



Roj: **STS 4370/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4370**

Id Cendoj: **28079120012018100683**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2018**

Nº de Recurso: **353/2018**

Nº de Resolución: **681/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Córdoba, Sección 2ª, 10/10/2017.,  
STS 4370/2018**

RECURSO CASACION núm.: 353/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 681/2018**

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Andres Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 20 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación 353/2018 interpuesto por Clemencia , representada por el procurador D. EDUARDO SERRANO MANZANO bajo la dirección letrada de D. FRANCISCO JOAQUÍN SOSA CHAVES y por Roque , representando por la Procuradora de los Tribunales, D.ª MARÍA JESÚS HERMOSOS CARPIO, bajo la dirección letrada de Dª MARÍA CARMEN LÁZARO AGUILERA, contra la sentencia 415/17 dictada el 10 de octubre de 2017 por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 767/2015, en el que se condenó a la recurrente, Clemencia , como autora penalmente responsable de un delito de continuado de **abusos sexuales** del artículo 183.3 del Código Penal y a Roque , como autor por inducción del citado delito. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - El Juzgado de Instrucción de DIRECCION000 incoó el Sumario Ordinario 1/2015 por delito de delitos de **abusos sexuales** y pornografía infantil, contra Clemencia y Roque , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda. Incoado el Sumario 767/2015,



con fecha 10 de octubre de 2017 dictó sentencia n.º 415/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Este Tribunal da como probados los siguientes hechos:

Sobre finales del año dos mil trece, los acusados, doña Clemencia y don Roque, contactaron mediante el portal de internet "MILANUNCIOS.COM" con la finalidad de mantener, en principio, relaciones sexuales de carácter virtual a través de dicho medio, con intercambio de imágenes y conversaciones en las que desarrollaban la fantasía de realizarlas físicamente.

Estos contactos derivaron para doña Clemencia en una auténtica relación sentimental, llegando a enamorarse de don Roque, quien no tuvo otra intención que la ya mencionada, ocultándole su verdadera identidad y circunstancias familiares, en términos tales que aquella pensó verdaderamente en que llegaría a una relación afectiva estable una vez que se despejaran los impedimentos que don Roque, más aún después de haber mantenido contactos físicos hasta en cuatro ocasiones.

Por tal razón y el estado de doña Clemencia, ésta llegó a desarrollar una cierta dependencia emocional como solución a los problemas que la acuciaban, después de haber soportado el suicidio de su anterior pareja, encontrarse sola y sin recursos, con un hijo menor, de seis años entonces, y ejercer al menos esporádicamente la prostitución.

De esa situación se aprovechaba don Roque para continuar sus prácticas sexuales, físicas o virtuales, sin desvelar nunca su auténtico nombre y condición.

En torno al mes de julio de dos mil catorce don Roque propuso a la otra acusada que mantuviera relaciones incestuosas con su propio hijo menor y grabase el acto. Ante la inicial negativa de ésta, prosiguió su labor de convencerla hablándole de la supuesta normalidad de tales prácticas y le indicaba la forma de hacerlo sin dejar huella en el niño; y del mismo modo, invocaba arrestos o impedimentos laborales de su condición de militar, parcialmente revelada, como motivo para requerir los vídeos de cualquier clase (con otros hombres, zoofílicos o con su hijo) que le pudiera enviar y aliviarse de las tensiones que decía producirle esos hechos o su supuesta situación personal.

La insistencia y ascendencia afectiva que don Roque, que persistía en sus falsas promesas, tenía respecto de doña Clemencia dio sus frutos y al menos en dos ocasiones ésta, aprovechando que su hijo dormía, tal y como le había indicado, le realizó una felación y remitió al otro acusado las grabaciones de los hechos, que quedaron registradas en el terminal telefónico de don Roque, respectivamente, en los días cuatro y cinco de septiembre de dos mil catorce, aunque posteriormente fueron borrados, dejando una imagen denominada "miniatura" como huella de su recepción.

Poco después y por parte de don Roque, la relación se fue enfriando con el argumento de una no constatada enfermedad terminal de su esposa, hasta que finalmente se rompió, generando entonces la actitud de éste en doña Clemencia el sentimiento de haber sido utilizada y engañada, lo que motivó que acudiera a un detective privado que averiguase la verdadera identidad del primero, para hablar con él y reprocharle su conducta.

En la entrevista sostenida con este profesional, doña Clemencia reveló los hechos y, ante la reacción de éste y la explicación que recibió, lo autorizó para que los denunciase, aun advertida de las gravísimas consecuencias que el procedimiento tendría para ella, con afectación incluso de su condición de madre y su relación con el menor."

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

"Condenamos a doña Clemencia, como autora del delito continuado de abusos sexuales sobre menor de trece años en relación medial con otro de pornografía infantil, ya definido, a las penas de once años, seis meses y un día de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela y guarda por tiempo de cinco años.

Condenamos a don Roque, como autor por inducción de dicho delito, a la pena de once años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante todos ellos.

Se aplicará en el cumplimiento de la pena privativa de libertad la prevención del artículo 36.2 del Código Penal, de suerte que no podrán acceder al tercer grado penitenciario hasta el cumplimiento de la mitad de esas penas privativas de libertad.

Imponemos a ambos acusados las prohibiciones de comunicación por cualquier medio con el menor víctima de dicho delito y de aproximación a él, a su domicilio o cualquier lugar en que se encuentre, a una distancia no inferior a quinientos metros durante un periodo superior en cinco años a la duración de la pena privativa de libertad respectivamente impuesta.



Los dos indemnizarán, conjunta y solidariamente, a dicho menor en la cantidad de treinta mil euros, con los intereses del artículo 576 del Código Penal y harán frente por mitad al pago de las costas procesales."

**TERCERO.** - Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de ambos condenados, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación. De este modo, la condenada, Clemencia, lo interpuso por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y por infracción de ley y Roque, interpuso el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional

**CUARTO.**- El recurso formalizado por Clemencia se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero. - Por vulneración del precepto constitucional a la presunción de inocencia del artículo 24, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo. - Por Infracción de Ley por error en la aplicación de los artículos 36, 48, 57, 66, 74, 183 y 189 del Código Penal, interpuesto al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El recurso de casación formulado por Roque, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero. - Por vulneración del precepto constitucional a la presunción de inocencia y derecho a un juicio sin dilaciones indebidas del artículo 24 de la Constitución, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Segundo. - Por infracción de Ley al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse infringido el artículo 183 del Código Penal y 48.2 y 57.1 y 2. del mismo cuerpo legal.

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 7 de junio de 2018, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento, por providencia de fecha 21 de noviembre de 2018, para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 12 de diciembre de 2018 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por doña Clemencia

**PRIMERO.** - 1. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 10/10/2017, por la que se ha condenado a los acusados y hoy recurrentes por la comisión de un delito de **abusos sexuales** continuados, se alza este recurso en el que se articulan dos motivos de impugnación.

En el primero de ellos, a través del cauce previsto en el artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia, al amparo del artículo 24 de la Constitución Española y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se alega que la sentencia de instancia se apoya en meras sospechas, sin base probatoria bastante, en tanto que ambos acusados en el acto del juicio rechazaron ser autores del delito que se les atribuía, retractándose de sus afirmaciones anteriores. En el discurso impugnatorio se sostiene que la recurrente justificó sus anteriores afirmaciones en su deseo de venganza frente al otro acusado, por haber sufrido un desengaño amoroso. Se argumenta que esta actuación cobra tintes de verosimilitud por la dependencia afectiva que tenía con el otro acusado y por su debilidad psicológica derivada no sólo del desengaño sino de acontecimientos dramáticos anteriores como el suicidio de su anterior marido, que le llevaron incluso al ejercicio esporádico de la prostitución. Se sostiene, en fin, que la sentencia de instancia contiene un silogismo arbitrario en tanto que el acto de la vista oral no era necesario habida cuenta de las declaraciones auto inculpatorias de la recurrente, otorgando erróneamente más valor a las declaraciones sumariales que a las prestadas en el acto del juicio.

2. Como señala la reciente STS 723/2017, de 7 de noviembre, con cita de otros precedentes ( SSTS 330/2016, de 20 de abril ; 328/2016 , de 20 de abril; 156/2016, de 29 de febrero; 137/2016, de 24 de febrero; 78/2016, de 10 de febrero) " *el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del*



*criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia".*

3. En este caso la prueba de cargo fundamental es la declaración de la hoy recurrente prestada durante la instrucción, ya que en el acto del juicio se desdijo de sus anteriores manifestaciones, negando los hechos objeto de acusación.

Es incuestionable que la garantía de un juicio justo se articula en torno a la práctica de las pruebas en el juicio oral, bajo los principios de publicidad, concentración, inmediación y contradicción, lo que no impide que esta regla general tenga excepciones. Una de ellas es la posibilidad de que el tribunal pueda otorgar prevalencia a las declaraciones que el acusado haya prestado durante la fase de instrucción, cuando sean discordantes o contradictorias con las prestadas en el juicio oral, siempre que la discordancia haya sido sometida a la contradicción del plenario, con intervención de las partes ( SSTS. 450/2007 de 30 de mayo, 304/2008 de 5 de junio, 1238/2009 de 11 de diciembre y 812/2016, de 28 de octubre) .

La facultad de dar credibilidad a la declaración sumarial no se concibe como una facultad ilimitada, sino que está sujeta a algunos requisitos que inciden en la valoración de la credibilidad de esa declaración frente a la retractación realizada en el juicio oral.

Es necesario que la declaración sumarial sea introducida mediante lectura, conforme a lo previsto en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sometida a contradicción durante el juicio; la declaración debe haber sido realizada ante el juez de instrucción quedando extramuros de toda valoración las declaraciones prestadas ante la policía ( SSTS 20/05/1997 y STC 29/09/1997). La lectura de la declaración debe producirse a instancia de parte o de oficio ( art. 798, párrafo 2º de la LECrim) y el acusado debe ser interpelado sobre la contradicción existente, que debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio. No obstante, la lectura no es imprescindible en tanto que la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha reducido esta exigencia formal y basta que las contradicciones se hayan puesto de manifiesto en el juicio y que sobre ellas haya sido interrogado el acusado.

En cuanto a las condiciones para la valoración de este tipo de testimonios y tratándose de la declaración de una coacusada es necesario que esté corroborada por circunstancias periféricas o por otros medios de prueba. En la STC 153/1997, de 29 de septiembre, se indica que *"cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado - como ocurre en este caso-, es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir ( STC 129/1996 ; en sentido similar STC 197/1995 ), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24,2 CE , y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa ( SSTC 29/1995 197/1995; véase además S 25 febrero 1993 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Funke , A. 256-A). Es por ello por lo que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas"*. Es necesario también que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la realizada en el juicio plenario valorando lo declarado a su presencia y las explicaciones dadas para justificar la rectificación ( STC de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999).

4. En el presente caso la recurrente fue interrogada convenientemente sobre sus declaraciones anteriores, reconociendo su autenticidad y su contenido, pero negando que hubiera realizado varias felaciones a su hijo. Afirmó que el otro acusado le requirió para que mantuviera relaciones con otras personas o con animales y le mandara fotos y que también realizara felaciones a su hijo mientras estuviera dormido y le mandara la grabación, y cambiando sus manifestaciones anteriores, continuó afirmando que no llegó a hacerlo y que le mandó una grabación de otras personas que encontró por Internet. El otro acusado ha reconocido que recibió dos videos y que abrió el primero de ellos y, al ver su contenido, inmediatamente lo cerró y le dio miedo por lo que podría pasar, hasta el punto de que a partir de este momento su relación comenzó a enfriarse, cesando en ella poco tiempo después.

Las declaraciones sumariales han sido introducidas en legal forma mediante el interrogatorio del plenario y han sido expresamente reconocidas por la acusada. El tribunal ha otorgado mayor credibilidad a esas iniciales manifestaciones frente a la retractación del juicio y ha justificado expresamente las razones por las que ha tomado esa decisión. El tribunal de instancia descarta que las declaraciones sumariales hubieran sido prestadas por un móvil de venganza ya que la acusada comunicó estos hechos al detective que contrató para localizar al otro acusado, facultándole para que los denunciara, a sabiendas de las consecuencias notoriamente perjudiciales que la denuncia podría tener para ella, como efectivamente las ha tenido. También ha descartado que las declaraciones auto inculpativas se hubieran producido por consejo de sus abogados, no sólo porque asesoraron a la acusada tres abogados distintos, sino porque *"no es creíble que todos ellos*





tuvieran la intención de abdicaran de cualquier posibilidad de defensa vistas las gravísimas penas con que los hechos están sancionados en el Código Penal", tal y como literalmente se expresa en la sentencia impugnada, y porque esa misma versión la narró también al detective privado que denunció los hechos a su instancia (folio 5).

Las declaraciones sumariales inculpatorias, pese a la retractación, han sido corroboradas por múltiples circunstancias acreditadas en autos y que han sido puestas de relieve en la sentencia de primera instancia. De un lado, el hecho enjuiciado se enmarca en un contexto de intercambio de fotografías de contenido **sexual**, reconocido en juicio por los acusados, y de mantenimiento de relaciones **sexuales** entre ambos. De otro lado, el propio Sr. Roque, en su intento de excluir su responsabilidad en los hechos, reconoció la recepción de dos videos, uno de ellos con imágenes de la acusada realizando una felación a un menor, y que sintió miedo por su contenido y a partir de ese momento comenzó a distanciarse de la acusada, hasta romper totalmente sus relaciones, lo que evidencia la existencia de las felaciones denunciadas, la captación de esos actos de contenido **sexual** y su envío al acusado. Además, la prueba pericial realizada sobre el teléfono móvil del acusado ha registrado la recepción de dos archivos video gráficos en dos ocasiones (4 y 5 de septiembre de 2014) de los que, después de su borrado, dejaron el rastro de dos imágenes fijas en el móvil del Sr. Roque, que eran precisamente las que servían de carátula a los videos, y que fueron realizados a las 6:06 del días 4/09 y a las 6.51 del día siguiente, lo que corrobora el dato también referido por la acusada de que el Sr. Roque le indicó que hiciera las felaciones cuando el niño estuviera dormido para no hacerle daño.

A la vista de cuanto antecede ningún reproche puede hacerse a la atribución de credibilidad a las declaraciones sumariales de la acusada, a pesar de su posterior retractación. Esas declaraciones fueron realizadas previa instrucción de sus derechos y en presencia de sus abogados, fueron válidamente introducidas en juicio y sometidas a contradicción de las partes, y han sido valoradas con arreglo a criterios de racionalidad, por lo que constituyen prueba suficiente para un pronunciamiento de condena, sin que exista la vulneración del derecho a la presunción de inocencia invocada en el recurso, razón por la que este motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.** - 1. En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción de ley, a través del artículo 849.1 de la LECrim, y bajo este cauce común se denuncian dos cuestiones. De un lado, la infracción de los artículos 36, 48, 66, 76, 77, 183 y 189 del Código Penal, aludiendo a que de la prueba practicada en el juicio oral no se deriva la comisión de un delito de pornografía infantil, porque en el juicio oral sólo consta la aportación de dos fotografías, ninguna de las cuales tenía contenido **sexual**. De otro lado, se denuncia también la infracción de los artículos 48.2 y 57.1.y 2 del Código Penal, en tanto que la recurrente y su hijo viven en la localidad de DIRECCION000 por lo que la pena de alejamiento impuesta supone de facto una pena de destierro.

2. Según recuerda, entre otras muchas, la STS 122/2014, de 24 de febrero, la función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es precisamente la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley. Por tal motivo cuando "el recurso de casación se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables".

El cauce casacional elegido por la recurrente en este motivo de impugnación exige el más absoluto respeto a los hechos que se hayan declarado probados en la sentencia recurrida, ya que este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado" ( STS 799/2017, de 11 de diciembre).

3. En relación con la primera de las quejas contenidas en este motivo casacional, referente a que los hechos enjuiciados no constituyen un delito de elaboración y distribución de pornografía infantil, resulta necesario recordar que en el juicio histórico de la sentencia que centra nuestra atención se refiere que doña Clemencia, "aprovechando que su hijo dormía, tal y como le había indicado (el otro condenado- la aclaración es nuestra-) le realizó una felación y remitió al otro acusado las grabaciones de los hechos, que quedaron registradas en el terminal telefónico de don Roque, respectivamente en los días 4 y 5 de septiembre de dos mil catorce, aunque posteriormente fueron borrados".

Al margen de la calificación de estos hechos como delito de **abuso sexual**, también constituyen un delito de producción y distribución de material pornográfico con utilización de menores de edad en la elaboración de



ese material, concurriendo las circunstancias de que el menor tenía una edad inferior a 13 años y la autora de la producción era su madre, de conformidad con el artículo 189 1. b) y 3, apartados a) y f) del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

En el citado precepto se castiga con pena de uno a cinco años de prisión al que "*producere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*", castigándose con pena de 5 a 9 años de prisión cuando se utilicen menores de 13 años o cuando el autor sea ascendiente del menor, circunstancias ambas que concurren en los hechos que centran nuestro examen casacional.

Como señala la STS 105/2009, de 30 de enero, el art. 189.2 del Código Penal requiere los siguientes elementos:

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario **sexual**, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines; c) será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

En el supuesto examinado no hay error alguno en la subsunción jurídico penal de la conducta enjuiciada en el precepto que acabamos de citar, ya que para la apreciación de este delito no es necesario que el material pornográfico sea aprehendido físicamente. La posesión puede acreditarse por otros medios, tal y como ha ocurrido en este caso. La queja de la recurrente no atañe a la calificación jurídica del hecho sino a su prueba, esto es, a si el acervo probatorio utilizado para el pronunciamiento de condena ha sido suficiente y si ha sido valorado con corrección, cuestiones ambas que se alejan del ámbito propio del recurso por infracción de ley y que han sido objeto de cumplida respuesta en el fundamento jurídico precedente, a cuyo contenido nos remitimos para evitar inútiles repeticiones. La queja, por tanto, no puede ser atendida.

**TERCERO.** - La defensa de la recurrente, también en el segundo motivo de su recurso, alude a una supuesta infracción de los artículos 48.2 y 57.1 y 2 del Código Penal. En el desarrollo de este submotivo se argumenta que las dos personas afectadas por la pena de alejamiento (madre e hijo) viven en la localidad de DIRECCION000 por lo que la pena de alejamiento impuesta en la sentencia de primera instancia equivale a una pena de destierro.

Tampoco esta queja puede tener favorable acogida. No se ha impuesto pena de destierro sino una pena de prohibición de acercamiento a menos de 500 metros de la víctima o de comunicación con ella, conforme con las previsiones del artículo 48.2 del Código Penal y con las exigencias del artículo 57 del mismo texto legal, que obliga a la imposición de esta pena cuando se han cometido delitos contra la libertad o indemnidad **sexuales** de ascendientes a descendientes, tal y como acontece en el presente caso.

Si la prohibición de acercamiento supone graves inconvenientes a la recurrente por vivir en la misma localidad que la víctima, deberá adoptar las medidas oportunas para evitar coincidencias que generen riesgo de quebrantamiento, entre las que cabe incluir, si fuere necesario, el cambio de domicilio a otra población. La gravedad del delito cometido y la incuestionable necesidad de protección del menor justifican la imposición de esta pena que, atendidas las concretas circunstancias del hecho y las personales de las personas afectadas, es de todo punto proporcional y necesaria.

*Recurso interpuesto por don Roque*

**CUARTO.** - En el primero de los motivos de este recurso también se denuncia la infracción del principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia de instancia no ha tenido más soporte que la declaración inculpatoria de la otra acusada sin que exista prueba alguna acreditativa de la culpabilidad del impugnante.

Se reconoce que el recurrente en su primera declaración admitió que la Sra. Clemencia le hizo llegar un video en el que se podía ver cómo la citada Sra. hacía una felación a su hijo de 6 años y que no recuerda si le solicitó o no esa filmación, pero tales manifestaciones se produjeron cuando estaba prácticamente en estado de shock por su detención en las instalaciones militares en que prestaba servicio. Ya en sede judicial dijo que no recordaba haber realizado esa petición y mucho menos que le hubiera ofrecido dinero por hacer



la grabación ni que la convenciera con argumentos tan peregrinos como que si hacía la felación se sentiría orgullosa. Se insiste en que jamás ha amenazado o coaccionado a la otra condenada, que nunca conoció a al hijo de la Sra. Clemencia de forma personal, que si el niño en alguna ocasión le llamó "papá" fue por indicación infundada de la madre y que resulta de todo punto inverosímil que la madre, en el caso de que se le hubiera pedido la grabación, hubiera accedido a ello simplemente porque estaba enamorada del recurrente. Se alega que no consta que las grabaciones se realizaran por inducción insuperable hacia la Sra. Clemencia y que debe valorarse no sólo la retractación de la condenada sino también el hecho de que cinco meses después de concluida la relación afectiva utilizase los servicios de un detective privado para localizarse lo que denota un ánimo de venganza y una falta de credibilidad que invalida su declaración como única prueba de cargo.

El motivo es improsperable.

En el fundamento jurídico primero de esta resolución ya hemos razonado ampliamente por qué motivos consideramos que no se ha producido vulneración del principio de presunción de inocencia y por qué razones se considera procedente atribuir credibilidad a las declaraciones inculpatorias realizadas por la otra acusada como soporte básico para un pronunciamiento de condena. Nos remitimos, por tanto, a lo argumentado con anterioridad para desestimar también este motivo de impugnación.

Es cierto que el Sr. Roque ha negado en sus declaraciones sumariales y en el juicio que indujera en forma alguna a la Sra. Clemencia para realizar los actos de contenido **sexual** sobre su hijo y para que le enviara las grabaciones de esos actos, pero su declaración exculpatoria debe entenderse en el contexto de su estrategia defensiva y ningún reproche puede hacerse a la sentencia de instancia porque no haya dado crédito alguno a la versión del condenado, y ello apreciando en conciencia y de forma conjunta la prueba practicada en el plenario.

La versión inicial de la otra acusada, reconociendo los hechos en tres declaraciones ante el juez de instrucción y en sus manifestaciones al detective privado que contrató y que denunció los hechos, junto con la efectiva realización de los actos **sexuales** y su posterior grabación, según ha reconocido parcialmente el ahora recurrente, y con los rastros de esa grabación existentes en el teléfono móvil del Sr. Roque son pruebas concluyentes y bastantes para acreditar la ejecución de **abusos sexuales**, así como su grabación en soporte video.

El recurso cuestiona que haya habido inducción.

El artículo 28 del Código Penal establece que serán también considerados autores "los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar (el delito)". Esta Sala ha establecido de forma reiterada y constante (STS 1026/2009, de 16 de octubre) que los requisitos de la inducción son los siguientes: a) *Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción;* b) *Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado;* c) *Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto;* d) *Que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado y e) Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute ( STS 5-5-88 ).*

Partiendo de estas iniciales consideraciones sobre la inducción y aplicándolas al caso que centra nuestro examen casacional, las pruebas practicadas en el juicio y a las que se ha hecho reiterada referencia acreditan también que el Sr. Roque indujo de forma eficaz a la Sra. Clemencia a realizar los actos que han motivado la condena de ambos.

El relato fáctico de la sentencia refiere que la Sra. Clemencia "se enamoró de Roque " y " *llegó a pensar que llegaría a tener una relación afectiva estable con él una vez que se despejaran los impedimentos de éste*", quien ocultó sus circunstancias personales. También se refiere que tuvo con él " *una cierta dependencia emocional como solución a los problemas que le acuciaban después de haber soportado el suicido de su anterior pareja, encontrarse sola y sin recursos, con un hijo menor, de seis años entonces y ejercer al menos esporádicamente la prostitución. De esa situación se aprovechaba don Roque para continuar con sus prácticas sexuales, físicas o virtuales, sin desvelar nunca su auténtico nombre y condición*". Se indica en los hechos probados de la sentencia de instancia que fue don Roque " *quien propuso a la otra acusada que mantuviera relaciones incestuosas con su hijo menor y grabase el acto y que ante la inicial negativa de ésta, prosiguió su labor de convencerla hablándole de la supuesta normalidad de tales prácticas, indicando la forma de hacerlo para no dejar huella al niño e invocando arrestos e impedimentos laborales como motivo para requerir los videos de cualquier clase (con otros hombres, zoofílicos o con su hijo) y así aliviarse de las tensiones que debía producirle estos hechos o su supuesta situación personal*".

Estos hechos evidencian una influencia en la Sra. Clemencia determinante para la ejecución de los delitos. Fue una influencia anterior a la comisión del delito, fue también lo suficientemente intensa como para vencer la inicial resistencia de la mujer y para que ejecutara unos delitos que no tenía intención inicial de llevar a cabo y



se produjo en el contexto de una situación de dependencia emocional y debilidad. El relato ofrecido por la otra recurrente y que ha merecido crédito al tribunal de instancia ha sido coherente, preciso y persistente durante toda la fase de instrucción, en la que llegó a prestar tres declaraciones coincidentes, y explica con suficiencia el contexto y circunstancias que dieron lugar a la realización de los hechos.

También sobre esta cuestión la prueba practicada ha sido bastante para concluir en un pronunciamiento de condena del Sr. Roque .

**QUINTO.** - En el segundo y último motivo de este recurso, interpuesto al amparo del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la infracción del artículo 183 del Código Penal por no existir prueba de cargo alguna, salvo la declaración de la madre, que vincule al recurrente con las grabaciones pornográficas.

Insiste el recurrente en censurar la sentencia que le ha condenado por un delito de **abuso sexual** tipificado en el artículo 183 CP, esta vez por la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim, aunque en el desarrollo argumental del recurso se insiste otra vez en la falta de prueba que, a su juicio, adolece la sentencia.

Nos remitimos por tanto al fundamento jurídico anterior en el que justificamos por qué razón la participación del recurrente lo es a título de inductor, lo que justifica su responsabilidad penal en los hechos enjuiciados por más que no tuviera contacto físico directo con el menor, víctima de los **abusos**.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**SEXTO.** - De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a cada recurrente el pago por mitad de las costas procesales derivadas del recurso de casación.

## FALLO

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

1.º **Desestimar** los recursos de casación interpuestos por doña Clemencia y por don Roque contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, con fecha 10 de octubre de 2017.

2.º **Condenar** a los recurrentes al pago por mitad de las costas procesales causadas por el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Andres Palomo Del Arco Eduardo de Porres Ortiz de Urbina