

Roj: **STS 1367/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1367**Id Cendoj: **28079120012014100264**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/03/2014**Nº de Recurso: **1939/2013**Nº de Resolución: **244/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 8843/2013,**  
**STS 1367/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Marzo de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** y la representación de **Regina (en nombre y representación de su hija menor María Milagros)**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que le condenó por delito continuado de abusos sexuales, y **posesión de pornografía infantil**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Regina (en representación de su hija menor María Milagros) representada por la Procuradora Sra. Alarcón Martínez; y como recurrido Aquilino representado por la Procuradora Sra. García Cornejo.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, instruyó sumario 4/2012 contra **Aquilino**, por los delitos de agresión o abuso sexual y utilización de menores para la elaboración de **pornografía infantil**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 30 de agosto de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "**PRIMERO.- Se declara probado que el procesado Aquilino, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 1 de marzo de 2012 (privado de libertad desde el 28 de febrero) y en la que permanece hasta la fecha, inició una relación de pareja con Regina en el año 2001. En el domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM000, NUM001 - NUM002 de L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona) convivían, al tiempo de producirse los hechos, además de la pareja, una hija común de ambos (Eufrasia) y dos hijos de Regina fruto de su anterior matrimonio (Gines y María Milagros). De forma esporádica habitaba el domicilio también la hija del procesado (Ramona) hasta que a finales de 2011 se trasladó definitivamente al domicilio.**

Cuando comenzó la relación de pareja mencionada la menor **María Milagros**, nacida el NUM003 de 1997, contaba con tres años de edad, habiendo mantenido desde ese momento con el procesado una relación propia que correspondería a la de padre-hija.

**SEGUNDO.-** A partir de una fecha no determinada, pero en todo caso anterior al mes de agosto de 2009, el procesado comenzó a sentirse atraído sexualmente por la menor **María Milagros**, transmutando los gestos de cariño propios de la relación familiar en tocamientos, besos y caricias de manifiesto contenido sexual y con ánimo claramente libidinoso, aprovechándose de la relación de confianza y familiar de hecho para lograr sus



propósitos, que no eran otros que los de satisfacer sus deseos sexuales, sin que haya resultado probado que empleara para ello violencia o intimidación.

Tales conductas de contenido sexual fueron incrementándose en intensidad incluyendo masturbaciones mutuas y falciones hasta llegar a la penetración vaginal de la menor. Prácticas que se hicieron habituales, con una frecuencia que superaba la semanal, hasta el mes de febrero de 2012. Sin embargo, no ha resultado probado, fuera de toda duda razonables, que el procesado empleara tampoco ningún tipo de violencia o intimidación; ni que con anterioridad al NUM003 de 2010, fecha en la que María Milagros cumplió los trece años, en tales relaciones se produjera acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, ni la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías mencionadas.

TERCERO.- A partir de al menos septiembre de 2010, el procesado convenció a María Milagros para que se dejara tomar fotos y llevar a cabo grabaciones de vídeo (que en algunos casos realizaba directamente la propia menor) en las que aparecía desnuda y en actitudes y posturas de explícito contenido sexual tocándose los pechos o masturbándose, incluyendo fotografías de la vagina en primer plano. En alguna de las fotografías aparece el propio acusado masturbando a la menor.

Tales fotografías y grabaciones, en sus respectivos soportes digitales, estaban almacenadas en dos teléfonos móviles y un ordenador propiedad del procesado, siendo utilizados por éste para su propia satisfacción sexual sin que conste que se produjera distribución o exhibición de las mismas fuera de tal ámbito ni que hubiera existido nunca tal ánimo o intención".

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

" **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Aquilino , como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales previsto y penado en el art. 181.1 y 2 y 74 del CP vigente en el momento de producirse los hechos, con la agravación específica de haberse cometido el hecho con prevalimiento de relación de superioridad del art. 181.4 en relación con el 180.4 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Aquilino , como autor responsable de un delito de **posesión de pornografía infantil** para su uso propio del art. 189.2 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone al acusado la prohibición de aproximarse a María Milagros a menos de mil metros o de cualquier lugar en que se encuentre, a su domicilio, su lugar de estudio y/o futuro domicilio laboral por un periodo de cinco años, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo plazo. Tales prohibiciones mantendrán la condición de medida cautelar en cuanto la presente sentencia no gane firmeza.

En materia de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a la menor María Milagros , a través de sus representantes legales, en la cantidad de 20.000 (veinte mil) euros por los perjuicios morales causados.

Se le condena asimismo al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas le será abonado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera aplicado en otras.

Se decreta el decomiso del material pornográfico incautado para su posterior destrucción.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación."

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por **el Ministerio Fiscal y la representación de Regina** (en nombre y representación de su hija menor María Milagros ), que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . denuncia infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24.1 CE



SEGUNDO.- Infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., por indebida inaplicación de los arts. 181.1 y 182.1 del Código Penal , en relación con el art. 192 CP , en su redacción anterior a la LO 5/10, y de los arts. 181.1 , 3 y 4 del Código Penal en relación con el art. 192.2 CP , en su redacción posterior a la LO 5/10.

TERCERO.- Infracción de Ley al amparo del art. 849 nº 1 de la LECrim ., por indebida inaplicación de los arts. 189.1 a) en relación con el art. 189.3 a ) y f ), art. 74 del Código Penal y 192 (o 192.2 tras su reforma por LO 5/10).

CUARTO.- Por la vía del art. 849.1º de la LECrim . denuncia infringido el art. 23 CP , por indebida inaplicación.

La representación de Regina (en nombre y representación de su hija menor María Milagros ):

PRIMERO.- Infracción de Ley del artículo 849.1º de la LECrim ., por indebida no aplicación del art. 189.1 a), en relación con el artículo 189.3 a ) y f ) y 74 del Código Penal .

SEGUNDO.- Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida no aplicación del artículo 192 en su redacción anterior a la reforma de la LO 5/2010 , o el 192.2 en su relación posterior, o alternativamente indebida no aplicación del artículo 23 del Código Penal .

TERCERO.- Infracción de Ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida no aplicación de los artículos 181.3 , 182.1 en redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010 y artículos 181.3 y 4 del Código Penal en su redacción de la reforma operada a través de la LO 5/2010.

CUARTO.- Infracción de precepto constitucional prevista en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , resultando infringido el artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española , a los efectos previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , resultando infringido el artículo 24. 1 en relación con el artículo 120.3 de la Constitución Española , a los efectos previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 19 de marzo de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto de la impugnación casacional que formalizan las acusaciones, pública y particular, condena al acusado por un delito continuado de abusos sexuales sin acceso carnal del art. 181.1 y 2 y 74 del Código penal vigente al tiempo de los hechos, con la agravación del art. 181.4 en relación con el art. 180.4, prevalimiento por relación de superioridad, sin concurrencia de circunstancias, y como autor de un delito de **posesión de pornografía infantil** para uso propio del art. 189.2 del Código penal . No lo expresa el fallo, pero de la escasa fundamentación de la sentencia resulta la absolución de los delitos de agresión sexual, objeto de la calificación de la acusación particular, y de abuso sexual a mayores de trece años con acceso carnal que fue de objeto de acusación por el Ministerio fiscal y, de forma alternativa, por la acusación particular. También resultó absuelto, aunque no lo contenga el fallo de la sentencia del delito del art. 189.1.a, de utilización de menores para la elaboración de **pornografía infantil**. Las impugnaciones de las acusaciones reaccionan contra la absolución, no expresa, de los delitos objeto de la acción penal entablada en el juicio oral, y se quejan, también, de la ausencia de motivación.

Las acusaciones, la pública y la privada, oponen cuatro motivos de impugnación, aun cuando varían su ordenación numeral. En el primer motivo del Fiscal y cuarto de las acusaciones particulares, las acusaciones denuncian, la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que referencian a las absoluciones de los delitos objeto de su acusación pues carecen de motivación racional sobre esa declaración. En los otros tres motivos denuncian sendos errores de derecho, de art. 849.1 de la Ley procesal penal , en los que partiendo del hecho probado, refieren que la declaración fáctica está erróneamente subsumida al no aplicar, al hecho probado, los arts. 181.1 . y 3 y 182.1, en su redacción anterior a la LO 5/10 , y 181.1.3.y4, en relación con el 192, en su redacción tras la LO 5/10, en el segundo motivo, esto es la calificación de los hechos como delito continuado de abuso sexual con menores, mayores de trece años, con penetración; además, del art. 189.1 a) en relación con el art. 189.3 a y f , arts. 74 y 192 , delito de utilización de menores para elaborar material pornográfico; además, en el cuarto de los motivos denuncia la inaplicación al hecho probado del art. 23, la agravante de parentesco.

Como quiera que las impugnaciones denuncian, al tiempo, vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, y error de derecho por indebida aplicación de preceptos penales sustantivos, ( art. 849.1 LECrim .), anticipamos el análisis de los motivos por error de derecho lo que permitirá dispensar la tutela que reclaman en el primer motivo.



**SEGUNDO.-** Analizamos la impugnación formalizada por el Ministerio público en el segundo motivo, que se corresponde con el tercero de la acusación particular.

En ambos recursos denuncian el error de derecho afirmando que el relato fáctico es subsumible en el art. 181.1 y 3 y 182 (Cp anterior a la reforma por L.O. 5/10) y de los arts. 181.1. 3 y 4 del Código penal (posterior a la reforma) y en ambos la inaplicación del art. 192 que prevé la agravación de la consecuencia penal a los ascendientes... o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor. En definitiva, denuncian que desde el hecho probado la subsunción correcta es la de abuso sexual con penetración, cuando la menor tenía 13 y 14 años.

El motivo se estima. Ya hemos dejado constancia de que la impugnación ha de partir del respeto al hecho probado y las acusaciones lo hacen. El relato fáctico de la sentencia impugnada declara que el acusado "aprovechándose de la relación de confianza y familiar" realizó una serie de tocamientos y caricias dirigidos a satisfacer sus deseos sexuales. Esos hechos son subsumidos en el tipo penal de abusos sexuales sin penetración. Añade el hecho probado "tales conductas de contenido sexual fueron incrementándose en intensidad..." describiendo masturbaciones mutuas, felaciones y penetraciones vaginales, cuando la menor contaba con 13 y 14 años, actos que tenían una periodicidad semanal.

El hecho probado describe dos hechos con relevancia penal, tocamientos y caricias con contenido sexual, antes de cumplir los 13 años, y acceso carnal, masturbaciones y penetraciones, después de esa edad. En la realización de ambas concurren un aprovechamiento de la relación cuasifamiliar que nace de una convivencia desde que la menor tenía 3 años, "habiendo mantenido una relación desde ese momento con el procesado una relación propia que corresponde a la de padre-hija". Esa relación es aprovechada, expresa el hecho probado, tanto en los hechos anteriores y en los posteriores a la edad de 13 años. El hecho probado refiere el aprovechamiento de la relación de confianza y familiar de hecho para lograr sus propósitos, expresión que abarca tanto a los acaecidos antes de esa edad como a los posteriores que en la narración aparece unida con el empleo del determinante "tales" que indica la identidad de circunstancias concurrentes en las conductas. La relación de las dos secuencias temporales no es distinta, pues en ambas se refiere el aprovechamiento. La edad de la menor, los 13 años, es irrelevante, en el caso, para conformar un consentimiento válido en la realización de actos sexuales pues el aprovechamiento de la relación de confianza y familiar es común a ambas conductas, las caricias y tocamientos, antes de los 13 años, y los accesos carnales después de cumplirlos.

El hecho probado refiere, junto a la relación familiar la expresión de su aprovechamiento para la satisfacción de los deseos sexuales del acusado, en las dos modalidades previstas en el art. 181 Cp, que rellenan la tipicidad en el delito de abuso sexual del art. 181.1 y 3, prevalimiento por una relación de superioridad manifiesta, y 4, consistente, en acceso carnal por la vaginal o bucal. El Código penal es el vigente al tiempo de la realización de los hechos, esto es, el actualmente en vigor tras la reforma operada por la L.O 5/10, pues los hechos ocurrieron desde el 6 de octubre de 2010 hasta febrero de 2012 con una periodicidad semanal. Esta afirmación fáctica hace que apliquemos la institución de la continuidad delictiva y que en la misma se incluyen los actos acaecidos desde el mes de agosto de 2009 hasta febrero de 2012, fechas en las que la menor, nacida en 1997, tenía entre 11 y 15 años de edad.

Además es de aplicación el art. 192.1 Cp., que agrava la consecuencia jurídica cuando la acción es realizada, como es el caso, por un guardador encargado de hecho de la menor.

Como consecuencia de la estimación del motivo la condena por los hechos es la del delito continuado de abuso sexual del art. 181.1, 3 y 4, y la agravación del art. 192.2, lo que conforma una pena de 9 años resultante de imponer la pena en dos tramos superiores, por la continuidad y la agravación por la condición de guardador de hecho, a la pena del tipo penal, abuso sexual con penetración de 4 a 10 años de prisión.

La reiteración de conducta, la frecuencia de la acción y la integración en la conducta típica de dos modalidades de comisión hacen proporcionada la pena de 9 años de prisión.

**TERCERO.-** En el tercer motivo de la impugnación del Ministerio público, coincidente con la impugnación articulada en primer lugar por la acusación particular, denuncia el error de derecho por la inaplicación, al hecho probado, de los arts. 74, delito continuado, 189.1 a), utilización de menores para la elaboración de **pornografía infantil**, 189.3 a) y f), las agravaciones que resultan de la minoría 13 años y por su realización por persona encargada del menor. Igualmente, consideran indebidamente aplicado el párrafo 2º del art. 189, la tenencia de **pornografía infantil**. Por último, entienden que la agravación del art. 192 del Código penal es de aplicación preferente, en el caso, a la del art. 189.3.f), al concurrir en el hecho la agravación específica del art. 189.3.a).

El motivo será estimado a excepción de la continuidad delictiva que postulan las acusaciones.

La impugnación parte del respeto al hecho probado y éste declara en el particular que interesa a esta oposición que el acusado, a partir de "al menos septiembre de 2010 (la menor tenía 12 años) el procesado convence a





María Milagros que se dejara tomar fotos y lleva a cabo grabaciones en vídeo en las que aparecía desnuda y en actitudes y posturas de explícito contenido sexual tocándose los pechos y masturbándose, incluyendo fotografías de la vagina en primer plano. En algunas fotografías aparece el propio acusado masturbando a la menor". Se refiere, como hecho probado que ese material se guardó en un ordenador personal y en dos teléfonos móviles, propiedad del acusado "siendo utilizados para su propia satisfacción sexual sin que conste que se produjera distribución o exhibición...".

Del relato fáctico resulta que el acusado interviene activamente en la captación de imágenes de la menor. El convence a la menor para dejarse fotografiar y capta las grabaciones y se afirma que en alguna ocasión fue la menor la que realiza la grabación, lo que supone que en la mayoría de las grabaciones fue el acusado quien capta las imágenes. Además, el contenido pornográfico del material obtenido es un hecho probado, no sólo porque así resulta en la sentencia, "aparecía desnuda y en actitudes o posturas de explícito contenido sexual..." -, también porque esa consideración aparece en la sentencia impugnada en un aspecto que no ha sido objeto de impugnación, la consideración de material pornográfico al subsumir el hecho en el delito de tenencia de material pornográfico. Sobre la consideración de material pornográfico, aquí no discutido, nos remitimos a la STS de 3 de abril de 2012, plenamente aplicable a este hecho.

Un tercer aspecto con relevancia penal: los hechos se producen "a partir al menos de septiembre de 2010". La menor había nacido el NUM003 de 1997, luego en la fecha de los hechos la menor tenía 12 años, lo que hace de aplicación la circunstancia de específica agravación del art. 189.3 a), la edad inferior a 13 años. La duda que al respecto pudiera sustentarse sobre la edad se disipa en la fundamentación de la sentencia (fundamento jurídico 5 al tratar de la pena imponible) refiere que "la primera de las imágenes se toman cuando la menor no había cumplido los trece años".

Es preciso determinar si existió una pluralidad de acciones que determine la subsunción del hecho en el delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, como interesan las acusaciones, o, por el contrario, no existe esa pluralidad de acciones típicas, sino un único delito. Tradicionalmente hemos considerado dos factores para determinar si nos encontramos, o no, ante una unidad de acción penalmente relevante. De una parte, la voluntad del autor hacia la que rige sus actos, esto es, si dirige su acción hacia un resultado final o a una pluralidad de resultados. En el caso, la voluntad se dirige a la elaboración de varias grabaciones, aunque el hecho no es preciso en la identificación de momentos y resultado. El otro factor relevante es el normativo, comprobando si la descripción típica dispone la consideración única de un conjunto de acciones. En el caso objeto de nuestra atención, el tipo penal refiere la elaboración de un material, que da idea de una pluralidad de componentes que integran ese material pornográfico referido a un único sujeto pasivo.

En consecuencia, el delito no es continuado y se subsume en el art. 189.1 del Código penal .

Que el condenado era persona encargada de hecho de la menor es un dato que resulta del hecho probado que, expresamente, declara que la relación entre el acusado y la menor era "propia de la que corresponde a la de padre-hija", y que convivieron desde que la menor tenía 3 años.

La subsunción del hecho en los tipos penales cuya inaplicación denuncian las acusaciones es clara y el error del tribunal de instancia evidente, a excepción de la continuidad delictiva que postulan las acusaciones pues el relato fáctico refiere una utilización de la menor, desde antes de cumplir los trece años y por quien estaba obligado a su guarda, para la realización, captación y utilización, de material pornográfico, como refleja el hecho probado.

El tribunal de instancia ha realizado la subsunción del hecho en el delito de tenencia de material pornográfico para su propio uso, ( art. 189.2 Cp ) y no en la utilización de menores para elaborar material pornográfico. Lo ha realizado sobre tres argumentos: que el tipo penal de la utilización de menores exige una finalidad de distribución; que la pena es desproporcionada; y que la utilización queda absorbida por el delito de abusos sexuales.

Con respecto a una hipotética exigencia de una finalidad de exhibición para la punición del delito de utilización de menores en la realización de grabaciones de contenidos pornográficos, es una restricción interpretativa que el tribunal realiza sin un apoyo en la tipicidad del art. 189 del Código penal . Esa finalidad de exhibición o distribución no resulta de la tipicidad. Así lo ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala que, como pone de manifiesto el Ministerio público en su impugnación, ( SSTS 1143/11, de 28 de octubre , 795/2009, de 28 de mayo , y muchas otras) ha afirmado la no necesidad de una finalidad de distribución del material grabado. La STS de 3 de abril de 2012, en este sentido, declara que "el tipo penal no requiere para su consumación la distribución ulterior de las imágenes, que puede ser realizado por personas que no han participado en su elaboración o producción".



En orden a la falta de proporcionalidad de la pena con el hecho, el argumento decae pues se trata de una opción del legislador, a quien constitucionalmente le compete fijar los hechos que deben ser conminados con pena para la debida ordenación de la vida social y anudar a un hecho una consecuencia jurídica. En el caso, la realización continuada de material pornográfico, utilizando menores de edad, de una edad especialmente protegida (13 años), por quien tiene encomendadas especiales funciones de guarda y protección, es un hecho de acentuada antijuricidad al que el legislador ha considerado anudar una pena proporcionada a esa gravedad.

En tercer lugar, el tribunal parece argumentar sobre la existencia de un concurso de normas a resolver por el principio de absorción. Indica que los hechos, la grabación y disfrute personal de las fotografías y los vídeos, son actos subsumibles en el tipo penal del abuso continuado y absorbidos por éste. Esa argumentación, no desarrollada, obvia que esta modalidad comisiva no solo protege el libre desarrollo de la personalidad de un menor que es inducido y utilizado para la captación de su imagen para la satisfacción de apetencias de contenido sexual. El tipo protege también el derecho a la propia imagen y la potencialidad de un riesgo de posterior exhibición por terceras personas ajenas a la realización de las fotografías e incluso a la **posesión** del condenado. Una vez guardadas en archivos, como la memoria de un ordenador o de un teléfono, la potencialidad de difusión es un riesgo evidente. Pero es que, además, el delito de abuso sexual es un delito de propia mano que se consume con la realización de actos típicos derivados de una conducta personal, en tanto que la producción gráfica permanece en el tiempo almacenada en soportes digitales y extravasa el mero contacto personal.

En consecuencia, al hecho probado es de aplicación, como sostienen las acusaciones, la tipicidad contenida en el delito de utilización de menores para la realización de grabaciones fotográficas y videográficas de **pornografía**, agravado por la minoría de 13 años de la menor, y la derivada de la condición de guardador de hecho de la menor ( art. 189.1 , 3 a ) y f ) del Código penal ). La subsunción en el art. 189.2 es, por lo tanto errónea y el precepto indebidamente aplicado pues no es solo tenencia sino también intención en la grabación.

**CUARTO.-** En orden a la penalidad del delito objeto de la condena, utilización de menores de edad para la elaboración de material pornográfico, agravado por la utilización de menores de 13 años, y realizado por quien es guardador de la menor, arts. 189.1 a), 3 a ) y f ) y 192.2, después de la reforma operada por la LO 5/10 , que se corresponde con el art. 192.1 anterior a la reforma, y con el mismo contenido agravatorio para el guardador.

Aplicamos al hecho el art. 189 antes de la reforma por la LO 5/10 . La única diferencia en el caso se refiere a la penalidad. Antes de la reforma la penalidad era la de cuatro a ocho años de prisión, frente a la de cinco a nueve años después de la reforma. Como quiera que la menor cumplió los 13 años en octubre de 2010, cuando no estaba en vigor la reforma y el hecho no es preciso en la determinación de las fechas de grabación, es de aplicación al hecho la consecuencia jurídica anterior a esa reforma que le es mas beneficiosa. La pena privativa de libertad es, por lo tanto, la que media entre los cuatro y ocho años de prisión. Sobre esa pena juega la previsión agravatoria derivada de la condición de guardador de la menor, la mitad superior, esto es de 6 a 8 años de prisión. La pluralidad de grabaciones hace que consideremos proporcionada a los hechos la pena de seis años y tres meses de prisión.

**QUINTO.-** La agravación de parentesco que las acusaciones postulan en el trámite no es de aplicación al presente supuesto al que hemos aplicado las agravaciones derivadas de la condición del condenado de guardador de hecho de la menor sujeto pasivo de ambos delitos, pues su aplicación daría lugar a la vulneración del principio non bis in idem al tenerse en cuenta dos veces la condición de cuasi familiar derivada de la relación de convivencia existente.

**SEXTO.-** Analizamos en este fundamento la queja de los recurrentes por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta queja, una vez que han sido analizadas las impugnaciones por error de derecho, carece de contenido porque en los anteriores fundamentos hemos dispensado la tutela que reclama. No obstante procede analizar esta impugnación para delimitar el alcance del planteamiento de las acusaciones del derecho a la tutela judicial efectiva respecto a las acusaciones.

En la impugnación las acusaciones denuncian la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, concretamente, que la absolución del delito de abusos sexuales cuando la menor era mayor de trece años, carece de la mínima argumentación.

La queja se estima. La sentencia se limita a declarar que la valoración de la prueba impide calificar los hechos de abuso sexual a mayores de trece años. No hay ningún otro razonamiento, ni de subsunción del hecho ni de valoración de la prueba. Sin embargo, el hecho probado declara que a partir de los trece años el acusado y la niña mantuvieron relaciones sexuales con penetraciones vaginales y bucales y masturbaciones mutuas, actos que no son valorados como penalmente relevantes, ni siquiera para afirmar el consentimiento de la



menor a los actos. Como hemos señalado en los anteriores fundamentos el relato fáctico es expresivo de las conductas típicas por las que las acusaciones formularon acusación, toda vez que esos actos son realizados desde una situación de prevalimiento que el hecho probado refiere con la expresión de concurrencia de una relación familiar y de confianza, en relación con los abusos sexuales y su subsunción, y el acusado intervino en la grabación, art. 189. 1 Cp .

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado, por todas STS 923/2013 de 5 de diciembre , que las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas ( art. 120.3 CE , 248. 3º de la LOPJ y 142 de la LECrim ), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar lo contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la STS 186/1998 , recordada por la 1045/1998, 23 de septiembre y la 1258/2001, 21 de junio «la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia". La absolución se justifica cuando exista una duda razonable, y no cualquier clase de duda. Por ello, para entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado (...) En este sentido, cuando exista una prueba de cargo que pueda considerarse consistente, no puede aceptarse como suficiente la expresión desnuda y simple de la duda, sino que será precisa la existencia de algún dato o elemento, explícito o implícito pero siempre accesible, que permita una explicación comprensible de la desestimación de las pruebas de la acusación. Así podrá comprobarse la racionalidad de la duda y la ausencia de arbitrariedad".

En el mismo sentido la STS 719/2012 de 3 de octubre que recuerda que la necesidad de motivar las sentencias, derivada tanto del artículo 24.1 de la Constitución , en cuanto reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, como del artículo 120.3 de aquella, añadiendo que cuando se trata de sentencias absolutorias no desaparece la necesidad de motivar, pues de una sentencia dictada en ese sentido también debe desprenderse la exclusión de la arbitrariedad.

La exigencia de motivación, por otro lado, no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso.

En el caso objeto de nuestra atención constatamos que la absolución del delito carece de la mínima argumentación, aunque declara un hecho con relevancia penal. El tribunal se limita a decir que "la valoración de la prueba impide calificar los hechos como constitutivos de los delitos de la acusación", sin expresar el fundamento de esa convicción, lo que resulta, por otra parte fuera de la lógica cuando el hecho probado ha referido esa situación de ataque a la libertad sexual de la menor. En otros términos, si la narración fáctica refiere unos hechos desde que la niña tiene 10 años hasta los 15, no se llega a entender que el tribunal declare la tipicidad de los hechos cuando era menor de trece años y la atipicidad cuando era mayor de esa edad. Por mas que esa edad refleje la posibilidad de consentimiento de un menor a la realización de actos de contenido sexual, el tribunal debería haber explicado, con razonamientos lógicos, el porqué ha considerado la subsunción del hecho en una modalidad de abuso y no cuando la menor había cumplido 13 años. El hecho probado nada refiere sobre la relación de un consentimiento libre a los actos que se declara probados, con penetraciones y masturbaciones con el compañero sentimental de su madre quien no sólo ocupa una posición familiar que propicia situaciones limitadoras de una libre disposición del consentimiento, sino con una diferencia de edad y formación claramente relevantes de la disposición de la relaciones sexuales.

En esta situación, el remedio a la denuncia de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que indudablemente se ha producido, es doble, bien devolver al tribunal la sentencia para subsanar el defecto, bien entrar a valorar la impugnación formulada por las acusaciones desde la perspectiva que denuncian. Hemos optamos por esta segunda opción mas respetuosa con los intereses que se ventilan en este proceso respetando lo probado y aplicando la norma al hecho. El error de derecho que, como es sabido, parte del hecho probado sin modificación alguna, permite comprobar, si la subsunción efectuada por la Sala de instancia es, o no, errónea. Es lo que hemos realizado analizando los motivos de impugnación formalizados por error de derecho y que han sido estimadas.

### III. FALLO

**F A L L A M O S:** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por **el Ministerio Fiscal** y la representación de



**Regina (en nombre y representación de su hija menor María Milagros** , contra la sentencia dictada el día 30 de agosto de 2013 por la **Audiencia Provincial de Barcelona** , en la causa seguida contra Aquilino , por delito de agresión o abuso sexual y utilización de menores para la elaboración de **pornografía infantil**, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas . Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarda Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Marzo de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, con el número 4/2012 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, por delito de agresión o abuso sexual y utilización de menores para la elaboración de **pornografía infantil** contra **Aquilino** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 30 de agosto de 2013 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.**- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

**SEGUNDO.**- Que por las razones expresadas en los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y Regina (en nombre y representación de su hija menor María Milagros ).

### III. FALLO

**F A L L A M O S:** Que debemos condenar y condenamos a **Aquilino** como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales previsto y penado en los arts. 74 , 181.1 , 3 y 4 y 192.1 Cp , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **9 AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Aquilino como autor responsable de un delito de utilización de menores de edad para elaborar material pornográfico, del art. 189.1 a), 3 a ) y 192 del Código penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **6 AÑOS Y 3 MESES DE PRISIÓN**, con la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se impone al acusado la prohibición de aproximarse a María Milagros a menos de mil metros o de cualquier lugar en que se encuentre, a su domicilio, su lugar de estudio y/o futuro domicilio laboral por un periodo de cinco años, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio por el mismo plazo. Tales prohibiciones mantendrán la condición de medida cautelar en cuanto la presente sentencia no gane firmeza.

En materia de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a la menor María Milagros , a través de sus representantes legales, en la cantidad de 20.000 (veinte mil) euros por los perjuicios morales causados.

Se le condena asimismo al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas le será abonado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera aplicado en otras.

Se decreta el decomiso del material pornográfico incautado para su posterior destrucción.





Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ