.

6. La novación esencial y extensiva del objeto procesal no es admisible en nuestro actual modelo procesal. Y dicha limitación no puede sortearse, en los términos sostenidos por el Tribunal Superior, bajo la hipótesis de



que la persona acusada pudo defenderse en la propia fase del juicio de la acusación novedosa, pretendiendo que se activaran los mecanismos de proposición de nuevos medios de prueba previstos en la norma.

Es cierto, al hilo de lo anterior, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los supuestos en los que ha abordado gravámenes acusatorios por modificaciones del objeto acusatorio, ha exigido, para declarar vulnerado el **derecho** de defensa, que la persona acusada ejerciera las facultades que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Criminal -artículos 746.6 en relación con el artículo 747 y artículo 788.4, todos ellos, LECrim-, solicitando la suspensión del juicio para poder articular debidamente su defensa - SSTC 20/1987, 278/2000, 33/2003 33/2003-. Pero no lo es menos que lo ha exigido en supuestos en los que las modificaciones " *incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que impliquen una nueva calificación jurídica*" -vid. STC 40/2004-. No cuando la modificación supone la incorporación de hechos nuevos sin conexión material-normativa con los hechos punibles, objeto de acusación provisional.

La persona acusada tiene, en efecto, la carga de pretender activar los mecanismos de reforzamiento del **derecho** de defensa con la finalidad de preparar adecuadamente las alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios que estimara conveniente, frente a modificaciones introducidas sobre elementos fácticos y normativos que, sin alterar esencialmente el objeto del proceso, supongan, sin embargo, un cambio peyorativo en los términos o el alcance de la pretensión condenatoria -vid STS 299/2021, de 8 de abril-.

Pero no es posible mantener que dicha carga se incumple frente a una nueva acusación que no puede formularse sin riesgo de desconocer los términos posibles de la modificación que aparecen previstos en el artículo 788.4 LECrim. Ni mucho menos permite concluir que la pasividad defensiva habilita a las acusaciones para modificar sustancialmente, sin límites, el objeto del proceso. Como afirmábamos en la ya mencionada STS 133/2018, " *no se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado*".

7. Ello no supone que el hecho presunto revelado en el desarrollo del juicio oral no pueda ser perseguido, sino, simplemente, que no puede formar parte del objeto acusatorio que determina los límites del pronunciamiento jurisdiccional, lo que es muy distinto. La parte legitimada para el ejercicio de la acción penal dispone, en estos casos, de la posibilidad de pretender el ejercicio de la acción penal en otro proceso, solicitando para ello la deducción de testimonio del acta del juicio donde constan los datos que revelan el hecho justiciable novedoso.

8. Por último, apuntar que el principio general de prohibición de mutaciones esenciales del objeto del proceso, mediante la incorporación de nuevos hechos justiciables surgidos en el curso del juicio oral, aparece presente en distintas regulaciones de nuestro entorno. Así se previene expresamente en el artículo 359 del Código Procesal Penal portugués, en el artículo 517 Código Procesal Penal italiano y en el § 266 de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Si bien dichas regulaciones también contemplan, como fórmula excepcional, la posibilidad de ampliación siempre que la persona acusada lo acepte expresamente y cuente con las correlativas posibilidades de defensa -en el proceso alemán se exige, también, que el tribunal dicte una resolución expresa de "inclusión", sometida a su libre apreciación, equivalente al auto de apertura (§ 266.1 OPP)-.

9. En el caso, y como anticipábamos, la modificación introducida es esencial.

No se limita a la recalificación normativa de los hechos, a la identificación de nuevas circunstancias agravatorias o distintos planos de participación o ejecución criminal. Extravasa, sin ningún matiz atemperador, el objeto del proceso. No se modifica la "causa de pedir" sino los hechos que conformaban la misma.

Los introducidos en las conclusiones definitivas relacionados con el menor Abilio que fundan la condena recurrida son sustancialmente nuevos. No solo no fueron objeto de delimitación inculpatoria en la fase previa mediante el auto de procesamiento, sino que, tan siquiera, cabe identificarlos como " *hechos punibles que resulten del sumario*", en los términos amplios a los que se refiere el artículo 650.1º LECrim. Precisamente, la inexistencia de previos elementos indiciarios explica que no formaran parte del mismo.

10. La mutación esencial del objeto del proceso carece de cobertura legal y compromete gravemente la regularidad de la acusación formulada contra el hoy recurrente como autor de un delito de abuso sexual sobre el menor Abilio, lo que obliga a dejar sin efecto la condena pronunciada por el Tribunal Superior.

**SEGUNDO MOTIVO (DÉCIMO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852: VULNERACIÓN DEL **DERECHO** A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

11. De nuevo, el recurrente disocia erróneamente el enunciado del motivo del gravamen que afirma ocasionado por la sentencia recurrida. No se describe lesión del **derecho** a la presunción de inocencia sino de los límites que impone el principio acusatorio al establecer la necesaria correlación entre acusación y sentencia. Para el



recurrente, los hechos que fundan la condena del recurrente como autor de un delito de corrupción de menores del artículo 188.4 CP respecto al menor Abilio , y como acertadamente concluyó el tribunal provincial, no fueron objeto de acusación provisional, introduciéndose de manera sorpresiva en el acto del juicio oral al formularse las conclusiones definitivas.

**12.** El motivo no puede prosperar. A diferencia del anteriormente analizado, no identificamos el gravamen. Como bien sostiene el Tribunal Superior, al hilo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la decisión absolutoria de la Audiencia, existe una marcada correspondencia entre el objeto inculpatario delimitado en la fase previa, las conclusiones provisionales y las definitivas que neutraliza todo riesgo de lesión del **derecho** a conocer la acusación.

El Fiscal en sus conclusiones provisionales delimitó el hecho justiciable en los siguientes términos: "*el acusado les propuso ir a su casa, donde les invitó a consumir alcohol y fumar marihuana, invitaciones que se sucedieron durante los quince días siguientes, donde también les suministraba cocaína para consumir allí, hasta que, una vez que había conseguido entablar una relación de confianza, el acusado actuando con la intención de satisfacer sus deseos lúbricos, les propuso que le hicieran una felación y que luego él se la haría a ellos, y que lo masturbaran a lo que Abilio no accedió*". Para, en el párrafo siguiente "in fine", precisar que el hoy recurrente exhibía videos pornográficos a Abilio a fin de convencerlo "*para que mantuviera relaciones sexuales con él a cambio de dinero y cocaína*". Y sobre estos hechos pretendió la condena del recurrente como autor de tres delitos de corrupción de menores en las personas de Juan Ramón , Carlos Ramón y Abilio .

En las conclusiones definitivas, si bien amplió indebidamente el objeto acusatorio y la pretensión de condena, al incluir la existencia de conductas sexualmente abusivas sobre el menor Abilio , siguió manteniendo la existencia de un marco corruptor mediante la entrega de dinero al menor con fines remuneratorios del acceso sexual.

Y, finalmente, la sentencia del Audiencia Provincial consideró acreditadas no solo las conductas sexualmente abusivas sobre el menor Abilio , sino también las corruptoras mediante el ofrecimiento y entrega de dinero por parte del recurrente para que el menor accediera a mantener las relaciones sexuales que se describen. Precisándose en el fundamento jurídico octavo las bases probatorias de su conclusión, donde se reitera "*que el recurrente entregó dinero a los tres menores a cambio de mantener sexo con ellos*" (sic).

**13.** La clara correlación fáctica y normativa entre el objeto inculpatario y la acusación formulada respecto a la existencia de una conducta corruptora priva de fundamento a la decisión absolutoria de la Audiencia.

La atenta lectura del fundamento octavo revela un claro error de apreciación o de constatación de dicha correlación -que en nada desmerece el destacable esfuerzo argumental y justificativo del que hace gala la sentencia de instancia-. Lejos de lo que se afirma en la sentencia de la Audiencia, la acusación provisional sí describió con suficiente detalle y respecto al menor Abilio "la conducta del recurrente ofreciendo dinero a cambio de mantener relaciones sexuales". Por lo que su consideración como hecho probado, arrastraba, como lógica consecuencia, su subsunción en el tipo de corrupción de menores del artículo 188.4 CP, objeto de acusación, y la correlativa condena de su autor en los límites de la pena pretendida.

La esencial mutación del objeto procesal en conclusiones definitivas, añadiendo nuevos hechos y nuevas pretensiones de condena impedía, en efecto, en los términos precisados al hilo del motivo anterior, el pronunciamiento condenatorio del tribunal por el delito continuado de abuso sexual. Pero dicha modificación no afectaba a la incontestable base de acusatoriedad de la que disfrutaba la pretensión de condena por los tres delitos de corrupción de menores del artículo 188.4 CP.

**14.** El Tribunal Superior, al estimar el motivo de apelación formulado por el Ministerio Fiscal, se limitó a corregir el error normativo de apreciación del Tribunal Provincial, subsumiendo la conducta, objeto de regular acusación y declarada probada en la instancia, en el tipo invocado, fijando la pena que consideró adecuada atendidos los indicadores de gravedad concurrentes.

Labor de corrección normativa que se ajusta a las facultades de las que dispone como tribunal de apelación. En este sentido, cabe recordar que si el gravamen que presta sostén a la pretensión revocatoria de una sentencia absolutoria tiene un exclusivo alcance normativo, al no implicar una nueva reconstrucción del fundamento fáctico de lo decidido, el órgano de segunda instancia dispone, como facultad transferida por el efecto devolutivo, de la posibilidad de reajuste, condenando a la persona absuelta en la instancia -vid. SSTEDH, caso Bazo González c. España, de 16 de marzo de 2009; caso Kashlev c. Estonia, de 26 de abril de 2016; caso Marilena-Carmen Popa c. Rumanía, de 18 de febrero de 2020-.

**TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO Y OCTAVO (PRIMERO A SEXTO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: INFRACCIÓN DEL **DERECHO** A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**



15. El recurrente estructura en seis motivos los distintos gravámenes producidos y que, a su parecer, lesionan su **derecho** a la presunción de inocencia. Cuestiona la suficiencia probatoria de cada uno de los hechos que se declaran probados y que fundan las respectivas condenas. Y lo hace fraccionando el cuadro probatorio en tantos subcuadros como hechos declarados probados, para después analizar, aisladamente, cada una de las informaciones probatorias.

16. Sin perjuicio de ofrecer una puntual respuesta a cada uno de los gravámenes planteados, la metodología "por fraccionamiento" utilizada por el recurrente, en un supuesto como este que destaca, precisamente, por un particular nivel de imbricación probatoria entre los distintos hechos justiciables declarados probados, obliga a dos advertencias previas sobre el alcance de nuestra labor de control casacional y el método que debe emplearse.

La primera, que la calidad de todo cuadro de prueba para fundar sobre sus resultados una sentencia de condena no se mide por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno de los datos informativos que arrojan los medios de prueba producidos sino por el valor integrado de todos ellos. Los valores específicos interactúan conformando la imagen probatoria. El valor de la prueba, tanto la de naturaleza directa como indiciaria, no se mide por una simple suma de datos fácticos sino por su lógica interacción. De ahí que la utilización de un método deconstructivo de análisis pueda arrojar, con frecuencia, una falsa representación sobre la imagen proyectada por el cuadro de prueba. El abordaje crítico de cada uno de los datos probatorios aisladamente considerado puede, en efecto, patentizar la insuficiencia reconstructiva de cada uno. Pero ello no comporta que el resultado cumulativo de todos ellos interactuando no sea suficientemente sólido para poder declarar probada la hipótesis de la acusación.

La segunda, que la función de control y de verificación de la suficiencia probatoria no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el **derecho** al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-. De tal modo, cuando se invoca lesión del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo. La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia limitada de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio -vid. STS 980/2022, de 21 de diciembre-. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid. STC 184/2013; SSTS 680/2022, de 17 de febrero, 631/2022, de 23 de junio-.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

Pues bien, partiendo de dichas coordenadas, procede abordar el análisis de los distintos gravámenes.

### **§ Prueba insuficiente sobre la entrega a los menores de droga de las que causan grave daño a la salud por parte del recurrente**

17. Para el recurrente, la base probatoria del hecho es débil pues se basa exclusivamente en los testimonios de los menores, plagados de contradicciones e imprecisiones significativas. Muy en particular, el del menor Abilio quien, en fase previa, negó haber mantenido contactos sexuales con el recurrente para después, de forma inopinada, cambiar de versión en el acto del juicio. Por otro lado, no puede dejar de destacarse la ausencia de todo dato corroborativo. No se encontró ninguna sustancia tóxica ni en poder del recurrente ni en el domicilio en el que residía junto a su madre. Ni, tampoco, se practicó análisis alguno a los menores que objetivara consumo de sustancias.

18. No identificamos gravamen. La actividad probatoria desarrollada y la valoración que de los datos que arroja realiza el Tribunal Superior, validando la realizada por el tribunal provincial, permiten identificar una sólida prueba del hecho justiciable.





En el caso, las informaciones aportadas por los menores Carlos Ramón y Abilio presentan altas tasas de fiabilidad. Además de no identificarse ningún déficit de credibilidad subjetiva derivado de una mala relación con el recurrente o por la concurrencia de fines espurios, tampoco se aprecian contradicciones e imprecisiones mínimamente significativas. Ni internas ni, tampoco, entre ambos testimonios.

Debe insistirse en que las contradicciones que afectan seriamente a la calidad reconstructiva de la información aportada por un testigo son las sustanciales -como exige, por ejemplo, el artículo 714 LECrim para activar el incidente de introducción de manifestaciones testificales previas-. Y estas son las que se producen cuando el testigo incluye en su relato hechos fenomenológicamente incompatibles entre sí que obligue a concluir que alguno de aquellos, en relación de mutua exclusión, no se ajusta a la realidad.

Y como apuntábamos, con relación al subhecho relativo a la facilitación de droga a los menores por parte del recurrente, ambos relatos se presentan coherentes y nuclearmente precisos sobre las circunstancias espacio-temporales de producción y el tipo de sustancia consumida -cocaína y marihuana-.

**19.** Pero, además, la información testifical goza de un nivel significativo de corroboración externa. En efecto, el contenido de los mensajes intercambiados mediante la aplicación " DIRECCION008 " entre el hoy recurrente y el menor " Carlos Ramón " permite identificar cómo aquel le propone mantener una relación sexual y consumir "cuatro rayas". Por otro lado, si bien no se intervino sustancia tóxica ni en poder del recurrente ni en su domicilio, la documental aportada por la defensa acredita que recibía tratamiento por consumo abusivo de drogas.

§ Prueba insuficiente sobre la existencia de más de una relación sexual mantenida con el menor Carlos Ramón

**20.** Para el recurrente, la prueba producida solo permite considerar suficientemente acreditado que hubo una relación sexual. La afirmada existencia de otras relaciones mantenidas entre finales de 2017 hasta agosto de 2019 se basa exclusivamente en el testimonio del menor que sobre este extremo también se presenta contradictorio e impreciso.

**21.** El reproche carece de toda consistencia. El análisis de los datos de prueba arroja un resultado probatorio concluyente.

De nuevo, la declaración del menor adquiere una decisiva relevancia reconstructiva sin que apreciemos ninguna fisura que permita dudar de la fiabilidad de las informaciones nucleares ofrecidas. Es cierto, no obstante, que se identificaron contradicciones con relación al número y frecuencia con la que mantuvo relaciones sexuales con el recurrente, pero el tribunal de instancia analiza con rigor, a luz de las circunstancias psicoemocionales del menor puestas de relieve por el perito que le exploró, la razón que puede explicarlo: una estrategia de minimización para poder afrontar lo ocurrido. En todo caso, el menor siempre ha afirmado haber tenido varias relaciones sexuales con el recurrente y, en concreto, al menos, haberle practicado dos o tres felaciones.

**22.** Testimonio que ha venido también corroborado por múltiples datos de prueba. La información proveniente del testimonio del otro menor Abilio , quien confirmó los numerosos encuentros en casa del recurrente y cómo su amigo Carlos Ramón le manifestó las prácticas sexuales a las que este le sometía a cambio de dinero; las fotografías halladas en la memoria del teléfono del recurrente en las que aparecen los menores Abilio y Carlos Ramón en casa de este; la grabación hallada en el móvil del recurrente en la que puede observarse cómo el menor Carlos Ramón le practica una felación; las conversaciones mantenidas por *DIRECCION008* entre el recurrente y el menor con explícitos contenidos sexuales; la identificación de veintinueve comunicaciones habidas entre el recurrente y el menor durante el periodo que transcurre entre finales de 2017 a agosto de 2019.

**23.** No hay margen para la duda razonable sobre la existencia de varias relaciones sexuales, algunas consistentes en la práctica de felaciones tanto del menor al recurrente como de este al menor.

§ Prueba insuficiente sobre la existencia de relaciones sexuales mantenidas con el menor Abilio .

**24.** El motivo cuestiona la base probatoria del hecho justiciable introducido sorpresivamente por el Ministerio Fiscal en el trámite de calificaciones definitivas pues se basa exclusivamente en la declaración del menor prestada en el acto del juicio oral, en clara e irreductible contradicción con lo manifestado en la fase previa del proceso donde negó de manera porfiada haber tenido contacto sexual con el hoy recurrente. Grado de contradicción que compromete de manera esencial la atendibilidad del relato.

**25.** El motivo, mediante el que se hace valer el gravamen, ha perdido objeto. La estimación del primero de los motivos, con la consiguiente exclusión de este hecho justiciable del objeto procesal, disculpa de la necesidad -y oportunidad- de pronunciarnos sobre la suficiencia probatoria de una condena que se deja sin efecto.

§ Prueba insuficiente sobre la existencia de relaciones sexuales mantenidas con el menor Juan Ramón





26. El recurrente cuestiona que haya quedado acreditado que mantuviera relaciones sexuales con el menor Juan Ramón . Insiste en que el testimonio del menor es poco consistente y carece de toda corroboración objetiva. No es plausible que afirme que concertó con el recurrente mantener relaciones sexuales por dinero utilizando la aplicación " DIRECCION003 " cuando es sabido que en dicha red social el acceso es público y, además, no se autoriza ese tipo de contenido. Por otro lado, se mostró impreciso sobre las fechas en las que se produjeron los afirmados contactos y las concretas cantidades ofrecidas o recibidas. Resultando contradictorio que si la razón para mantener relaciones sexuales con el recurrente era económica mantuviera los encuentros pese a que el recurrente en una ocasión le entregó una cantidad muy inferior a la pactada y en otras tan siquiera le dio dinero. Lo que sugiere que la denuncia tiene un fin espurio relacionado con los celos que el menor pudo sentir porque su novio Marcos también, parece, había mantenido relaciones con el recurrente.

27. La objeción no puede prosperar. La información probatoria producida y la valoración que de la misma realiza tanto el Tribunal Superior como la Audiencia neutraliza toda duda razonable. El relato del menor presenta un altísimo nivel de consistencia interna y externa. No solo no se identifican contradicciones mínimamente significativas, sino que alcanza un nivel de precisión sobre el patrón de actuación y las concretas circunstancias espacio-temporales de producción -lugar donde se producían los encuentros, color del vehículo con el que el recurrente le trasladaba desde DIRECCION004 a Albacete, características de la vivienda, tamaño de la cama- que resulta difícilmente compatible con un relato inventado, como se sugiere en el recurso.

28. Además, se identifican datos corroborativos de particular relevancia. Los otros menores, Carlos Ramón y Abilio , manifestaron que el recurrente les comentó que mantenía contactos con un menor de la localidad de DIRECCION004 de nombre Juan Ramón ; se localizó una foto del menor entre los archivos guardados en el teléfono móvil del recurrente; en el registro del domicilio del recurrente se hallaron botes de pomada, lo que coliga con el dato aportado por el menor de que aquel le ponía pomada en la zona anal antes de penetrarle.

29. No hay infracción del **derecho** a la presunción de inocencia.

#### **§ Prueba insuficiente sobre la existencia de conductas corruptoras mediante el ofrecimiento de dinero para mantener relaciones sexuales o de remuneración por las mantenidas**

30. La objeción de insuficiencia probatoria vuelve a asentarse sobre el mismo argumento: las declaraciones de los menores resultan insuficientes sin que exista ningún otro elemento periférico o prueba objetiva que las corrobore. En concreto, considera no plausible que el menor Carlos Ramón , que manifestó especial afecto por el recurrente, mantuviera el contacto durante más de un año solo por dinero. Y respecto a lo manifestado por el otro menor, Abilio , basta atender a las graves contradicciones existentes entre lo declarado en la fase previa y lo manifestado en el acto del juicio para identificar un alto grado de inconsistencia que impide otorgarle valor probatorio.

31. La objeción no puede correr mejor suerte que las anteriores. Es cierto que, de nuevo, los hechos que sustentan la condena del recurrente como autor de tres delitos de corrupción de menores se fundan en las declaraciones de los menores. Pero no lo es menos que tanto el tribunal de apelación como el de instancia han identificado en cada uno de ellos sólidos niveles de consistencia. También, y respecto a la conducta corruptora, en el ofrecido por el menor Abilio , pese a las contradicciones con lo declarado en otras fases del proceso sobre la existencia de relaciones sexuales con el recurrente.

32. Consistencia que se nutre, además, de los significativos y plurales datos de corroboración provenientes de los otros medios de prueba practicados.

Pero, además, y con relación a los hechos cuya suficiencia ahora se cuestiona -el ofrecimiento de dinero a los menores para mantener relaciones sexuales o su entrega para remunerar por las obtenidas-, no puede obviarse el alto nivel de coincidencia entre los testimonios prestados por los tres menores, uno de los cuales no tenía relación con los otros dos. Coincidencia narrativa que, además de revelar un significativo y común patrón de conducta del hoy recurrente, presta, también, un notable nivel de corroboración mutua entre los tres testimonios.

33. Tampoco hay lesión del **derecho** a la presunción de inocencia.

§ Prueba insuficiente sobre que el recurrente facilitara el visionado de películas pornográficas a los menores Abilio y Carlos Ramón

34. El argumento revocatorio se repite de nuevo: las declaraciones de los menores no sirven para la acreditación del hecho. Además, no se intervino en el registro domiciliario ningún material pornográfico ni soporte para ser reproducido que contuviera imágenes pornográficas. Por otro lado, tan siquiera se ha acreditado lo que vieron, pues los menores no fueron interrogados sobre el contenido. Déficit descriptivo que



impide considerar acreditado su significado pornográfico a los efectos típicos contemplados en el artículo 186 CP.

**35.** Tampoco hay gravamen. La sentencia recurrida justifica detalladamente las razones por las que otorga valor probatorio a las informaciones aportadas por los menores.

Acreditado el acceso sexual a niños de 13 años de edad, la promoción de un marco corruptor; la tenencia de pornografía infantil, incluyendo las imágenes grabadas de una felación practicada por el menor Carlos Ramón ; la facilitación de droga para que dos de ellos la consumieran, no se identifica la más mínima razón para cuestionar la atendibilidad del relato de los menores relativo a que visualizaron junto al recurrente películas pornográficas. Y, desde luego, no son razones, en la era digital y de INTERNET, que no se hallaran CD'S o un reproductor de dicho soporte en el domicilio del recurrente, como se afirma en el recurso.

**36.** Es cierto, no obstante, que la sentencia de instancia no describe las imágenes visualizadas, pero en el contexto situacional y personal en el que se desenvuelven los hechos justiciables, no nos cabe duda de que la descripción que los menores hacen de las imágenes como *pornográficas* resulta suficientemente descriptiva para considerar que mostraban imágenes de órganos sexuales o de prácticas sexuales explícitas. Como bien se sostiene en la sentencia recurrida, " *es palmario que los menores que se han visto sometidos a las experiencias que se relatan en los hechos probados tienen conocimientos suficientes para saber qué es pornográfico, por contener sexo explícito, y qué no*".

Dicha descripción genérica del contenido visualizado si bien no permitiría fundar la condena en el tipo específico de exhibición de pornografía infantil del artículo 189 CP, sí identifica de manera suficiente el umbral de desvalor típico de la conducta prohibida por el artículo 186 CP y su potencial para afectar al bien jurídico protegido: la indemnidad sexual de los menores.

**37.** El saldo acreditativo de las distintas hipótesis acusatorias que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo. Lo que confirma la idea-fuerte ya apuntada relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, debiendo ser abordados desde una unidad lógico-cognitiva.

En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto sino a la construcción de un discurso racional conformado por todos los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba. Y, en el caso, ese resultado acreditativo se ha alcanzado.

**NOVENO MOTIVO (OCTAVO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM: INDEBIDA EXCLUSIÓN DE LA CONEXIÓN POR CONTINUIDAD CON RELACIÓN A LOS HECHOS JUSTICIABLES DE LOS QUE FUE VÍCTIMA EL MENOR Juan Ramón**

**38.** El recurrente considera que los tres hechos justiciables que en sede apelativa han merecido la condena por tres delitos de abuso sexual del artículo 183.1 y 3 CP deberían castigarse como un solo delito continuado de abuso sexual del artículo 183.1 y 3. CP (vigente al tiempo de los hechos). Insiste en que, como apreció la Audiencia Provincial, se dan todos los elementos objetivos y subjetivos que justifican la conexión por continuidad, careciendo de todo sentido la punición por separado. Todos los hechos que se declaran probados respondieron, se afirma, a un mismo plan de actuación, "modus operandi" y a idénticas circunstancias espaciotemporales de producción. Es cierto, se añade, que entre el segundo y tercer acto abusivo transcurre un tiempo dilatado, pero ello no impide identificar la perspectiva unitaria que guiaba al autor del hecho, todo ello enmarcado, además, en un "continuum" comunicativo, como se fijó en el fundamento de la sentencia de primera instancia. Además, como también puso de relieve el tribunal provincial, la apreciación de continuidad permite atemperar la paradójica e inasumible consecuencia de que la conducta abusiva que recayó sobre el menor Juan Ramón se castigue de manera mucho más grave que la conducta abusiva sufrida por el menor Carlos Ramón de mucha mayor intensidad y que se produce, además, durante un periodo más prolongado.

**39.** El motivo debe prosperar.

La sentencia recurrida descartó dicha conexión en cuanto no identificó unidad de acción. Para el tribunal de apelación, el lapso transcurrido entre cada una de las tres acciones perfectamente delimitadas acredita la autonomía de cada una y la ruptura de la unidad de propósito. El tiempo transcurrido -más diez meses- entre el segundo y el tercer abuso, se afirma en la resolución, resulta incompatible con el dolo unitario.

No compartimos, a la luz de las circunstancias del caso, la conclusión alcanzada por el Tribunal Superior. Es cierto que, entre el segundo y el tercer acto abusivo, en los términos que se declaran probados, transcurrieron



aproximadamente once meses. Pero no lo es menos que la variable cronológica para identificar o excluir la continuidad debe analizarse en clave normativa y coherente con los otros elementos que configuran, finalmente, la conexión por continuidad.

**40.** Es evidente que esta introduce una delicada cuestión de alcance dogmático, como es la necesidad de deslindar su espacio operativo. Para lo que resulta necesario distinguir, primero, si los hechos integran una sola unidad típica de acción o una pluralidad de acciones. Y, segundo, si dada, en su caso, dicha pluralidad de acciones naturales cabe, no obstante, identificar una unidad jurídica de acción o acciones jurídicamente independientes. En el primer caso, los hechos albergan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una perspectiva normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal. En cambio, en los casos en que no se da esa estrecha vinculación espaciotemporal propia de las conductas que se ejecutan en un solo momento u ocasión, sino que se aprecia cierto distanciamiento espacial y temporal, no puede hablarse de una unidad natural de acción, sino de distintos episodios fácticos. Lo que obligará a deslindar si procede el concurso real o la conexión por continuidad. A tal fin, si los diferentes actos naturales no presentan la inmediatez y proximidad propias de la unidad natural de acción subsumible en un solo tipo penal, pero tampoco alcanzan la autonomía fáctica propia del concurso de delitos, deberá acudir a la figura intermedia del delito continuado -vid. entre muchas, STS 171/2020, de 19 de mayo-.

Tanto para una como para otra operación, además de tomar en cuenta elementos como el dolo, la homogeneidad objetiva de las acciones, de los bienes jurídicos afectados y de los tipos infringidos, el dato temporal de producción resulta significativo.

En efecto, la distancia temporal entre las distintas acciones ha de ser la suficiente para no poder apreciar unidad natural de acción, pero tampoco debe ser demasiado grande hasta el punto de que suponga una ruptura de los elementos valorativos que justifican el tratamiento jurídicamente unitario. Lo que se traduce en una inevitable indeterminación de partida que obligará a analizar la conexión temporal significativa en atención a parámetros de racionalidad en el caso concreto. Lo decisivo será constatar que persiste temporalmente la misma situación motivacional que determina las distintas decisiones de acción, lo que resulta compatible con un transcurso considerable del tiempo entre las plurales acciones.

Como se afirma en la STS 654/2020, de 2 de diciembre, si bien para la continuidad se requiere una cierta conexión temporal " *para su determinación no pueden establecerse estándares fijos, si bien quedarán excluidos aquellos casos en que un lapso temporal excesivamente dilatado pueda romper la perspectiva unitaria*" -vid. también, STS 151/2022 en la que se descarta continuidad en un supuesto en el que habían transcurrido más de tres años entre el primer episodio abusivo y los siguientes. Lapso que impedía identificar conexión por continuidad ya sea por la existencia de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión-.

Aquí radica la clave normativa: que el paso del tiempo impida identificar el propio fundamento material de la unidad jurídica de las distintas acciones que da sentido a la conexión por continuidad. Esto es, la necesidad de aprehender correctamente el injusto total de aquellas y, con ello, la propia culpabilidad del autor, el dolo manifestado, evitando consecuencias penológicas desmedidas que vendrían de la mano de la aplicación de fórmulas de concurso real.

Como señalábamos en la STS 541/2021, de 22 de junio, el delito continuado nace de una pluralidad de acciones que individualmente contempladas son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes y que, desde la perspectiva de su antijuricidad material, se presentan como una infracción unitaria. Y para ello es necesario que el autor realice las acciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario, que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones. Lo segundo no requiere que la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una misma situación a la anterior que aprovecha al agente en su repetición delictiva. En este segundo caso, el dolo debe ser homogéneo en la medida en que cada vez que surge se debe a un proceso motivacional semejante.

**41.** La aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales exige, en todo caso, que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo; que se ejecuten en el marco único de una relación sexual; de una cierta duración, mantenida en el tiempo; y que obedezcan a un plan preconcebido, conformado por dolo único o unidad de propósito inicial, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo que permitan identificar, insistimos, las razones del tratamiento jurídicamente unitario -vid. entre otras, SSTS 675/2016 de 22 de julio, 151/2022, de 22 de febrero-.

Y es a ello, precisamente, a lo que responde la regla especial del artículo 74.3 CP cuando reclama que en supuestos de delitos que afecten a la libertad o indemnidad sexual de un mismo sujeto se deberá valorar la naturaleza del hecho y del precepto infringido para medir el total injusto y el correspondiente merecimiento de pena.



42. Lo anterior conecta con otra cuestión decisiva que afecta al plano de la interpretación de los presupuestos. Los hechos en conexión de continuidad se sustraen por mandato legal a la disciplina del concurso real incorporando, en consecuencia, un régimen de punibilidad por lo general más beneficioso.

Esta relación latente de alternatividad entre una y otra forma de conexión en caso de pluralidad de acciones naturales a la luz de las distintas, en términos de gravedad, consecuencias punitivas que pueden derivarse obliga, por un lado, a aplicar estándares de deferencia interpretativa de los presupuestos de continuidad y, por otro, a resolver, en caso de duda, a favor de la fórmula concursal más beneficiosa para la persona acusada.

43. Partiendo de lo anterior, y con relación al caso que nos ocupa, cabe identificar los presupuestos de la conexión por continuidad decantados por la doctrina de esta sala -vid. SSTs 218/2018, de 9 de mayo; 267/2020, de 23 de enero; 151/2022, de 22 de febrero- en relación con los tres subhechos justiciables de los que fue víctima el menor Juan Ramón y que aparecen descritos en el apartado de hechos probados de la sentencia de instancia.

Concurren con claridad los elementos de conexión subjetiva, de homogeneidad de acción, de medios comisivos, de bien jurídico afectado, de identidad material de precepto infringido, de unidad de injusto personal y, con particular vigor, el *aprovechamiento de una idéntica ocasión* que, como "efecto abrazadera", presta sentido final a la conexión por continuidad. Y que, en el caso, viene marcado decisivamente por la capacidad situacional del recurrente para acceder al menor, aprovechándose de las redes sociales, reiterando de manera casi mimética, en las mismas condiciones espaciales, la conducta abusiva en los tres episodios que se declaran probados.

Debe destacarse -tal como se afirma en la sentencia de la Audiencia Provincial en la fundamentación jurídica, pero con una clara relevancia integrativa del hecho probado- que el recurrente mantuvo continua comunicación por las redes sociales con el menor durante todo el periodo en que se prolongaron los actos abusivos. El contexto de producción patentiza un proceso motivacional semejante, una homogeneidad de dolo marcado por la reproducción de las mismas circunstancias favorecedoras del acceso abusivo, el aprovechamiento, en fin, de la misma oportunidad o de la misma situación permanente.

44. La naturaleza de los hechos, descartada la concurrencia de violencia, por un lado, y el marcado aprovechamiento de la misma ocasión en su producción, por otro, justifica, en los términos exigidos por el artículo 74.3 CP, optar por la continuidad pues el tratamiento unitario permite además reajustar mejor y en términos más proporcionales el reproche al total de injusto producido.

En la segunda sentencia determinaremos la pena que debe imponerse por el delito continuado del artículo 183.1 y 3 CP que será objeto de condena.

**DÉCIMO MOTIVO (SÉPTIMO EN EL ORDEN PROPUESTO POR LA PARTE), POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 849.1 b) CP**

45. El recurrente considera, sin particular desarrollo argumental, que los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia, y que son admitidos por el Tribunal Superior, no identifican ninguna de las acciones típicas - producción, distribución, exhibición o facilitación- contempladas en el artículo 189.1 b) por lo que no cabe la subsunción.

46. El motivo no puede prosperar.

Como es sabido, cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen, como anticipábamos, el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso.

Y lo cierto es que el hecho que se delimita en la sentencia recurrida permite identificar los elementos del delito del artículo 189.1 b) CP que ha servido de título de condena.

47. El recurrente poseía archivos de contenido pornográfico infantil en su teléfono móvil, entre otros, los que contenían las imágenes, grabadas con su propio teléfono, del menor Carlos Ramón mientras le practicaba una felación, que mostró al otro menor Abilio. Lo que sin duda constituye acción típica de exhibición, entendida como acto de *ofrecimiento visual directo* -vid. STS 667/2018, de 19 de diciembre-. Y que reúne claros indicadores de potencialidad lesiva del bien jurídico protegido lo que fue, además, abarcado por el dolo directo del autor.

No hay error de subsunción.

**CLÁUSULA DE COSTAS**



48. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede declarar de oficio las costas del recurso.

### CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

49. Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo *sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de los menores Abilio, Carlos Ramón y Juan Ramón.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Secundino contra la sentencia de 19 de mayo de 2022 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar.

Declaramos de oficio las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo. Comuníquese también de forma personal los menores.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10367/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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 Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10367/2022, interpuesto por D. Secundino contra la sentencia núm. 35/22 de fecha 19 de mayo de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO





**ÚNICO.-** Por las razones expuestas al hilo del primer motivo del recurso formulado por la representación del recurrente Sr. Secundino , se deja sin efecto su condena como autor de un delito continuado de abuso sexual sobre el menor Abilio que fue objeto de acusación. Y, en los términos anticipados en el análisis del motivo noveno, procede dejar sin efecto la condena del recurrente como autor de tres delitos de abusos sexuales cometidos sobre el menor Juan Ramón del artículo 183.1 y 3 CP -ley vigente al tiempo de los hechos-, sustituyéndola por la condena por un delito continuado del artículo 183.1 y 3 CP, en relación con el artículo 74.1 y 3 CP.

Fijamos por dicho delito continuado la pena de diez años y nueve meses de prisión. Por encima del mínimo imponible, tomando en cuenta como factores de desvalor aumentativo del reproche el número de actos abusivos producidos - tres-, la intensidad de los mismos y la edad del menor, trece años. Pena que conllevará las accesorias de inhabilitación para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y de prohibición de toda aproximación y comunicación con el menor Juan Ramón por un periodo de doce años.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Dejamos sin efecto la condena del Sr. Secundino por un delito continuado de abuso sexual sobre el menor Abilio .

Dejamos sin efecto la condena del Sr. Secundino por tres delitos de abusos sexuales del artículo 183.1 y 3 CP sobre el menor Juan Ramón .

Condenamos al Sr. Secundino por un delito continuado del artículo 183.1 y 3 CP, en relación con el artículo 74.1 y 3 CP, sobre el menor Juan Ramón a la pena de diez años y nueve meses de prisión y a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y de prohibición de toda aproximación y comunicación con el menor Juan Ramón por un periodo de doce años

Declaramos de oficio dos sextas partes de las costas causadas en la instancia.

En los demás extremos confirmamos la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, EN LA SENTENCIA N.º 18/2023, DE 19 DE ENERO RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 10367/2022

Con el mayor respeto hacia mis compañeros que han firmado la presente Sentencia, expongo en este Voto Particular las razones de mi disensión que expuse en la deliberación, y con la decidida voluntad de contribuir a la discusión sobre dos aspectos que considero esenciales en nuestra función jurisdiccional. De una parte, la consideración y efectos del principio acusatorio, esencial de nuestro sistema penal de enjuiciamiento; de otra, la consideración de la continuidad delictiva respecto de los delitos contra la libertad sexual, disintiendo de la extensión de su aplicación.

I.- El principio acusatorio.

Una breve reseña de los hechos contribuirá a clarificar la cuestión. La acusación pública, en su escrito de conclusiones provisionales, imputa al acusado unos hechos que son calificados en el delito de tráfico de sustancias tóxicas, en el delito de abusos sexuales, en la terminología anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 10 /2022, de 6 de septiembre, y de corrupción de menores. En el hecho, el *factum*, se refiere que la acción del acusado se dirige contra tres perjudicados, menores de 13 años de edad, a los que propone el mantenimiento de relaciones sexuales que se detallan en la propuesta a cambio de dinero y de sustancias tóxicas. Se afirma en el hecho que dos de ellos accedieron a sus pretensiones, en tanto que el tercero, Abilio ., no accedió. La calificación jurídica correspondiente a estos hechos fue, además del tráfico de drogas, tres delitos de corrupción de menores y dos de abusos sexuales. En el desarrollo del juicio oral el menor Abilio ., se desdijo de su negativa y declaró haber accedido a las pretensiones sexuales realizadas por el acusado, expresando la razón del cambio de declaración, por la vergüenza que sentía por la admisión de los hechos. Tras ese testimonio el Ministerio público modifica la calificación, tanto en los hechos como la calificación



de jurídica, incorporando un hecho, el menor accedió a los requerimientos del acusado, y un tercer delito de abusos sexuales. La Audiencia Provincial, declara probado que este tercer menor, como los otros dos, fue objeto de abusos, sin embargo, señala que no puede condenar por ese delito, al entender que se vulneraría el principio acusatorio, porque no fue objeto de la calificación en el escrito de acusación formulado en el escrito de calificación provisional y le absuelva de este hecho. Recurrida la Sentencia en apelación, el Tribunal Superior de Justicia condena al acusado por tres delitos de abuso sexual, respecto de cada uno de los tres menores víctimas de los hechos.

En casación, la defensa del recurrente formaliza la impugnación cuestionando la vulneración del principio acusatorio, y afirma la sorpresa de la imputación, derivada de la virtualidad probatoria que el Tribunal dio al cambio de declaración del menor con relación a los hechos. El Tribunal Superior de Justicia afirma en su fundamentación que no se ha vulnerado el **derecho** de defensa. La calificación fue sostenida desde la acusación pública, tras la espontánea declaración del menor, en la que la defensa pudo contradecir, como de hecho lo hizo a través de su letrado, indagando sobre su nueva declaración y los motivos del cambio de declaración. No interesó, pudiendo hacerlo, la suspensión del juicio tras haber oído la declaración, tampoco ante la modificación de conclusiones, interesó la práctica de una información suplementaria, en aplicación de los artículos 746 y 747 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni interesó un aplazamiento de la sesión conforme autorice el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para preparar adecuadamente la defensa en el juicio, limitándose a impugnar el valor probatorio de las declaraciones en el trámite de informe, lo que da idea del conocimiento de la imputación y la valoración que, como defensa, proponía al tribunal.

La Sentencia de la mayoría, al resolver la casación, afirma que se ha producido la vulneración del principio acusatorio y reputa de modificación esencial de la calificación, al introducir una variación en la calificación que no afecta a extremos periféricos de participación o de ejecución, sino que introduce un título de imputación nuevo, que no ha podido ser atendido por la defensa.

A mi juicio, y aquí radica el fundamento de mi disensión, no se ha producido una vulneración al **derecho** al proceso debido enmarcado en las exigencias del principio acusatorio. Conocida es la afirmación de esta Sala sobre el objeto del proceso y su cristalización progresiva, de manera que este no se fija hasta el momento de las conclusiones definitivas al término de la práctica de la prueba en el juicio oral, permitiendo el artículo 732 de la ley procesal, que la parte pueda modificar las conclusiones contenidas en los escritos de calificación provisional con los que se presentó al juicio, incluso que el tribunal pueda, artículo 733, variar la calificación de los hechos proponiendo a las partes, que deberán asumirla. Con mayor concreción el artículo 788 de la ley procesal, en su apartado cuarto, señala el ámbito de lo que puede ser cambiado y al respecto señala, como apartados susceptibles de modificación, la tipificación penal de los hechos, un mayor grado de participación, o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena. La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido, con criterio uniforme, por todas Sentencia de 532/2015, 23 de septiembre, que "las conclusiones provisionales pueden ser modificadas tras la práctica de la prueba, si bien no caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión, tal y como quedó acotada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral".

Las alteraciones que pueden ser admitidas, para no afectar al **derecho** de defensa, no deben ser esenciales y para apreciar esa esencialidad hemos de tener en cuenta no sólo el alcance de la modificación sino el contexto en el que se realiza. En el caso de esta casación el contexto permite afirmar que la modificación no fue, en ningún caso, sorpresiva y, por lo tanto, lesiva del **derecho** de defensa. Ese contexto es el de un acusado al que se imputa que actúa sobre menores, a los que conoce a través de las redes sociales, les ofrece determinados regalos a cambio de actos de naturaleza sexual, hechos que son subsumidos en el delito de corrupción de menores del artículo 188.4 del Código Penal. Al tiempo de la calificación provisional, los indicios existentes determinaron que dos de los menores habían aceptado esas proposiciones y se habían ejecutado efectivamente actos de naturaleza sexual, en tanto que un tercero negó su realización, por lo que se calificó de dos delitos de abuso sexual. La prueba desarrollada en el juicio oral permitió acreditar que el tercer menor también había accedido a las pretensiones corruptoras del acusado. A mi juicio, es evidente que, en el contexto en que se enmarca la calificación de los hechos y en el que se ha desarrollado la prueba, la modificación no supuso ninguna sorpresa al acusado, pues la dinámica comisiva fue la misma para las tres víctimas de los hechos, si bien una de ellas no afirmó haber accedido a la pretensión hasta el momento del juicio oral explicando la modificación de su declaración. El cambio de calificación no fue sorpresivo para nadie. El acusado conoció de primera mano por su presencia en el juicio el cambio de declaración, pudo interrogar testigo sobre ese cambio de declaración, como realizó, indagando sobre las razones del cambio; pudo pedir la suspensión del juicio, para una mejor preparación de la defensa; pudo proponer nuevos elementos de prueba para fortalecer su **derecho** de defensa; y nada de ello realizó, limitándose a cuestionar la fuerza suasoria o convictiva de una declaración no persistente en el tiempo, argumentación que no afecta, para



nada, al contenido del principio acusatorio y sí a la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia, cuya impugnación fundamenta otro motivo de casación .

Un comportamiento procesal debido, a tenor de la doctrina que emana de la Sentencia de la que discrepo, hubiera sido deducir testimonio para reproducir lo que ya se conocía por todos, situándonos en una mera repetición del juicio que sólo redundaría en una burocratización del proceso carente de sentido.

En reiterada jurisprudencia hemos delimitado el contenido esencial del principio acusatorio, con una posición alejada de las posiciones doctrinales. En virtud de esa interpretación hemos asociado el principio acusatorio al **derecho** de defensa, de manera que lo relevante para conformar el proceso debido no es solo la diferenciación entre órganos de acusación y de decisión, ni los aspectos relativos a la congruencia entre la acusación y defensa, ni la articulación del proceso penal bajo las exigencias del principio acusatorio, sino que lo relevante es la correcta activación del **derecho** de defensa. Así, por ejemplo, en la Sentencia 317/2020, de 15 de junio, dijimos que el principio acusatorio se integra en nuestro ordenamiento procesal como presupuesto básico del enjuiciamiento penal. Sin una proclamación constitucional explícita, el artículo 24 de la Constitución recoge las manifestaciones de su contenido esencial: el **derecho** de defensa, el de ser oído, el de conocer la acusación planteada, etc., principios que se manifiestan tanto en la Sentencia, observando la debida congruencia entre la acusación y el fallo, como en el enjuiciamiento y en la propia instrucción de la causa, asegurando un proceso penal con vigencia de los principios básicos del enjuiciamiento, como la igualdad de las partes procesales y de las armas empleadas, la contradicción **efectiva** y, en definitiva, el **derecho** de defensa.

Manifestación principal del acusatorio es que el órgano enjuiciador no puede realizar una subsunción distinta de la postulada por la acusación a salvo, claro está, de los supuestos de homogeneidad delictiva, pues esa resolución jurisdiccional, aunque pudiera estar amparada en el principio "*iura novit curia*", lesionaría el **derecho** del acusado a conocer la acusación con carácter previo al enjuiciamiento de una conducta para así posibilitar su defensa. Esta construcción de la homogeneidad y heterogeneidad delictiva se asienta sobre un contenido sustancial, cuál es, la interdicción de variación del hecho sometido a juicio.

La jurisprudencia, al analizar el contenido esencial del principio acusatorio lo ha asociado al **derecho** de defensa. Desde la Sentencia de 7 de junio de 1993 ya señalamos que "el principio acusatorio es una manifestación de otro principio primario y más general, cuál es que toda persona tiene **derecho** a defenderse" y es, por ello, que esta Sala ha conformado el **derecho** de defensa en su aspecto relacionado con el principio acusatorio, no solo al hecho -el *factum*- sino también a la calificación jurídica, estableciendo un desarrollo doctrinal sobre ese doble contenido que afecta la congruencia entre acusación y Sentencia, a la *reformatio in peius*, al planteamiento de la tesis del artículo 733 de la ley procesal, etc..

La vigencia del principio acusatorio parte de una comunicación completa de los escritos de acusación y defensa, de manera que ésta deba conocer el contenido de la acusación y articular desde ese conocimiento el desarrollo de su defensa, y también de una estricta correlación entre la acusación y la declaración **judicial** de condenas realizada por el tribunal de manera que éste no puede condenar por un delito que no haya sido objeto de acusación y de que, en consecuencia, no se haya podido defender el acusado. Esa conformación del proceso penal, con una parte que acusa, otra que se defiende y un tribunal que decide, supone la realización de la justicia de acuerdo a las exigencias de la observancia del **derecho** de defensa. En el fondo lo que late es la legitimidad en el ejercicio del *ius puniendi*. El tribunal solo puede, resolver el conflicto cuando dispone de una acción penal ejercitada por la acusación pública, que ostenta un interés social, particular, que ostenta y defiende su interés particular, pueden hacerlo, o popular. De esa pretensión de condena debe trasladarse a la defensa para actuar su concreto interés en defensa de los **derechos** que le asisten. Así se conforma un proceso acorde con las exigencias del principio democrático, el debido equilibrio entre acción y defensa, con igualdad de armas y vigencia de los principios de contradicción **efectiva**, igualdad y de defensa ( STS 981/2013, de 23 de diciembre). El tribunal se instala en el enjuiciamiento como un órgano que recibe una relación fáctica y una calificación jurídica, comunicada a la defensa, y que en el juicio debe proceder a la reconstrucción del hecho con la celebración de la prueba que las partes proponen para su valoración. La progresiva cristalización del proceso hace que el mismo quede fijado en el trámite de conclusiones definitivas y que cualquier modificación de esas conclusiones no afecte a la esencialidad del hecho pues su admisión podría dar lugar a la indefensión. Sobre este concreto apartado, la esencialidad de las modificaciones efectuadas en las conclusiones definitivas, hemos declarado, por toda Sentencia 572/2011 que el objeto de lo que debe ser abarcado por la contradicción, que requiere el previo conocimiento de la imputación, es lo que se refleja en los respectivos escritos de acusación y defensa, esto es, los elementos fácticos y jurídicos que enmarcan el objeto del proceso penal; que ese marco no es inflexible sino que, por un lado, pueden ampliarse con la introducción de elementos episódicos, periféricos que no afecten al **derecho** de defensa, y por otro, se ensancha, o acorta, en el momento en que las partes elevan a definitivas sus conclusiones provisionales, con las modificaciones que pueden afectar a la tipificación, al grado de participación o al grado de ejecución o a las circunstancias modificativas de la



responsabilidad criminal, dándose oportunidad de nuevos elementos probatorios posteriores que desvirtúen los introducidos en dicha fase procesal para salvaguardar el **derecho** de defensa; bien entendido que las modificaciones que se introduzcan no pueden modificar esencial o sustancialmente los elementos fácticos del relato histórico que las acusaciones sometan a consideración del tribunal; por último, en cuanto contenido de la esencialidad permitida, las modificaciones de las conclusiones provisionales han de valorarse de acuerdo con las particularidades del caso enjuiciado.

Coincido con la Sentencia de la mayoría en cuanto refleja, con estas u otras palabras, el contenido de lo que se acaba de señalar. La pauta normativa nos la proporcionan los artículos 732 y 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, al señalar que la modificación puede recaer sobre la tipificación penal, el grado de participación y de ejecución y las circunstancias que puedan agrava la pena. La disensión radica en el análisis de la esencialidad que para la Sentencia de la mayoría implica la irrupción de un tipo penal nuevo, y que por el contrario discuto porque, en el caso concreto, ese tipo penal nuevo aparece en las previsiones del artículo 788.4 de la ley procesal, se enmarca en un proceso en el cual el acusado lo era por hechos similares, y con calificaciones jurídicas similares a la que han sido objeto de la condena definitiva.

En definitiva, no fue una sorpresa para el recurrente, no se lesionó su **derecho** de defensa, y la única manifestación en la que expresa sorpresa es, como recoge el recurrente en el motivo décimo que opone, por la "contradicción evidente con todo lo que se había manifestado con anterioridad, esgrimiendo como motivo el que antes sentía vergüenza lo que tampoco resulta creíble desde el punto de vista de la lógica...", es decir, un cuestionamiento sobre la credibilidad del testimonio. Sorpresa que nada tiene que ver con el principio acusatorio y sí con el **derecho** fundamental a la presunción de inocencia que es objeto de otro motivo de impugnación.

En consecuencia, entiendo que la Sentencia debió desestimar el motivo opuesto y ratificar el criterio expuesto en la Sentencia objeto de este recurso, la dictada por el Tribunal Superior de justicia de Castilla La Mancha.

## II. Continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual.

El segundo apartado de mi disensión a la Sentencia radica en el tratamiento realizado respecto de la concurrencia de los distintos delitos de abuso sexual de los que es víctima el menor Juan Ramón . que han sido subsumidos en el delito continuado. Entiendo que los tres hechos típicos del abuso sexual, vigente al tiempo de los hechos, deben concurrir bajo las previsiones del concurso real de delitos.

Dice el relato fáctico, respecto de este menor, de 13 años, que el acusado contactó con él a través de una red social y le propuso, en el mes de enero del 2018, la realización de actos de contenido sexual a cambio de 120 euros. Tras varias conversaciones por la red, el menor, en el mes de marzo de ese año, accede a sus pretensiones. Lo llevó a su domicilio donde se desnudaron, le practicó una felación, realizó actos de contenido sexual con penetración, recibiendo la cantidad de 25 euros. En el mes de julio del mismo año 2018, tres meses después, se vuelve a poner en contacto, reiterando los contenidos agresivos. Nuevamente, en el mes de junio del 2019, 11 meses después reitera la acción, los contenidos agresivos y a su término le dijo que no podía pagarle nada, por lo que el menor decidió bloquearle en la cuenta de la red social. Por estos hechos fue condenado por la Audiencia provincial de Alicante como autor de un delito de corrupción de menores y otro continuado de abusos sexuales, calificación que fue modificada a instancias del Ministerio fiscal por el Tribunal Superior de Justicia que, estimando la impugnación en apelación, consideró que los hechos concurrían bajo las reglas del concurso real. Ahora, en casación, la defensa del recurrente plantea la concurrencia de los tres hechos delictivos y considera que se ha inaplicado el art. 74 del Código penal, la continuidad delictiva. La Sentencia de la mayoría acoge esta calificación jurídica, la continuidad delictiva, con una argumentación de la que discrepo.

El delito continuado nace de una pluralidad de acciones, susceptibles de ser calificadas como delitos independientes, pero que merced a su realización dentro de un plan preconcebido, o un aprovechamiento de idénticas ocasiones, que se desarrollan sobre bienes jurídicos iguales o de semejante naturaleza, se unifican en una infracción unitaria con una pena única, más grave de la del delito simple y favorecedora respecto de su concurrencia en concurso real del art. 73 CP.

Como dijo la STS 759/2021, de 7 de octubre, se trata de una realidad jurídica que permite constituir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva.

En su apartado 3, el art. 74 CP, excepciona su aplicación a las ofensas a bienes eminentemente personales que, a su vez, se excepcionan cuando se trata de infracción contra la libertad e indemnidad sexual que afecten al mismo sujeto pasivo, en cuyo caso, debe de estarse a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar, o no, la continuidad delictiva.





La norma penal sitúa la admisibilidad de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, como una excepción a la excepción. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala (por todas STS 802/2022, de 6 de octubre, con cita de otras más) ha venido afirmando que "la aplicación de la continuidad delictiva ha de ser objeto de la interpretación restrictiva, negándose cuando pueda apreciarse una individualización manifiesta de cada uno de los actos". Se considera aplicable el delito continuado en supuestos de agresiones sexuales realizadas bajo una misma presión intimidativa o de prevalimiento, en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito, o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del mismo sujeto activo. Siempre de manera restrictiva.

El delito continuado, en sus orígenes, fue una construcción jurisprudencial aplicable a los delitos contra el patrimonio para proporcionar una consecuencia jurídica acorde a los hechos, que no podían ser integrados en el concepto de unidad natural de acción, pues eran varias las acciones realizadas que transgredían distintas titularidades de bienes jurídicos, aunque respondían a una misma voluntad de acechar el patrimonio ajeno con aprovechamiento de idénticas circunstancias o siguiendo un plan preconcebido. Por lo tanto, y para los que la solución del concurso real era considerarlo desproporcionado a la construcción dogmática se añadió, después, un fundamento "*pietatis causa*", para aligerar la carga punitiva correspondiente a estas acciones típicas plurales, disponiéndose una unidad jurídica, en orden al señalamiento de las consecuencias jurídicas, para abrazar en una única consecuencia jurídica la pluralidad de acciones separándose del concurso real. También fue útil para incluir en esta idea de unificar las consecuencias jurídicas a supuestos de la realidad delincencial, como una pluralidad de agresiones a bienes jurídicos que no habían podido ser concretamente determinadas en cuanto a fechas, lugares o momentos, pero obedientes a una idéntica modalidad de agresión al bien jurídico libertad sexual.

Tratándose de delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales, la regla general es la de inaplicación del instituto de la continuidad delictiva, art. 74.3 CP. A mi juicio, el legislador es consciente de que la ofensa a bienes personales, efectuada con reiteración, no sólo agrede el bien protegido, la libertad en distintas modalidades, sino que la reiteración delictiva incrementa el daño de la víctima, afectando a su dignidad y a estructuras básicas de la persona, más allá del concreto ataque a la libertad individual por lo que la consecuencia jurídica no tiene porqué ser más favorable cuando el daño es más disvalioso. Por ello la jurisprudencia siempre ha declarado que la continuidad delictiva es de aplicación restrictiva en los delitos sexuales ( SSTS 377/2018, de 3 de julio, 351/2018, de 11 de julio, etc) en supuestos concretos, en los que tiene una especial relevancia dos aspectos esenciales, la temporalidad y la espacialidad, aspectos que deberán ser tenidos en cuenta para conformar la abrazadera de la continuidad, que supone un mejor tratamiento punitivo a una reiteración de ataques a la libertad sexual. Fuera de estos supuestos no alcanzo a comprender por qué ha de darse un mejor tratamiento punitivo, cuando lo constatado es que esa reiteración en la agresión produce un daño añadido a la víctima más allá del ataque a su libertad. Como se señaló la reiteración en el ataque, implica una agresión añadida en sus estructuras psíquicas de la víctima, en la medida en que es objeto de continuadas vejaciones que afectan a su dignidad y que no la hacen merecedora de un mejor tratamiento punitivo. Tratándose de menores afectados por la agresión, el ataque a la libertad e indemnidad se agrava por la agresión al libre desarrollo de la personalidad del menor agredido de forma continua.

Asumo, con la sentencia de la mayoría, que en los hechos concurren los elementos de conexión subjetiva, de homogeneidad en la acción, de medios comisivos, de bien jurídico afectado, de identidad de precepto jurídico infringido y de unidad de injusto personal, lo que conforma un sujeto activo que se comporta de manera agresora y reiterativa en la agresión, y revela una tendencia criminal, pero entiendo que el requisito referido al aprovechamiento de la idéntica ocasión no puede afirmarse cuando han transcurrido tres meses, entre el primer y el segundo suceso, y once meses, entre el segundo y tercero. Esa dilación temporal, no sólo los tres meses, sobre todo los once siguientes, rompe toda consideración de aprovechamiento de idénticas circunstancias.

Un espacio temporal tan dilatado desvanece cualquier consideración referida a la identidad de sucesos, máxime cuando se trata de menores de edad en los que el desvalor del resultado, que ha de ser tenido en cuenta, se agrava por la afectación de conductas reiterativas en el libre desarrollo de su personalidad, bien jurídico distinto de la libertad e indemnidad sexual.

Postulo a través de este Voto particular mantener el criterio restrictivo en la interpretación de los presupuestos de la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, tomando conciencia del desvalor del resultado, que agrava el resultado dañoso para la víctima cuando el ataque es reiterado, por la afectación a su dignidad además de la libertad e indemnidad sexual y a la que el legislador penal ha dispuesto excepcionando el régimen de la continuidad de estos delitos.