



Roj: **STSJ CAT 8885/2020 - ECLI:ES:TSJCAT:2020:8885**

Id Cendoj: **08019310022020100228**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **14/12/2020**

Nº de Recurso: **166/2020**

Nº de Resolución: **357/2020**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ROSER BACH FABREGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SECCIÓ D'APEL·LACIONS DE LA SALA CIVIL I PENAL

Rollo 166/2020

Audiencia Provincial de Barcelona Sección Décima

Sumario 15/2018

Juzgado de Instrucción 4 DIRECCION000

SENTENCIA Nº 357

Tribunal

Carlos Mir Puig

Roser Bach Fabregó

José Alberto Coloma Chicot

En Barcelona, a catorce de diciembre de 2020.

Visto por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados expresados al margen, el Rollo núm. 166/2020 formado para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona fecha 10 de julio de 2020, en su Sumario 15/2019 en el que figuran como acusados Segismundo y Severiano .

Ha sido ponente la magistrada Roser Bach Fabregó, que expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

1. En la sentencia referida se declaran como probados los siguientes hechos:

"Los acusados, Segismundo, nacido en Gambia el NUM000-1998, de 20 años de edad, sin antecedentes penales, y Severiano, nacido el NUM001 - 1999 a Nador (Marruecos), de 18 años de edad, de nacionalidad española, sin antecedentes penales, en hora no concretada de la tarde del día 22 de marzo de 2018 se hallaban en el centro Can DIRECCION001 de la localidad de DIRECCION002, cuando recibieron el aviso por un joven menor de edad, de que había una menor realizando felaciones en las proximidades del centro, trasladándose ambos rápidamente al lugar.

Al ver a la menor Sara (nacida el NUM002/2003), de 14 años, en actitud sexual con otros menores, programaron con los menores de edad Basilio (17 años) y Bernardino (17 años), todos ellos de complexión fuerte y altos, poder realizar diversos actos sexuales, a fin de satisfacer sus deseos sexuales, en un lugar distinto apartado



del pueblo, donde no pudieran ser descubiertos. A continuación, uno de ellos, sin que conste cuál, propuso a la menor marcharse a otro sitio, lo que ella aceptó al desconocer lo que se proponían. De esta forma la llevaron hacia el interior de una masía abandonada que había un poco más arriba del lugar en el que se hallaban, situada en el carrer d' DIRECCION003 NUM003 (Can DIRECCION004) perteneciente a la localidad de DIRECCION005, que ella no conocía. Todo ello acompañado de otros diez menores de edad que les siguieron.

A la masía abandonada llegaron por un camino de tierra muy estrecho, al que no pueden acceder vehículos, paralelo a la carretera N-II. La masía estaba llena de grafitis, rodeada por un muro, pero sin puerta para entrar al interior del solar ya que las puertas de la masía se encontraban tapiadas. Para entrar en el interior existían unos agujeros en dos de las ventanas que se hallaban en el lateral derecho, por los que entraron. La masía constaba de tres plantas sin techo. El suelo de las plantas superiores en muchas estancias era del todo inexistente, y en las que constaba de suelo, las vigas se encontraban quebradas o caídas y no existía posibilidad alguna de acceder a los pisos superiores. La planta principal se dividía en 5 grandes dependencias, llenas de vegetación y ruinas y, en algunos lugares, con restos de haberse encendido hogueras. Se trataba, por tanto, de un lugar apartado del núcleo urbano y abandonado en el que la menor estaba absolutamente desprotegida e imposibilitada para pedir auxilio.

Una vez en el interior de la masía abandonada anteriormente descrita, los acusados Segismundo y Severiano, junto con los menores Basilio y Bernardino, compartiendo el mismo ánimo de satisfacer su deseo sexual, unidos con el mismo propósito y acción, y aprovechando idéntica ocasión, rodearon a la menor Sara, sabiendo que tenía menos de dieciséis años, en presencia de otros 10 menores de edades comprendidas entre los 14 y los 15 años, con intención de amedrentarla y con el propósito de obtener una satisfacción sexual, menoscabando su libertad sexual, así como con propósito de vejlarla y de atentar contra su dignidad, prevaleciendo de la superioridad que les proporcionaba esa situación y así vencer su negativa a lo que se proponían hacer, realizaron los siguientes hechos:

A) Segismundo y Severiano, que eran conscientes de que Sara era menor de 16 años, la agarraron de las manos, la colocaron contra la pared, le bajaron los pantalones, la hicieron colocar de cuatro patas, le tocaron el culo repetidamente y a continuación:

A1) El acusado Segismundo se puso detrás de ella y la penetró vaginalmente, aprovechando la situación de total indefensión ocasionada previamente por el otro acusado y estos dos menores intervinientes.

A2) Acto seguido, el menor Bernardino, comenzó a penetrarla vaginalmente, encontrándose la menor en la misma posición y situación descrita anteriormente, aprovechando la situación de total indefensión ocasionada previamente por los acusados.

La menor, como consecuencia de la conducta y actitud de los acusados y los dos menores intervinientes que la rodeaban, gritó en varias ocasiones y al saber que no la podían escuchar, adoptó una actitud de sometimiento, al sentirse amedrentada, estando presentes otros diez menores todos varones, y en un lugar apartado donde no podía recibir ningún tipo de ayuda de terceras personas.

B) Los acusados y los menores de edad anteriormente señalados, ordenaron a Sara que les hiciese una felación a tres de ellos, accediendo ésta, al sentirse amedrentada por el número de personas que la rodeaban -ellos cuatro más los menores que miraban- y en el lugar apartado anteriormente descrito, con nula posibilidad de ayuda de terceras personas. De esta forma

B1) El acusado Segismundo introdujo su pene en la boca de la menor obligándole así a que le hiciera una felación.

Mientras tanto el acusado Severiano, sacó su teléfono móvil y grabó la felación, en el transcurso de la cual Segismundo con ánimo y actitud humillante hacia la menor sonreía a la cámara.

B2) El menor Basilio, le acercó el pene, le tocó los pechos e introdujo el pene en la boca de la menor Sara, obligando a ésta que le hiciera una felación, mientras el otro menor Bernardino con el pene erecto y los pantalones bajados, le sujetaba la cabeza facilitando de esa manera la felación. En un momento dado, la menor dijo "va ya está", a pesar de lo cual ellos no atendieron su petición y continuaron.

Al mismo tiempo Segismundo le dijo "dale un pico a Basilio" al tiempo que Basilio le acercó su pene erecto y lo chocó con su rostro. El menor Bernardino también le acercó el pene a la cara de la menor, mientras Basilio decía que "comparara las dos pollas". Acto seguido, acercaron sus respectivos penes erectos a la boca de la menor, consiguiendo que la menor los chupara, mientras uno de los intervinientes chillaba "qué maravilla estas tope de cachonda, mira como te pones tu sola".

Los acusados y los dos menores jalearon en repetidas ocasiones riéndose varios de ellos de forma ostensible. El acusado Severiano aplaudía y Segismundo decía "vaya, vaya, puto Severiano, cachondo".



B3) El acusado Severiano tocó los pechos repetidamente a Sara y acercó su cabeza hacia el pene de Bernardino consiguiendo que le hiciera una felación, mientras Segismundo manifestaba "joder cómo se pone la perra, está caliente como una perra", ocasionando una situación de humillación en la menor.

C) Los acusados Segismundo y Severiano, cada uno con su teléfono móvil, a lo largo de los hechos descritos anteriormente grabaron varios vídeos e hicieron fotografías en los que los acusados y los menores Basilio y Bernardino obligando a la menor Sara a realizar actos sexuales.

C1) En concreto Segismundo grabó con su teléfono móvil los hechos descritos anteriormente en el apartado B en 6 videos diferentes de una duración de 13 segundos, 14 segundos, 15 segundos, 14 segundos, 13 segundos y 11 segundos, respectivamente. Asimismo, realizó con su teléfono móvil 13 fotografías (entre las 19.38h y las 20.37h) en las que aparecía la menor Sara a cuatro patas con el pantalón bajado y detrás el menor Bernardino en la situación descrita en el hecho A2; la menor masturbando a Bernardino y a Basilio (menor de edad), en la situación descrita en el hecho B2; los acusados y estos menores tocando los pechos a la menor de acuerdo con la situación descrita en los hechos apartado B.

Tanto las grabaciones como las fotografías realizadas por Segismundo se realizaron siendo consciente la menor Sara de ello y contra su voluntad.

C2) Asimismo, el acusado Severiano grabó con su teléfono móvil el hecho descrito anteriormente en el apartado B1. Posteriormente, sobre las 20 horas de ese mismo día y teniendo pleno conocimiento que la menor no había consentido la grabación ni desde luego su posterior difusión, subió el vídeo de la felación a Segismundo, a su red social de Instagram en el apartado de las historias contado con más de 800 seguidores pudiendo acceder cualquiera de ellos a su contenido, siendo retirado el vídeo unas horas más tarde por la propia red social debido su contenido. No se ha acreditado que Segismundo supiera ni participara en dicha decisión.

Además el acusado Severiano realizó 6 fotografías con su teléfono móvil mientras se producían los hechos anteriormente descritos (entre las 19.16 h y las 19.41h) en las cuales por su defectuosa realización no aparece de forma explícita y reconocible la presencia de la menor Sara, ni de los otros dos menores.

Los acusados y el resto de menores intervinientes, al escuchar la sirena de un coche de policía sobre las 20.45 horas abandonaron corriendo el lugar dejando sola a la menor Sara en la masía abandonada, la cual se dirigió hacia el centro de la ciudad sola gritando auxilio. El desarrollo de estos hechos se produjo aproximadamente en unas dos horas de la misma tarde.

SEGUNDO.- La menor Sara al tiempo de producirse los hechos relatados anteriormente sufría de trastorno de desregulación disruptiva del estado de ánimo, trastorno de personalidad no especificado, dificultad de aculturación y trastorno de adaptación con alteración mixta de las emociones y de la conducta y episodios de depresión mayor. Dicha circunstancia no era conocida por los acusados ni fue apercibida por los mismos. No se ha acreditado que dicha patología se refleje en algún rasgo externo identificativo de la menor Sara.

TERCERO.- Como consecuencia de tales hechos la menor sufrió inestabilidad emocional, episodios de llanto e irritabilidad, autolesiones en antebrazos en dos ocasiones y tres fugas del domicilio. Además estuvo ingresada en el centro hospitalario DIRECCION006 desde el 30/05/2018 y hasta el 13/07/18. El día anterior a su ingreso hospitalario ingirió 20 comprimidos de diacepan de 5 mg y se infligió heridas superficiales en brazo. Como secuelas, a consecuencias de las agresiones sexuales sufridas y de la difusión en redes sociales de un video de las mismas, sufrió síndrome por estrés postraumático moderado.

La madre de la perjudicada reclama por los hechos.

CUARTO.- El acusado Segismundo, en el momento de los hechos presentaba una baja madurez intelectual y rasgos de personalidad de baja resistencia a la presión de los iguales, lo que le producía una cierta afectación de sus capacidades cognoscitivo-volitivas determinando una mala evaluación de riesgos y haciéndole influenciado a las sugerencias de terceras personas".

2. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"CONDENAMOS al acusado Segismundo como penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de agresión sexual continuado a menor de 16 años con acceso carnal, con actuación conjunta de dos o más autores y con una violencia e intimidación particularmente degradante y vejatoria, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de anomalía psíquica, a la pena de **CATORCE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN**, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, siendo la víctima menor de edad, ya definido, a la pena de **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**.



CONDENAMOS a Severiano, por un delito de agresión sexual continuado a menor de 16 años con acceso carnal, y con una violencia e intimidación particularmente degradante y vejatoria, como cooperador necesario, ya definido, a la pena de CATORCE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y por un delito de descubrimiento y revelación de secretos, siendo la víctima menor de edad, con difusión, ya definido, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN.

Y, CONDENAMOS a ambos acusados a las siguientes penas accesorias por el delito continuado de agresión sexual ya definido.

a) la prohibición de que los acusados se aproximen a la menor, a su domicilio o cualquier otro lugar en que aquella pudiera encontrarse a una distancia no inferior a un kilómetro así como de comunicarse o relacionarse con ella por cualquier medio informático, visual o escrito durante un periodo superior en 10 años a la pena de prisión impuesta durante el cumplimiento de las penas de prisión impuestas.

b) la medida de libertad por el tiempo máximo de diez años, que se computará a partir de la finalización de las penas de prisión, acorde con los trámites y forma previstos en el art. 96.3 CP en relación al art. 106.1 CP .

c) inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior en cinco años al tiempo de privación de libertad impuesta en la sentencia. Y, por el delito descubrimiento y revelación de secretos la prohibición de que se aproximen a la menor, a su domicilio o cualquier otro lugar en que aquella pudiera encontrarse a una distancia no inferior a un kilómetro, así como de comunicarse o relacionarse con ella por cualquier medio informático, visual o escrito durante un periodo superior en 4 años a la pena de prisión impuesta durante el cumplimiento de las penas de prisión impuestas.

CONDENAMOS a Segismundo y a Severiano, a que abonen, en concepto de responsabilidad civil, de forma conjunta y solidaria a la menor Sara a través de su representante legal Paloma, las siguientes cantidades: 2.250 euros por los días que estuvo hospitalizada; 10.000 euros por las secuelas y 20.000 por los daños morales. La suma de la indemnización asciende a TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (32.250 €), más los intereses legales del art. 576 LEC .

Y, condenamos a ambos acusados al pago de las costas, cada uno a la mitad, incluidas las de la acusación particular.

Dese el destino legal a los objetos intervenidos. Se decreta el comiso del material informático intervenido y de los teléfonos móviles. Y, procédase a lo acordado en el fundamento octavo de esta resolución"

3. Contra la mencionada sentencia se interpusieron recursos de apelación por las representaciones procesales de Severiano y de Segismundo, y por el Ministerio Fiscal, fundamentándolos en los motivos que constan en los respectivos escritos articulando los recursos.

4. La acusación particular ejercitada por Sara se adhirió al recurso del Ministerio Fiscal.

Admitidos los recursos y dado traslado por diez días a las partes para que presentasen los correspondientes escritos.

HECHOS PROBADOS

Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Recurso de Severiano .

2. El recurso se fundamenta en los siguientes motivos: a) error en la valoración de la prueba, con infracción de normas y garantías procesales: especial vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE por motivación insuficiente; b) infracción de normas y garantías procesales, por denegación de prueba que causa indefensión; y c) infracción de normas del ordenamiento jurídico por no aplicación del artículo 183 quater del Código Penal, así como por inaplicación de los errores de hecho y de prohibición ex artículo 14.1 y 3 del Código Penal, e igualmente por la no aplicación de la complicidad ex artículo 29 del Código Penal, y por la indebida aplicación del artículo 183.4 b y c (ausencia de dolo) y del artículo 197 del Código Penal, todo ello en relación con errónea valoración de la prueba; y aplicación subsidiaria, en su caso, del artículo 183.1 y 3 del Código Penal.

3. En su **primer motivo** de impugnación, referido a error en la valoración de la prueba, comienza el recurrente señalando su abierta discrepancia con la apreciación de la prueba que ha realizado el tribunal de instancia y



no solo en cuanto la misma es desfavorable al acusado, sino porque los resultados probatorios han sido muy dispares entre sí y debiera haber implicado una motivación más profunda.

En tal sentido señala que la primera discrepancia surge por considerar que no hubo intimidación ambiental, y apunta que la prueba practicada demostró de forma palmaria que la presunta víctima accedió voluntariamente a tener relaciones sexuales con los cuatro acusados.

4. En la sentencia de la Audiencia, frente a la versión exculpatoria del acusado Severiano , que ha negado los hechos objeto de acusación, se afirma que la prueba de cargo fundamental que ha tomado en consideración es la declaración de la denunciante Sara , incorporada al acto del juicio oral como prueba preconstituida, a la que las magistradas asignan plena credibilidad, después de identificar a lo largo de los fundamentos de la resolución la concurrencia del triple filtro de solvencia y fiabilidad (ausencia de elementos de inveracidad subjetiva, verosimilitud del relato y persistencia incriminatoria) elaborado por la jurisprudencia para soportar válidamente la convicción judicial en el único testimonio de la víctima del delito.

5. Con carácter previo debemos precisar que la declaración de la víctima del delito ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Así la STC 64/94 señala que la declaración de la víctima del delito, practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene la consideración de prueba testifical, y como tal puede constituir válida prueba de cargo en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso.

La STS de 25 de enero de 2017 expone que la testifical de la víctima puede ser prueba suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio. En ese contexto encaja bien el triple test que establece la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima (ausencia de incredibilidad subjetiva, coherencia objetiva y persistencia en la incriminación). No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Son orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal". Ni tampoco, en sentido inverso, que cuando falta una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena.

6. La sentencia de la Audiencia da cuenta completa de la declaración de la menor Sara y, conforme a los criterios anteriormente expresados, la considera verosímil, carente de móviles espurios, persistente, y estima que viene corroborada, en cuanto a su contenido, por abundantes pruebas periféricas. Además de las pruebas testificales, se mencionan en la sentencia las manifestaciones de los médicos forenses en el plenario, los Dres. Arturo y Baltasar , que exploraron a la denunciante y que realizaron el informe pericial que obra en las actuaciones, en el que se concluye que no hay ningún indicio de que, a raíz de sus patologías previas a los hechos, pueda confundir la realidad con la ficción. Y señala que en este mismo sentido se expresaron las psicólogas del EAT Penal, funcionarias NUM004 y NUM005 , que concluyeron que el relato ofrecido por Sara es compatible con la evocación de una experiencia vivida, descartando cualquier tipo de fabulación. También, a efectos de corroboración de la credibilidad de la menor, destaca la sentencia la prueba documental consistente en las fotografías y los videos grabados por los acusados de una parte de los hechos.

De otra parte, la sentencia, en el apartado relativo a la individualización de la prueba de cada uno de los hechos que declara probados, señala que además de la declaración de los acusados y de la menor Sara , comparecieron nueve testigos menores de edad, y además fueron citados como testigos los menores Basilio y Bernardino , quienes tenían 17 años en la fecha de los hechos, y que según los escritos de acusación participaron de forma activa en los actos que se califican de agresión sexual a la menor, y por los que Severiano y Segismundo han sido acusados como cooperadores necesarios, además del acceso carnal vagina y bucal de Segismundo . Dichos menores se encuentran investigados por dichos hechos en la jurisdicción de menores.

Se señala asimismo que de la prueba documental destacan los videos que se visualizaron en el plenario junto con las fotografías realizadas desde los móviles de los acusados. Los videos de parte de los hechos tienen una duración de 13, 14, 15, 13 y 11 segundos respectivamente. Junto a ello, se ha dispuesto de las 13 fotografías obtenidas en el teléfono del acusado Segismundo realizadas entre las 19:38 y las 20:37 horas del día de los hechos en las que se ve a la menor Sara a cuatro patas, con el pantalón bajado, y detrás de ella al menor Bernardino en la situación descrita en el hecho A2; la menor Sara masturbando a Bernardino (de 17 años) y a Basilio (de 17 años) y los acusados y estos menores tocando los pechos a la menor Sara en la situación descrita en el hecho B2.



Destaca asimismo como prueba documental relevante el video encontrado en el móvil de Severiano y que él mismo subió a la red social Instagram en el que se identifica a Segismundo, riendo, mientras la menor le hace una felación.

Se afirma en la sentencia que, visionados los videos a los que se ha hecho referencia, se constata que son expresivos de algunas de las posiciones sexuales adoptadas por los acusados y los dos menores relativas a las felaciones especificadas en los hechos probados del apartado B1, B2 y B3. Y asimismo que dichos videos acreditan que los acusados y los menores intervinientes pronunciaron las frases vejatorias que se especifican en los hechos probados, y son también expresivos de la "jactancia" colectiva con la que realizaron las felaciones en grupo, varios de ellos sonríen ante la cámara.

También señala la relevancia de las conversaciones de los acusados el mismo día y los posteriores a los hechos, que acreditan que conocían que la menor tenía menos de dieciséis años, así como el hecho de que no hubo solo felaciones sino también accesos carnales vaginales.

7. Tras citar abundante jurisprudencia sobre las características de la intimidación típica del delito de agresión sexual, afirma que en el caso enjuiciado se ha de tener presente que la víctima -menor, de 14 años- se sintió absolutamente sola en una casa abandonada, lejos de la población de DIRECCION005, donde nadie la podía oír aunque gritara; se sintió paralizada al constatar que quedó rodeada por un grupo de chicos mayores que ella, dos de 17, uno de 18 y otro de 19 años, y en presencia de otros diez jóvenes menores de edad, que se quedaron a "mirar", creándose un temor ambiental, teniendo en cuenta el número, 14 jóvenes, las circunstancias del lugar descrito y el contexto o ambiente en que se produjo la agresión. Así, se indica que fue rodeada por los dos acusados y los dos menores de diecisiete años (todos ellos mucho más altos y fuertes según se evidencia en las fotografías y videos), la acercaron a una pared en posición de "cuatro patas" y le bajaron los pantalones. Y ante esa intimidación, la menor se sintió sin capacidad de reacción, se asustó experimentando una sensación de agobio que le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, que le determinó a hacer lo que lo que los acusados le decían que tenía que hacer: tres felaciones a jóvenes distintos tras haber sido penetrada vaginalmente por otros dos, además de los tocamientos en el culo y en los pechos.

Señala la sentencia que los acusados aprovecharon esta situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, con el ánimo de obtener su satisfacción sexual, pronunciando frases claramente vejatorias y humillantes hacia ella. No hubo decisión voluntaria ni se mostró proactiva, con independencia de que lo hubiera estado con otros menores la misma tarde. La llevaron a un sitio distinto, lejano y a iniciativa de los acusados, que a diferencia de ella son mayores de edad y cuatro años mayores que ella, actuaron en grupo y con intimidación con un evidente desequilibrio.

8. Frente a esta valoración de la sentencia, que detalla de forma exhaustiva en relación con cada uno de los hechos que se declaran probados, la parte recurrente discrepa, de forma esencial, del carácter forzado de las relaciones sexuales que la menor Sara mantuvo en el episodio que tuvo lugar en la zona a la que todos los intervinientes se han referido como la masía.

Así, se sostiene en el recurso, como hipótesis principal, que las relaciones sexuales fueron consentidas por la menor y, en consecuencia, se niega la existencia de intimidación de ningún tipo sobre ella.

9. Son diversos los motivos de discrepancia sobre la apreciación del tribunal *a quo* que en tal sentido se apuntan en el recurso.

Así, se indica que la menor, y se declara probado en la sentencia, estaba realizando felaciones en las proximidades de Can DIRECCION001 a menores de edad y ella misma dijo que lo hacía de modo voluntario, lo que coincide con la declaración de los menores que afirmaron que Sara accedió a tener relaciones sexuales de modo voluntario, que nadie la cogió para llevársela, ni fue sugestionada, ni la oyeron gritar, ni vieron que la agarraran, ni le bajaran los pantalones. Que cuando quería parar, los presentes paraban, y posteriormente incluso ella solicitaba continuar las relaciones. Pese a ello el tribunal eleva prácticamente a única prueba de cargo el relato ofrecido por la menor en la prueba preconstituida sin explicar por qué debe imponerse este frente al sostenido por los testigos, cuando dicho relato adolecía de haberse referido muy someramente a las felaciones que llegó a realizar.

10. Sobre la declaración de la menor Sara, debemos concluir, del mismo modo que concluyeron las magistradas de instancia, que la información transmitida alcanza las suficientes tasas de fiabilidad objetiva y subjetiva como para declarar probados los hechos que se precisan en la sentencia recurrida.

No ocultamos la presencia de algunas puntuales imprecisiones de la testigo directa que revela el recurrente y que tribunal *a quo* ha analizado de forma precisa y rigurosa. La atribución de valor a determinadas informaciones no puede hacerse prescindiendo de los específicos e intransferibles elementos situacionales del caso concreto. No es el resultado de simples fórmulas aditivas o compensatorias entre las distintas



informaciones probatorias obtenidas en el juicio. En el caso, el tribunal de instancia ha descartado, y nosotros compartimos su conclusión, cualquier ítem de infirabilidad. Ni subjetivos, provenientes de las relaciones con los acusados, a quien Sara no conocía. De contrario, evitó en su relato toda hipercriminalización. Debemos destacar en este punto la forma de revelación de los hechos: Sara no los denunció, ni tampoco su madre; después de suceder los hechos la menor fue a su casa, se duchó y se acostó, y ni siquiera le contó a aquella lo ocurrido, fue la educadora de Can DIRECCION001 quien activó el correspondiente protocolo dando cuenta a los servicios sociales y a los Mossos d'Esquadra al deducir, por lo que contaban los chicos menores de edad que acudían al centro, que se podía haber producido una agresión sexual.

Tampoco marcadores de infirabilidad objetivos, derivados de factores o condiciones que hagan fenomenológicamente incompatible el relato. Pero, además, tampoco identificamos ni déficits descriptivos relevantes ni, desde luego, contradicciones irreductibles.

Sobre la incompatibilidad del relato de Sara con lo manifestado por los testigos, se refiere en el recurso que la sentencia tiene por probado que fueron cuatro chicos los que perpetraron los hechos, siendo diez más los que miraban, y que según la resolución coadyuvaron a que la menor sintiera aquella intimidación ambiental que se tiene por acreditada. De lo que cabe preguntarse por qué estos diez menores no han sido procesados siendo que casi todos ellos tenían edad suficiente para poder serlo.

No nos corresponde en esta alzada responder a lo que plantea el recurrente, pero sí entendemos que probablemente la participación a la que hace referencia fuera lo que determinó la falta de memoria de muchos de los testigos menores en el acto del plenario, hasta el punto de que a varios de ellos la presidenta del tribunal tuvo que exhortarles a contestar, y las divergencias con lo declarado en fase de instrucción, siendo que en el acto del juicio se desdijeron de algunas manifestaciones incriminatorias anteriores, sin que dieran explicación alguna cuando les fueron puestas de manifiesto las contradicciones por las acusaciones por la vía del artículo 714 LECrim.

11. Pero, además, concurren elementos probatorios corroborativos para considerar, como lo hizo el tribunal de instancia, que la información aportada por Sara es suficientemente fiable.

En tal sentido, como hemos ya apuntado, se señalan en la sentencia los informes de los médicos forenses y de las psicólogas del EAT Penal. En la práctica de la prueba pericial las defensas contrastaron las conclusiones de los mismos con los informes de asistencias previas de la menor Sara en diversos centros que constan unidos a las actuaciones y en los que se hace referencia a una tendencia de la menor a inventar historias, y cuestionaron asimismo la presencia del estrés postraumático. Asimismo, en el recurso se hace referencia al contenido de los informes indicados.

12. En el informe forense se concluye que no hay ningún indicio de que, a raíz de las patologías previas a los hechos, Sara pueda confundir la realidad con la ficción. En el acto del juicio oral así lo afirmó de forma categórica el Dr. Arturo cuando se le preguntó por la defensa del acusado Segismundo por los antecedentes que obran en los informes sobre los ingresos de la menor en los que consta que ha presentado alucinaciones visuales y auditivas.

Sobre posibilidad de que el estrés postraumático pudiera venir determinado por la difusión a terceros de los videos en los que aparecía realizando actos sexuales, los doctores señalaron que el estrés postraumático viene ocasionado por un conjunto de hechos traumáticos que no se pueden separar, y en el caso, si no se hubieran producido las relaciones sexuales inconscientemente no hubiera aparecido dicha secuela.

Sobre la falta de afectación emocional y ausencia percepción de gravedad de los hechos que se mencionan en los informes ya señalados, indicaron los médicos forenses que las víctimas suelen, en un principio, intentar suprimir la implicación emocional, y es perfectamente compatible que los síntomas postraumáticos aparezcan pasado un tiempo.

13. Por su parte, en el informe del EAT Penal se concluye que Sara mantiene conservadas sus capacidades cognitivas y por tanto puede ser considerada una testigo competente, del análisis del testimonio se deduce que su relato es compatible con la evocación de una experiencia vivida, y la afectación psicológica que se aprecia incluye componentes postraumáticos y se puede considerar directamente relacionada con unos hechos como los denunciados.

También debemos en este punto referirnos a las precisiones que realizaron los peritos en relación a las objeciones de las defensas, relativas a una eventual tendencia de Sara a la simulación o a la fabulación y a la presencia del síndrome de estrés postraumático por sus antecedentes psicológicos.



Las psicólogas señalaron que tuvieron en cuenta los antecedentes de Sara , pero que presenta una afectación postraumática directamente relacionada con los hechos denunciados, y se evidencia especialmente en la presencia de recuerdos, episodio depresivo y limitación de su actividad social.

Indicaron que se trata de una adolescente con una gran necesidad de aceptación por el grupo, y esto la puede hacer muy influenciada a la hora de relacionarse con los demás. Tiene una madurez psico-social limitada, y presenta dificultades para resolver problemas en el ámbito social. Les explicó los hechos, pero al principio estaba muy inhibida. Cuando fueron preguntadas si tuvieron la percepción de que lo que relataba Sara era un relato vivido, las psicólogas manifestaron que no se trata de una cuestión de percepción, sino de realizar un proceso de descartar hipótesis conforme a la psicología del testimonio, y de acuerdo a determinados indicadores. Así, descartaron la presencia de fabulaciones patológicas, y que se tratara de un relato sugestionado o con motivaciones secundarias. Llegaron a la conclusión de que estaban en presencia de un relato compatible con una experiencia vivida.

Sobre las objeciones anteriormente referidas expusieron lo siguiente. A preguntas de la defensa del acusado Segismundo señalaron que para realizar su informe tuvieron en cuenta todos los antecedentes psicológicos de la menor, así como las asistencias, también los informes en los que se indicaba que Sara tenía tendencia a la fabulación, pero en su exploración no observaron indicio alguno de psicosis o de alucinaciones visuales, y en todo caso expusieron que ignoraban si en esos informes se estaba valorando la credibilidad de un relato. También manifestaron que valoraron los informes que señalaban que la menor presentaba una desinhibición sexual inadecuada y relaciones de riesgo, e indicaron que coincidían en ello y ya habían indicado en su informe que es desinhibida e impulsiva. También se les preguntó por la misma defensa por el hecho de que en dependencias policiales afirmara que había sido penetrada por cinco individuos, y después dijera que habían sido dos. Afirmaron en tal sentido las facultativas que desconocían cómo se realizó la entrevista policial y si entendió lo que se le preguntaba y en qué situación se encontraba, de forma que esa discordancia no les pareció significativa en cuanto a la valoración del relato y su vivencia. En cuanto a la afectación postraumática señalaron que se concretaba en pensamientos intrusivos, que estaban presentes en su día a día y también ante estímulos neutros, lo que es muy típico de quien ha vivido una experiencia traumática. También, en respuesta a las preguntas formuladas por la defensa del acusado Severiano , en el sentido de si se puede afirmar que el estrés postraumático que presenta viene causado por los hechos que relata o bien puede responder a una experiencia deseada por ella pero que después le ha disgustado, afirmaron que el estrés postraumático presenta una clínica general con síntomas comunes, pero en cada víctima hay peculiaridades, y los miedos y traumas se vinculan a una situación determinada.

14. A la vista de lo expuesto debemos concluir que los trastornos que presenta Sara no se traducen en elementos condicionantes de la potencial atendibilidad de su relato, en cuanto no se proyectan en rasgos que obliguen a cuestionar la propia plausibilidad objetiva de lo relatado.

15. La sala también tomado en cuenta como elementos de corroboración periférica los videos y la fotografía que los acusados obtuvieron con sus teléfonos móviles. En la fotografía se puede observar una de las penetraciones de las que fue objeto Sara , y en las grabaciones, pese a su corta duración, se pueden observar algunos momentos del episodio que sucedió en la masía, así como la menor realiza felaciones a los menores Basilio y Bernardino y al procesado Segismundo .

Dicho material gráfico corrobora las manifestaciones de la menor, ya que se la puede observar a cuatro gatas al lado de una pared, siendo penetrada por uno de los individuos, y realizando felaciones a varios de los jóvenes, rodeada por los acusados y otros chicos menores. Como se afirma por el Ministerio Fiscal en su informe sobre los recursos, en las grabaciones se puede observar que quienes decidían los actos a realizar eran los acusados y los dos menores mencionados, y Sara tenía una actitud pasiva y se limitaba a hacer lo que éstos decían, y si en algún momento, como se alega en el recurso, se puede vislumbrar un amago de risa por parte de la menor, se trata de un rictus de denota tensión y nerviosismo. Asimismo, en las grabaciones, en dos ocasiones puede oírse a Sara que dice " *parar, parar ya*".

16. Respecto a estos videos, señala la defensa que el tribunal ha elucubrado sobre lo que sucedió en la masía, imaginando que la intimidación se produjo en los momentos que no se aprecian en las grabaciones.

No compartimos el planteamiento del recurrente. No se trata, como parece desprenderse de sus alegaciones en este punto, de valorar exclusivamente los hechos recogidos en el material gráfico aportado, como si se tratara de la única prueba de que ha dispuesto el tribunal de instancia. El plenario arrojó un cuadro probatorio plural, en el que destaca, como ya hemos apuntado, la declaración de Sara , la cual viene corroborada por otros medios evidenciales, entre los que se encuentran, los referidos videos y fotografías. De forma que la reconstrucción de los hechos no pasa por contrastar la hipótesis acusatoria con la información que se desprende de las grabaciones, que no olvidemos recogen fracciones de todo el episodio, sino que de debe



analizarse el conjunto de las pruebas practicadas. Y dentro de este conjunto, como ya hemos apuntado, el material gráfico tiene un valor corroborativo de la declaración de la menor, en cuanto se pueden visualizar algunas de las informaciones relevantes que ésta aportó en su relato.

17. Asimismo, nos debemos referir a las declaraciones de los testigos menores de edad que fueron testigos de los hechos enjuiciados o del encuentro anterior de la menor con algunos de ellos, y que también se toman en cuenta en la sentencia de instancia.

Así, el testigo Roberto manifestó que Sara se había quedado como asustada, literalmente " *tu ves a un montón de moros y negros viviendo hacia ti que haces?*", " *un montón de niños vienen corriendo hacia ti, te vas a poner nerviosa*". Por su parte, el testigo Pascual afirmó que cuando se encontraron a Sara a las nueve de la noche caminaba gritando " *socorro, ayuda, socorro*".

Dichas manifestaciones, como se afirma en la sentencia apelada, corroboran el relato de la menor.

18. Por último, se mencionan por el tribunal de instancia las conversaciones de los acusados intervenidas en sus teléfonos móviles, que corroboran los actos sexuales que éstos realizaron.

19. Debemos concluir que el cuadro probatorio con el que ha contado la sala de instancia es lo suficientemente significativo como para construir una inferencia sólida y altamente conclusiva que los hechos se produjeron como se afirma en el *factum* de la resolución impugnada, de forma que ni se ha producido una errónea valoración de la prueba ni se ha vulnerado la presunción de inocencia del acusado. Resultados probatorios que permiten descartar la versión ofrecida por el recurrente en el sentido de que las relaciones sexuales fueron consentidas.

20. En este sentido no ofrece duda alguna que concurrió intimidación ambiental como medio para doblegar la voluntad de Sara. Pese a las alegaciones del recurrente, en el sentido de que tal intimidación no se produjo, y que las magistradas de instancia han realizado una interpretación automática equiparando relaciones sexuales en grupo con intimidación ambiental, debemos afirmar que el *factum* que se declara probado es explícito en este sentido. En la sentencia se identifican los elementos en los que se identifica la situación coactiva. Así se expone que Sara se sintió absolutamente sola en una masía abandonada alejada del núcleo urbano, donde nadie podía socorrerla, aunque gritó varias veces, y se sintió paralizada al constatar que quedó rodeada por un grupo de chicos mayores que ella (dos de 17, uno de 18 y otro de 19 años) y de mayor envergadura, en presencia de otros diez jóvenes que se quedaron a mirar. Todo ello conformó un cuadro intimidatorio que anuló la voluntad de la menor, y, en consecuencia, la calificación típica que se afirma en la sentencia impugnada es correcta, de acuerdo con sostenida jurisprudencia que se detalla en la resolución y que no vamos a reiterar al resultar innecesario.

21. Por último, nos debemos referir a las alegaciones que se realizan en el recurso sobre las conductas sexuales anteriores de la menor, el mismo día de los hechos, y las que se refieren en los informes sobre los ingresos hospitalarios a los que ya hemos hecho referencia. Se señala por el recurrente que en los indicados informes se hace referencia a que Sara presenta una elevada desinhibición sexual, y ella misma hablaba de relaciones sexuales de riesgo, y apunta asimismo que la misma tarde de los hechos había estado realizando relaciones a chicos menores de edad, y ella misma lo admitió en su declaración. Añade que la situación en la masía, "tan sexualizada" no fue creada por los acusados sino por la presunta víctima.

La conducta de la menor en el ámbito sexual carece de relevancia alguna para evaluar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, en el que la prueba practicada ha puesto de manifiesto de forma clara que no existió voluntariedad por su parte. Aquella conducta es manifestación de su libertad en la esfera sexual y en modo alguno se puede pretender derivar de la misma algún elemento valorativo o interpretación para extrapolar la presencia de consentimiento en los hechos referidos.

22. El motivo se desestima.

23. En su **segundo motivo** de impugnación alega el recurrente vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por denegación de una prueba que le ha ocasionado indefensión.

La queja de la parte recurrente se refiere a la pretensión que realizó en el acto del juicio como cuestión previa, en el sentido de que la menor concurriera físicamente al acto del plenario para prestar declaración, ya que su exploración a modo de prueba preconstituida se llevó a efecto cuando aun no se disponía de la prueba pericial informática de los Mossos d'Esquadra consistente en la extracción de los videos e imágenes incriminatorios que se encontrasen en los terminales móviles de los acusados. De ello deduce que la contradicción no pudo ser suficiente, en tanto que no se la pudo interrogar sobre las contradicciones entre su relato y el contenido del material gráfico referido.



Efectivamente, la información aportada por la menor Sara se llevó a efecto mediante el visionado en el acto del juicio de la exploración que se llevó a efecto en el Juzgado de Instrucción, con todas las garantías de contradicción, ya que se encontraban presentes las partes procesales y los acusados.

24. En primer término, debemos señalar que la incorporación de la fuente de prueba en las condiciones referidas respeta las garantías del proceso justo y equitativo y la doctrina del Tribunal Supremo que valida ya desde las sentencias de 2 de marzo y 1 de julio de 2002 tal mecanismo subrogado de producción, y que ha sido avalado constitucionalmente en las SSTC 174/2011 y 53/2013. Doctrina que pivota sobre la idea de compaginar las exigencias defensivas con las necesidades de protección victimológica de personas especialmente vulnerables como lo son los menores de edad, especialmente cuando se enfrentan a hechos altamente comprometedores de su equilibrio personal, como los relacionados con situaciones de abuso o agresión sexual. Las referidas sentencias realizan una interpretación finalística del artículo 730 LECrim, con invocación expresa de la Ley Orgánica 1/1996, de *Protección del menor*, llegando a la conclusión que en supuestos en los que se identifique un riesgo de victimización secundaria, las exigencias defensivas pueden satisfacerse suficientemente mediante el acceso por vía documental al contenido de las exploraciones judiciales de los menores practicadas en la fase previa, siempre que pueda identificarse un marco razonable de posibilidades contradictorias.

Igualmente, el TEDH, en la Sentencia, *caso S.N contra Suecia* de 2 de julio de 2002 -que se separa de sus precedentes en la materia, *Caso P.S contra Alemania*, sentencia de 20 de diciembre de 2001; *Caso A.M contra Italia*, sentencia de 14 de diciembre de 1999- otorga exclusiva suficiencia probatoria para destruir la presunción de inocencia a la prueba testifical indirecta relativa a la declaración del policía especializado que interrogó al menor víctima de abuso sexual, en consideración a que la defensa tuvo la oportunidad, mediata, por ofrecimiento expreso del agente policial, de intervenir en la segunda de las exploraciones a la que fue sometido el menor, considerando que dicha potencial intervención contradictoria satisfacía las exigencias del artículo 6.1 y 6.3 d) CEDH, atendiendo a los intereses en juego y a la necesidad de proteger a los menores de las consecuencias perniciosas de su victimización mediante el proceso.

Marco de principios que inspira sin duda la regulación contenida en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen *normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, cuya trasposición por la Ley 4/2015, de 27 de abril sobre el Estatuto de la Víctima del delito, ha modificado los artículos 433, 448, 681, 682, 707, 709, y 730, todos ellos, LECrim.

Reforma que normativiza con claridad la posibilidad -incluso *el mandato*, cabría precisar a la luz de los términos contemplados en la Directiva- de aprovechar fuentes probatorias preconstituidas siempre que se respeten los derechos de defensa y de contradicción y siempre, naturalmente, que concurren serias razones para desplazar la regla general de producción plenaria de la prueba testifical.

En el caso examinado, las circunstancias personales de Sara, 14 años en el momento de los hechos y los trastornos de conducta que presenta; así como la naturaleza de los hechos justificaban la práctica de la declaración como prueba preconstituida. En este sentido además se pronunciaron los médicos forenses y las psicólogas del EAT Penal que realizaron la exploración.

25. En segundo término, la infracción de normas y garantías procesales que se denuncia en el motivo únicamente tendría efectos cuando no sea susceptible de subsanación en segunda instancia, conforme al artículo 790.2 párrafo segundo LECrim, recogiendo en el párrafo tercero del mencionado precepto la forma en que debe ser reparada la no práctica en la primera instancia de las pruebas indebidamente denegadas. En el caso que examinamos, conforme a lo expuesto, si el recurrente estimaba que la prueba a la que se refiere había sido indebidamente denegada, debería haber procedido a solicitar su práctica en el trámite del recurso del presente recurso de apelación.

26. El motivo no puede prosperar.

27. En su **tercer motivo** de impugnación, por infracción de preceptos legales y error en la valoración de la prueba, se plantean por el recurrente cuestiones de diversa naturaleza y alcance.

28. Se refiere en primer término a la no aplicación del artículo 183 quater del Código Penal, y se plantea nuevamente la discrepancia con la apreciación de intimidación ambiental que han concluido las magistradas de instancia, en cuanto, insiste, quedó meridianamente probado el acceso voluntario de la menor a mantener relaciones sexuales con los acusados. Reitera que la resolución impugnada proyecta las conclusiones que sobre el particular se haya podido llegar en otros casos mediáticos, de forma puramente automática y sin consideración de los detalles, matices y circunstancias concretas que rodearon al caso particular ahora examinado.



La pretensión resulta inatendible. El artículo 183 quater del Código Penal requiere "el consentimiento libre del menor", condición que en el caso que examinamos no se ha producido como ya hemos argumentado en el primer motivo del recurso, con las razones ya expuestas que no vamos ahora a reproducir por resultar innecesario.

29. Se cuestiona asimismo la concurrencia del tipo agravado del artículo 183.4 a) del Código Penal por cuanto resulta acreditado que los acusados no conocían a la menor Sara y por tanto no podían saber la edad que realmente tenía.

30. La sentencia dedica su apartado 3.11 a las pruebas que acreditan el conocimiento de que la menor Sara tenía menos de 16 años. Señala que el acusado Severiano manifestó en el plenario que creía que Sara tenía la misma edad que su novia, y señaló que su novia tenía 15 años. Varios de los testigos se refirieron a la "niña" o la "menor", y en todo momento distinguieron claramente entre los dos grupos de "mayores y menores". Y destaca por ser inequívocas las conversaciones mantenidas por los acusados a través de los teléfonos móviles el mismo día de los hechos o en los días siguientes, así en la que Severiano se queja de que su novia le ha dejado y el día 25 de marzo un tal Evaristo le dice "dile cómo le voy a hacer algo a esa gorda y encima de 14 años", y la que Basilio le dice al acusado Severiano "no te rías Lucas aquí si que nos follan loco encima 14 años y reincidentes".

31. Compartimos plenamente la valoración realizada por la sala de instancia y la conclusión que alcanza en el sentido de que efectivamente resulta acreditado el conocimiento por parte de los acusados de la edad de Sara, y en todo caso que era menor de 16 años.

32. Sobre la eventual concurrencia de un error debemos recordar que el artículo 14 del Código Penal incorpora en sus dos primeros apartados el error de tipo, que supone el conocimiento equivocado sobre alguno o algunos de los elementos descritos en el tipo delictivo, anudando distintas consecuencias al mismo según recaiga sobre sus elementos esenciales o sobre las circunstancias que lo cualifiquen o agraven, y según sea vencible o invencible. En su apartado tercero recoge el error de prohibición, que es la falta de conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta.

Así, señala la jurisprudencia que si el dolo supone el conocimiento de los elementos que dan lugar al tipo penal y el consentimiento en la actuación del agente, es decir, el actor sabe y quiere lo que hace, el error supone una falta de conocimiento que resulta relevante a la hora de efectuar el juicio de reproche porque el agente no sabía lo que hacía o ignoraba la naturaleza penal de lo que hacía. Por ello, el error puede afectar bien al conocimiento o bien al consentimiento, y ello da lugar al error de tipo o al error de prohibición. El error de tipo supone la creencia errónea acerca de la concurrencia de alguno de los elementos del tipo, es un error sobre la tipicidad y, por tanto, sobre la antijuridicidad, que excluye el dolo. Y el error de prohibición implica la creencia errónea de estar actuando conforme a derecho y es un error sobre la culpabilidad o capacidad de reproche.

Sobre el desconocimiento de que Sara era menor de 16 años ya hemos argumentado anteriormente que no cabe estimar en modo alguno una creencia errónea por parte del acusado. Y asimismo no cabe apreciar de error de prohibición por cuanto conforme a las reglas de sociales y de convivencia y de experiencia cualquier ciudadano medio tiene conocimiento de las normas prohibitivas de forzar a mantener de mantener relaciones sexuales.

33. En el mismo motivo se cuestiona por el recurrente la aplicación de la agravación por actuación conjunta al haberse ya estimado la participación del acusado a título de cooperador necesario.

La impugnación tampoco va a prosperar.

La doctrina de la Sala Segunda ha delimitado el ámbito de aplicación de la agravación expresada. Así la STS de 14 de mayo de 2020 señala que "ya dijimos en la STS 338/2013, de 19 de abril, que mantiene la misma interpretación que las anteriores resoluciones citadas, y va más allá, distinguiendo dos situaciones: 1.- La primera, en la que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario, en cuyo supuesto, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta, de un lado, para apreciar la cooperación, y de otra parte, para aplicar la agravante; y 2.- La segunda situación, referida a aquellos supuestos en los que intervienen más de dos personas, en los que sí puede aplicarse la agravante a todos los intervinientes, pues en esa ocasión al cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple".

34. En este sentido debemos compartir la afirmación del título de participación como cooperación necesaria del acusado Severiano que se realiza en la sentencia y la desestimación de la apreciación de complicidad. En efecto, tal como se señala en la resolución, el referido acusado no es autor directo de acto de acceso carnal alguno por vía bucal o vaginal, no obstante, tanto él como el acusado Segismundo contribuyeron con su



actuación a la realización de la intimidación en los términos que se determinan en los hechos probados, de tal modo que cuando los dos menores procedieron a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, ante el efecto combinado de todos, había ya renunciado a toda resistencia.

35. Por último, finalmente y como ultima cuestión señala que la menor en todo momento fue consciente de que la estaban grabando, de forma que la condena debería ser por el artículo 197.7 del Código Penal.

La sentencia desestima tal calificación típica, con una argumentación que compartimos en esta alzada, sin perjuicio de lo que resolveremos cuando analicemos el recurso del Ministerio Fiscal.

36. El recurso se desestima y se declaran de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

37. Recurso de Segismundo .

38. Se fundamenta el recurso en los siguientes motivos: a) infracción de normas y garantías procesales, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por denegación de prueba que causa indefensión; b) error en la valoración de la prueba e infracción de precepto legal, con vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, e infracción de precepto legal por inaplicación de los artículos 14.1 y 3 del Código Penal, y por inaplicación del artículo 183 quater del propio texto legal; c) error en la valoración de la prueba e infracción de precepto legal por indebida aplicación del artículo 182.2, 3 y 4b) del Código Penal, y subsidiariamente aplicación del artículo 183.1 y 3 del mismo texto legal; y d) error en la valoración de la prueba e infracción de precepto legal por indebida aplicación del artículo 197.1 y 5 del Código Penal.

39. En su **primer motivo** de impugnación reitera el recurrente lo que ya expuso al inicio del juicio en el sentido de que la ausencia de la denunciante en el plenario suponía una severa limitación del derecho de defensa dado que no se le pudo interrogar en las contradicciones de sus declaraciones ni repreguntar a la vista de otras pruebas testificales.

En primer término, debemos señalar que la parte recurrente solicitó en su escrito de traslado del recurso del Ministerio Fiscal la práctica en esta segunda instancia de la declaración de la menor Sara , petición que fue desestimada por resolución de este tribunal de fecha 26 de octubre de 2020.

En segundo término, el derecho de contradicción que señala la parte en su recurso no se ha visto vulnerado, en cuanto la defensa letrada pudo interrogar a la menor durante la exploración que se realizó en fase de instrucción, en la que se encontraba presente asimismo el acusado. En tal sentido el TEDH ha que la incorporación de declaraciones sumariales al proceso no lesiona los derechos del acusado siempre que exista causa legítima que impida la declaración en juicio oral y se respete el derecho de contradicción dando ocasión al acusado para contestar a los testimonios de cargo e interrogar a su autor en el mismo momento o con posterioridad (SSTEDH de 20 noviembre 1989 caso *Kostovski* , 15 de junio de 1992 caso *Lüdi* , 23 de abril de 1997 caso *van Mechelen y otros*, 10 de noviembre de 2005 caso *Bocos-Cuesta* , 20 de abril de 2006 caso *Carta*).

40. En su **segundo motivo** de impugnación se plantean por el recurrente diversas cuestiones que deben ser objeto de análisis separado.

41. En primer término, con fundamento en error en la valoración de la prueba, cuestiona la credibilidad de la declaración de la menor, ya que incurrió en numerosas contradicciones: sobre el número de chicos que la penetraron; en la exploración no refiere las felaciones; no existe rastro físico en sus rodillas después de haber dicho que se causó heridas cuando le obligaron a ponerse de cuatro patas; son contradictorias sus manifestaciones en relación a las expresiones que profirió a los chicos; y manifiesta que le rompieron la camiseta, lo cual no es cierto. Añade asimismo las particulares condiciones subjetivas de la denunciante: se trata de una joven con trastornos desadaptativos, con tendencia a la fabulación, con una personalidad fantasiosa, tal como se refiere textualmente en el informe obrante al folio 431.

42. Ya hemos analizado en el recurso anterior la fiabilidad de la declaración de Sara . Las contradicciones que refiere el recurrente carecen de virtualidad para descartar por incredibilidad su testimonio. En referencia al número de penetraciones que sufrió, el número de cinco lo señaló únicamente en dependencias policiales, por tanto, al margen del procedimiento judicial, y tal como se señaló en la prueba pericial psicológica, se desconocen las circunstancias en las que se produjo su declaración y en qué forma fue interrogada. La declaración relevante y que se debe tomar en cuenta para evaluar el requisito sobre la uniformidad en el relato inculpativo es la prestada en el juicio oral o incorporada al juicio oral como prueba preconstituida. Sobre la realización de felaciones, constatamos que en ningún momento Sara ha negado que las realizara, se refiere a ellas al final de su exploración, y como señala el Ministerio Fiscal manifestó que " *uno de los chicos coreaba en una de las chupadas*". Respecto a la rotura de la camiseta, se trata de un extremo que no ha sido objeto de prueba, de forma que no podemos estimar que Sara manifestara algo que no es cierto. Tampoco podemos apreciar contradicción alguna en lo que se refiere a las heridas en las rodillas. Sara no dijo que tuviera heridas,



sino que tenía las rodillas raspadas, y la médico forense que la exploró, la Dra. Adelina, manifestó que teniendo en cuenta que habían transcurrido cuatro días desde los hechos era perfectamente posible que las erosiones hubieran desaparecido si no había hematomas.

43. En este punto debe precisarse que el requisito relativo a la persistencia en la incriminación no exige en modo alguno una identidad absoluta y literal de las diversas manifestaciones efectuadas, sino que lo que reclama es que no aparezcan contradicciones o divergencias de tal entidad que afecten a la credibilidad del testimonio. En este sentido la STS de 5 de febrero de 2019 señala que *" el criterio evaluativo de la persistencia en la incriminación, precisa de la confluencia de una serie de premisas en las que descansa la racionalidad de la aceptación del testimonio. Puesto que los acontecimientos fácticos son inmutables una vez acaecidos, el relato que se preste para narrarlos debería estar normalmente carente de modificaciones esenciales entre las sucesivas declaraciones prestadas por una misma persona, esto es, debe apreciarse una coincidencia sustancial de las diversas declaraciones. Es lógico también que la descripción se acompañe de una cierta concreción, en el sentido de prestarse el testimonio sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, narrando las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. Y debe ser coherente, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes. (...) La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpativos, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones"*.

44. Respecto a la personalidad de la víctima, ya hemos expuesto en el recurso anterior que tanto los médicos forenses como las psicólogas del EAT Penal descartaron cualquier tipo de fabulación en su relato y damos por reproducido en este punto lo ya expuesto a fin de evitar repeticiones innecesarias.

45. Insiste el recurrente en que lo que sucedió en la masía fue una relación consentida. Nadie forzó a Sara a ir al lugar, ya había practicado sexo con un grupo de jóvenes menores de edad, y sabía perfectamente para que iban a dicho lugar para mantener relaciones sexuales, y en los propios informes médicos que obran en las actuaciones se afirma que tiene una actitud de desinhibición sexual y conductas de alto riesgo. Y que no existió intimidación ambiental se pone de manifiesto por las evidencias gráficas, ya que muestran que no está rodeada por los jóvenes.

46. Ya hemos argumentado en el anterior recurso que la valoración del cuadro probatorio realizado por las magistradas de instancia es correcta y así como la calificación jurídica del hecho que se declara probado. Las imágenes gráficas, como de igual modo hemos apuntado, corroboran sustancialmente el relato de Sara, y la alegada conducta desinhibida de la menor en la esfera sexual implica únicamente esto, que tiene un comportamiento resuelto en el ámbito sexual, y como también hemos afirmado ninguna consecuencia se puede inferir sobre la existencia de consentimiento en el hecho enjuiciado, alegación que no merece mayores explicaciones.

47. Por último, alega el recurrente que el acusado Segismundo desconocía la edad de Sara, y debido a la poca diferencia de edad de los chicos y de Segismundo (19 años entonces) y que, según está acreditado, tiene una escasa madurez psicológica, los hechos se incardinan plenamente en un error de tipo o en un error de prohibición y en todo caso en el supuesto del artículo 183 quater del Código Penal.

48. No existe duda de que los acusados tenían conocimiento de la edad de la víctima, y ya hemos dado cuenta de la prueba que sustenta la convicción de la sala de instancia en este punto, que compartimos completamente. Los déficits de madurez psicológica del acusado no permiten estimar que afectaban a dicho conocimiento ni al carácter ilícito de mantener relaciones sexuales con intimidación. Conforme a las reglas de convivencia y experiencia cualquier persona dentro unos parámetros sociales comunes (entre los que debemos considerar al acusado Segismundo) necesariamente tiene conciencia de la prohibición de mantener relaciones sexuales forzadas mediante coacción o intimidación.

En este sentido debemos señalar que, conforme ha establecido la jurisprudencia, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a derecho, de la misma manera y en otras palabras que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder (STS 2 de abril de 2019).

De otra parte, la limitación en las facultades cognitivas del acusado ha sido ya tenida en cuenta en la sentencia al haberse apreciado la circunstancia atenuante analógica de anomalía psíquica.

Y la aplicación del artículo 183 quater no puede resultar de aplicación por cuanto no concurre la prestación de un consentimiento libre por parte de la víctima, es más, como ya hemos referido, tal consentimiento no existió.



49. El motivo se desestima.

50. En su **tercer motivo** de impugnación, y de forma alternativa, los hechos deberían calificarse como de abuso y no de agresión sexual, de acuerdo con el artículo 183.1 y 3 del Código Penal.

Insiste el recurrente que no hubo ningún tipo de intimidación, y practicó sexo de forma voluntaria, y así se deduce de las imágenes grabadas en los teléfonos móviles.

Ya hemos expuesto que las relaciones sexuales entre Sara y los dos acusados y los otros dos jóvenes menores de edad no fueron en absoluto voluntarias. La joven fue conminada a realizar los actos de contenido sexual que ya hemos detallado en un contexto de intimidación determinado por la actuación de los dos procesados y los dos menores de edad investigados y por la presencia de un grupo de menores y en un lugar apartado del caso urbano, de tal modo que se sintió asustada y atemorizada. Como se señala por el Ministerio Fiscal en su informe, la doctrina de la Sala Segunda ha establecido de forma reiterada que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada; sino que basta con que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar la oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse males mayores (SSTS de 15 de diciembre de 2016 y 14 de enero de 2020).

El motivo se desestima.

51. En su **cuarto motivo** de impugnación alega el recurrente indebida aplicación del artículo 197.1 y 5 del Código Penal.

La sentencia afirma que el acusado hizo algunas fotos de los hechos, pero no las compartió con nadie ni las subió a las redes, de forma que no existió intención alguna de revelar secretos ni vulnerar la intimidad de la menor.

La impugnación tampoco puede prosperar, y ello sin perjuicio de lo que se argumentará en la resolución del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

En efecto, el artículo 197.1 del Código Penal sanciona las conductas de simple obtención de los secretos de un tercero, siendo que su difusión constituye la modalidad agravada del párrafo 7 del mismo precepto. De modo que se consuma con la simple obtención, en este caso, de las imágenes a través de los teléfonos móviles y ello con independencia de su revelación o difusión a terceros.

52. El recurso se desestima y se declaran de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

53. Recurso del Ministerio Fiscal.

54. Se fundamenta el recurso en infracción de normas del ordenamiento jurídico, en concreto, por indebida aplicación del artículo 197.1.3.4 y 5 del Código Penal, e indebida inaplicación del artículo 189.1.a) y 2.a). b) y . c) del Código Penal.

Solicita la revocación parcial de la sentencia en cuanto a la condena por el delito de descubrimiento y revelación de secretos y en su lugar se condene a los acusados como autores de un delito de utilización de menor de 16 años para elaborar pornografía infantil de carácter particularmente degradante y vejatorio y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual, respecto de la menor Sara previsto y penado en el artículo 189.1 a) y 2 a), b) y c) del Código Penal; de un delito de utilización de menor de edad para elaborar pornografía infantil de carácter particularmente degradante y vejatorio y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual respecto de Basilio previsto y penado en el artículo 189.1 a) y 2 b) y c) del Código Penal; y un delito de utilización de menor de edad para elaborar pornografía infantil de carácter particularmente degradante y vejatorio y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual respecto del menor Bernardino previsto y penado en el artículo 189.1 a) y 2 b) y c) del Código Penal.

55. Delimitado el objeto devolutivo, debemos despejar con carácter previo las condiciones constitucionales de revisabilidad de la sentencia de instancia. Es evidente que la doctrina que arranca con la *STC 167/2002* y que trae causa y fundamento de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. también SSTEDH, *caso Spinu c. Rumanía*, de 29 de abril de 2008 ; *caso García Hernández c. España*, de 16 de noviembre de 2010 ; *caso Lacadena c. España* de 22 de noviembre de 2011 ; *caso Sánchez Contreras c. España*, de 20.3.2012 ; *caso Niculescu DellaKezac.Rumanía*, de 26 de marzo de 2013 - y ya positivizada en el artículo 790 LECrim reconfigura el espacio del *novum iudicium* que el efecto devolutivo atribuye a la apelación cuando de lo que se trata es de la revisión de sentencias absolutorias basadas en una valoración directa y plenaria de las llamadas pruebas personales. En estos casos, la inmediatez de la que goza el juez de instancia constituye una suerte de precondition valorativa de la prueba personal, cuya ausencia impide a los tribunales superiores subrogarse



en la labor determinativa de la eficacia *ad probandum* de tales medios, a salvo que se practiquen en la alzada, "reproduciéndolos", dichos medios de prueba.

56. Partiendo de lo anterior, con carácter prioritario, debe identificar si el caso responde a la tipología de supuestos en lo que la revisión aparece fuertemente limitada.

Lo que comporta determinar si el problema normativo-fáctico del que pende la estimación o no del recurso aparece condicionado por el presupuesto valorativo de la prueba practicada -la intermediación- o si la cuestión se traslada a un problema de subsunción normativa. Si el problema respondiera a esta segunda tipología es evidente que el éxito de la pretensión revocatoria no dependería, por tanto, de la presencia de intermediación en el examen del cuadro probatorio.

El propio Tribunal Constitucional -vid. SSTC 209/2003, 272/2005 y la más reciente 201/2012- ha establecido que cuando el gravamen que sustenta el recurso es de subsunción entre el hecho que se declara probado y el tipo normativo que se afirma indebidamente inaplicado, la decisión revocatoria del juez superior que no implique una nueva valoración normativa de los propios hechos declarados probados en la sentencia no produce ninguna alteración o vulneración constitucionalmente relevante de los principios de publicidad, intermediación y contradicción que debe presidir el enjuiciamiento criminal. Por tanto, dicha posibilidad revocatoria debe reconocerse como una facultad transferida por el efecto devolutivo que provoca el recurso de apelación (*SSTEDH, caso Bazo González c. España* de 16 de marzo de 2009 ; *caso Kashlev c. Estonia*, de 26 de abril de 2016).

57. En el caso que examinamos y atendido el fundamento del gravamen, infracción de ley, debemos precisar que la posibilidad de revisión requiere la intangibilidad del hecho que se declara probado en la instancia y el debate se ciña exclusivamente al juicio de subsunción. Y es en estos términos que el Ministerio Fiscal articula su pretensión de revisión.

58. En tal sentido en la sentencia se declara probado que los acusados Segismundo y Severiano , cada uno con su teléfono móvil, a lo largo de los hechos, grabaron varios videos e hicieron fotografías en las que los acusados y los menores Basilio y Bernardino obligando a la menor Sara a realizar actos sexuales.

En concreto, el acusado Segismundo grabó con su teléfono móvil los hechos referidos en el apartado B del factum en seis videos diferentes de una duración de 13, 14, 15, 15, 13 y 11 segundos, respectivamente. Asimismo, realizó con su teléfono móvil 13 fotografías en las que aparecía la menor Sara a cuatro patas con el pantalón bajado y detrás el menor Bernardino en la situación descrita en el hecho A2; la menor masturbando a Bernardino y a Basilio , en la situación descrita en el hecho B2; los menores acusados y estos menores tocando los pechos a la menor de acuerdo con la situación descrita en los hechos del apartado B.

Por su parte, el acusado Severiano grabó con su teléfono móvil el hecho descrito en el apartado B1. Además, Severiano realizó seis fotografías con su teléfono móvil mientras se producían los hechos anteriormente descritos, en las cuales, por su defectuosa realización, no aparece de forma explícita y reconocible la presencia de la menor Sara , ni de los otros dos menores. El acusado subió el video de la felación a Segismundo a su red social de Instagram en el apartado de historias, en la que contaba con más de 800 seguidores, de forma que cualquiera de ellos pudo acceder a su contenido, siendo retirado el video unas horas más tarde por la propia red social.

59. La sala de instancia ha calificado los hechos referidos como un delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 del Código Penal, y descarta la calificación como delitos de pornografía infantil conforme a la calificación principal del Ministerio Fiscal. Se afirma en la sentencia que, aunque el delito del artículo 189.1 del Código Penal no precisa, como elemento integrante del tipo, la distribución, sí reclama que la captación de la imagen de un menor en actitud sexual se realice para unos determinados fines: o bien para la exhibición en espectáculos públicos o bien para elaborar material pornográfico; siendo que la palabra "elaborar" es distinta a la mera tenencia.

60. La impugnación del Ministerio Fiscal, ya lo avanzamos, va a ser en parte atendida.

La reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, siguiendo las directrices de la Directiva 2011/93/UE, ha incorporado una definición de pornografía infantil, de forma que la referencia a "material pornográfico" del citado precepto anterior a la reforma, se sustituye por la expresión "pornografía infantil" que define en el párrafo segundo del mismo conforme al cual: " *A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales; c) Todo material que represente de forma visual a*



una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes; d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales".

A la vista de los hechos que se declaran probados, y una vez visionado el material gráfico, ninguna duda cabe de su carácter de material pornográfico. Resulta asimismo acreditado que Sara contaba con catorce años en el momento de los hechos, y los menores Basilio y Bernardino contaban con diecisiete años.

Estimamos que concurren los elementos del tipo del artículo 189.1 del Código Penal, por cuanto, si bien es cierto que la elaboración no equivale a la tenencia (como se afirma en la sentencia), lo cierto es que por elaboración debe entenderse como la simple captación y confección de ese material por cualquier medio. En el caso, las grabaciones que realizaron los acusados de los hechos ya indicados, integran la acción que reclama el tipo referido, y no el delito de descubrimiento y revelación de secretos que se aprecia en la sentencia.

La jurisprudencia ha diferenciado las infracciones referidas en diversas resoluciones. Así, la STS de 5 de marzo de 2019 señala que *" el delito de revelación de secretos requiere de un elemento tendencial cual es la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, mientras que el delito de utilización de menores para la elaboración de cualquier clase de material pornográfico tiene por finalidad proteger la indemnidad sexual de los menores y la acción se produce en un contexto de atentado contra la indemnidad sexual y la dignidad personal, que singulariza la conducta frente a otro tipo de intromisiones en la intimidad más genéricas como la tipificada en el artículo 197 del Código Penal "*.

61. Conforme a lo expuesto consideramos al acusado Segismundo autor de un delito de utilización de menores para de 16 años para elaborar pornografía infantil y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual respecto a la menor Sara del artículo 189.1 a) y 2 a) y c), en concurso ideal del artículo 77 del Código Penal, con un delito de utilización de un menor de edad para elaborar pornografía infantil del artículo 189.1 a) respecto del menor Basilio y con un delito de utilización de un menor de edad para elaborar pornografía infantil del artículo 189.1 a) respecto del menor Bernardino .

62. Siendo varios los menores utilizados en la conducta de elaboración de material pornográfico, deberá apreciarse un delito para cada uno de ellos en concurso ideal, tal como se solicita por el Ministerio Fiscal. De este modo lo ha entendido la jurisprudencia. Así la STS de 2 de octubre de 2009 señala que *"en cuanto al bien jurídico protegido, éste se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados. Se trata de un bien jurídico concreto y personalísimo"*.

63. Concorre en la comisión de la infracción referida a la menor Sara la agravación específica del apartado a) del párrafo 2 del artículo 189, por cuanto aquélla era menor de 16 años en el momento de la comisión de los hechos. Asimismo, estimamos de aplicación la agravación del apartado c) del mismo precepto, *"cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual"*, en cuanto, conforme a los hechos que se han declarado probados, la captación gráfica se produjo con ocasión de las conductas que se han calificado en la sentencia como constitutivas de delitos de agresión sexual. La apreciación de esta modalidad agravada consideramos que impide estimar la prevista en el apartado b) referida a *" cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio"*. En efecto, sobre esta agravación señala la STS de 20 de enero de 2015 que *" ha de partirse de la constatación de que las imágenes pornográficas con menores resultan con carácter general degradantes o vejatorias, y no hay duda de que el abuso de menores para elaborar este material debe ser calificado en todo caso de degradante y vejatorio para ellos. Por tanto la aplicación de esta modalidad agravatoria requiere, en primer lugar, un ejercicio de justificación o argumentación explícita respecto a las razones por las que ese carácter degradante o vejatorio, implícito en todo caso en la utilización de menores para la confección de material pornográfico, adquiere una condición especialmente cualificada en el caso específico, que justifique la exasperación punitiva, y, en segundo lugar, que la descripción de la imagen en el relato fáctico permita apreciar la concurrencia objetiva de esta especial cualificación, por el carácter aberrante de las prácticas sexuales a las que se sometían a los menores en el material pornográfico utilizado"*. En el caso que examinamos consideramos que ciertamente las imágenes pueden calificarse de especialmente degradantes y vejatorias, pero precisamente porque corresponden a conductas sexuales forzadas, en los términos que ya hemos expuesto, pero no apreciamos marcadores específicos que cualifiquen las imágenes más allá de esta consideración de su realización en un marco intimidatorio y de ausencia de consentimiento; de forma que la



apreciación de la agravación del apartado c) cubre toda la antijuridicidad sobre la modalidad comisiva de la infracción.

64. No apreciamos en las infracciones referidas a los menores de edad Basilio y Bernardino las agravaciones de los apartados b) y c) del apartado 2 del artículo 189 del Código Penal. Si bien es cierto que formalmente el material pornográfico se refiere a menores que son víctimas de violencia, no son aquellos menores víctimas de la agresión sexual, sino que participaron en la misma. La consideración de delitos independientes en función de los menores intervinientes en las infracciones determina que deba realizarse un análisis individualizado de las condiciones de producción del hecho básico, y este caso el carácter coactivo de la relación sexual no puede alcanzar a los menores que no fueron víctimas de la misma, sino copartícipes de tal conducta.

Tampoco consideramos que concurra la agravación del apartado b) del referido precepto al no observarse especiales marcadores que conviertan al material en especialmente degradante o vejatorio, más allá de la consideración que en este sentido merece la utilización de menores de edad para este tipo de conductas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal imponemos al acusado Segismundo por los delitos ya indicados la pena de 7 años y un día de prisión, la mínima legalmente prevista al no apreciar circunstancias que determinen imponerla en mayor extensión, así como las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se estima que no concurren razones para imponer las penas accesorias que prevé el artículo 57 del Código Penal, teniendo en cuenta además que vienen impuestas ya por el delito continuado de agresión sexual.

65. De otra parte, y conforme a lo expuesto, consideramos al acusado Severiano como autor de un delito de utilización de menores para de 16 años para elaborar pornografía infantil y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual respecto a la menor Sara del artículo 189.1 a) y 2 a) y c) del Código Penal.

No procede estimar la comisión de dos delitos de la misma clase respecto a las fotografías que el referido acusado realizó, al resultar éstas de muy escasa calidad, al no aparecer de forma clara menores de edad intervinientes en los hechos.

Imponemos al acusado Severiano la pena de 6 años de prisión. Estimamos que no procede en este caso la fijación de la pena en su mínimo legal por cuanto el acusado procedió, no únicamente a la grabación de las imágenes ya referidas, sino también a su difusión a través de la red social Instagram, conducta que evidencia una mayor antijuridicidad del hecho, que obviamente debe tener su traducción en la individualización de la pena concreta a imponer. Por las mismas razones expuestas anteriormente no imponemos las penas accesorias del artículo 57 de Código Penal.

66. Conforme a lo dispuesto en el artículo 76.1 del Código Penal procede fijar para cada uno de lo acusados como máximo efectivo de cumplimiento de las penas impuestas en veinte años.

67. El recurso se estima en parte.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos, en atención a lo expuesto:

68. **No haber lugar al recurso de apelación** interpuesto por la procuradora Sra. Gascón en nombre y representación de Severiano contra la sentencia de 10 de julio de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª).

69. **No haber lugar al recurso de apelación** interpuesto por el procurador Sr. Gassó en nombre y representación de Segismundo contra la referida sentencia.

70. **Haber lugar, en parte, al recurso de apelación** interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la referida sentencia, que revocamos en parte para absolver a los acusados por el delito de descubrimiento y revelación de secretos por el que venían condenados, y por la presente:

- Condenamos al acusado Segismundo como autor de un delito de utilización de menores para de 16 años para elaborar pornografía infantil y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual del artículo 189.1 a) y 2 a) y c), en concurso ideal del artículo 77 del Código Penal, con un delito de utilización de un menor de edad para elaborar pornografía infantil del artículo 189.1 a) y con un delito de utilización de un menor de edad para elaborar pornografía infantil del artículo 189.1 a), concurriendo la circunstancia atenuante analógica de anomalía psíquica a la pena de prisión de 7 años y 1 día, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.



- Condenamos al acusado Severiano como autor de un delito de utilización de menores para de 16 años para elaborar pornografía infantil y representando a menores siendo víctimas de violencia sexual respecto a la menor Sara del artículo 189.1 a) y 2 a) y c) del Código Penal, a la pena de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Se fija, para cada uno de los acusados, el máximo de cumplimiento de las penas impuestas en 20 años.

En los demás extremos confirmamos la sentencia de instancia.

71. Declaramos de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída firmada y publicada en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ