



Roj: **STS 4354/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4354**

Id Cendoj: **28079120012018100680**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **10119/2018**

Nº de Resolución: **674/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16253/2017,**  
**AAAP M 5294/2017,**  
**STS 4354/2018**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10119/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### **Sentencia núm. 674/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10.119/2018, interpuesto por D<sup>a</sup> Salome , representada por el procurador D. Ignacio Batlló Ripoll, bajo la dirección letrada de D. Endika Zulueta San Sebastián y por **D. Abelardo** , representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Afonso Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Endika Zulueta San Sebastián, contra la sentencia dictada por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 27 de noviembre de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. En calidad de parte recurrida, la acusación particular **D<sup>a</sup>. María Rosario** , representada por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Soledad Valles Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Rafael García Merino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado nº 7760/2014, contra **D. Abelardo y D<sup>a</sup> Salome** por un delito de **corrupción de menores** y abusos sexuales y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid que en la causa nº 549/2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:



"Son Hechos Probados y así se declara que los acusados Abelardo , nacido el NUM000 .74 y Salome , nacida el NUM001 .77, sin antecedentes penales, entablaron en fecha que no consta y al margen de sus respectivos matrimonios, una relación sexual sadomasoquista prolongada en el tiempo, manteniendo diariamente conversaciones telefónicas por chat y concertando citas para mantener sexo en el domicilio del acusado al que acudía la mujer. En desarrollo de la relación, ambos asumieron los roles típicos de tales prácticas sexuales, siendo el acusado el "Amo" de la pareja, adoptando como símbolo el dibujo de unas llaves, y respondiendo al nombre de "milord" o "Vlado"; la acusada por su parte, asumió el papel de "puta- sumisa" del primero bajo el nombre de "yegua- Salome ", pasando a formar parte de su "cuadra". Las relaciones Salome suponían para ambos su mayor fuente de placer sexual, frente al hastío del sexo convencional. Y en el curso de tal relación consensuaron servirse además, de sus respectivos hijos, para procurarse una mayor satisfacción : Palmira , de 8 años de edad, nacida del matrimonio de la acusada; y Juan Carlos . y Pedro Francisco . de 3 años de edad, nacidos del matrimonio del acusado.

Sobre la hija de la acusada, y por la facilidad que derivaba de la relación materno-filial de ambas, los acusados desarrollaron los protocolos que exigía la relación sadomasoquista. Así, pasaron a llamarla " Prima " -de Inmaculada , para transgredir la religiosidad del personaje evangélico- y, habida cuenta de que la **menor** había heredado la condición de "puta- sumisa" de la madre, comenzaron el proceso de su "emputecimiento".

A tal fin, y entre los meses de noviembre de 2013 y octubre de 2014 , el acusado guiaba la actuación de la acusada -"sumisa yegua- Salome "- y le ordenaba, en el curso de sus conversaciones telefónicas, que le remitiera fotografías de la **menor**, desnuda, de su coño, de sus bragas, abierta de piernas ...fotografías de la niña, captadas por la madre y acusada aprovechando la cotidianeidad de la vida diaria y los momentos de intimidad de la **menor**, que remitía al móvil del acusado, junto a otras efectuadas por el propio padre, en el mismo contexto de la intimidad del núcleo familiar, ignorante éste de la actuación y propósito de la mujer.

Así, se hallaron hasta cuarenta y nueve imágenes de la **menor** en el teléfono móvil que usaba el acusado, marca Samsung IMEI NUM002 y n° de línea NUM003 que la acusada le envió desde su teléfono móvil Samsung Galaxy S4 IMEI NUM004 con n° de línea NUM005, durante el periodo indicado, correspondiéndose tal remisión con conversaciones de WhatsApp y comentarios sobre las imágenes.

Entre tales imágenes aparecen varias en las que la **menor** posa desnuda, adoptando posturas en las que se observan sus órganos sexuales; se abre las nalgas con las manos y enseña el ano; reposa sus dedos en la parte superior de la vagina; muestra su zona genital, sacando y mordiéndose la lengua; o exhibe, en la parte interna del muslo, el dibujo de las llaves- símbolo del acusado- que le hiciera su madre.

Del mismo modo, y para la "doma" y aprendizaje de la hija de la acusada de quien había heredado la condición de "puta-sumisa", el acusado exigía a la progenitora que realizara sobre la niña determinadas prácticas de naturaleza sexual, requiriéndola que "jugara" con ella, manipulándole y haciéndole tocamientos en el coño, en los pezones y otras zonas erógenas del cuerpo de la **menor**, para despertar su sexualidad.

A tal fin, y nuevamente sirviéndose la acusada de la relación materno-filial, propició una situación de complicidad con la niña, para hacerle las manipulaciones sexuales que le indicaba el acusado, que la madre llamaba "cosquillas" para confundir a la **menor**, y evitar a la vez, ser descubierta en su propio entorno familiar, satisfaciendo de esta manera, su propio deseo libidinoso, pues alentaba a la hija a que jugara con sus pechos, con su vagina y le mordiera los pezones.

Actos cuya secuencia describía después al acusado, grabando incluso alguna de estas ocasiones y remitiéndole las escenas para que comprobara cómo "jugaba" con la niña; relatos e imágenes con las que se excitaba sexualmente el acusado.

Éste planificaba para un futuro determinadas prácticas sadomasoquistas para la **menor**, como la de sufrir "dolor en coño" o la intervención de otros amos para la niña; igualmente organizó una cita para que la acusada conociera a sus propios hijos **menores**, "amos" como él, diciéndole que quería que lamiera sus pollitas y ellos jugaran con su coño, llegando a concertar un encuentro en su propio domicilio, que no consta que llegara a producirse.

La **menor** Palmira . se halla en CIASI en proceso de valoración psicológica sobre el daño específico que los hechos pudieran producir en perjuicio de la evolución o desarrollo de su personalidad."

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

F A L L A M O S.- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. Abelardo y a D<sup>a</sup> Salome , como autores responsables de los delitos de **corrupción de menores** y de abusos sexuales, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

A Salome :



por el delito continuado de **corrupción de menores**, las penas de 8 años de prisión. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 4 años, así como la medida de libertad vigilada durante 5 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

por el delito continuado de abuso sexual, las penas de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 5 años, así como la medida de libertad vigilada durante 5 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual. Asimismo de conformidad se le condena a las penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con **menores** de edad por tiempo de cinco años.

A Abelardo :

por el delito continuado de **corrupción de menores**, las penas de 7 años de prisión así como la medida de libertad vigilada durante 6 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

por el delito continuado de abuso sexual, las penas de 5 años de prisión, así como la medida de libertad vigilada durante 6 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

Asimismo se le condena a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con los **menores** de edad por tiempo de cinco años.

Y a que los condenados indemnicen conjunta y solidariamente a Palmira en la cantidad de 20.000 euros, y sus correspondientes intereses legales.

Así como al pago de las costas procesales.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación."

**TERCERO.-** Que en fecha 22 de diciembre de 2017 Y 29 de enero de 2018, se dictaron autos de aclaración con las siguientes partes dispositivas:

**22 de diciembre de 2017**

"Estimando las peticiones de aclaración formuladas por M. Fiscal y defensa, procede aclarar y rectificar la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 27 de noviembre de 2017, de manera que queda redactada en los particulares señalados, de la siguiente forma:

Se **RECTIFICA** el FUNDAMENTO UNDÉCIMO, omitiendo la frase

*"Argumentos -hasta- por tiempo de tres años".*

El **FALLO** queda definitivamente redactado como sigue:

Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Abelardo y a Dª Salome , como autores responsables de los delitos de **corrupción de menores** y de abusos sexuales, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

A Salome :

por el delito continuado de **corrupción de menores**, las penas de 8 años de prisión. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 4 años; así como la de prohibición de comunicación y aproximación a la hija **menor** por tiempo de la condena; y la medida de libertad vigilada durante 5 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

por el delito continuado de abuso sexual, las penas de 6 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 5 años; así como la de prohibición de comunicación y aproximación a la hija **menor** por tiempo de la condena ; y la medida de libertad vigilada durante 5 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.



Asimismo de conformidad se le condena a la penas de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con **menores** de edad por tiempo de cinco años.

A Abelardo :

por el delito continuado de **corrupción de menores**, las penas de 7 años de prisión así como la medida de libertad vigilada durante 6 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

por el delito continuado de abuso sexual, las penas de 5 años de prisión, así como la medida de libertad vigilada durante 6 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

Asimismo se le condena a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con los **menores** de edad por tiempo de cinco años.

Y a que los condenados indemnicen conjunta y solidariamente a Palmira en la cantidad de 20.000 euros, y sus correspondientes intereses legales.

Así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

**SE ABSUELVE** a Abelardo del delito de abusos sexuales en grado de tentativa que formuló contra él la acusación particular."

**29 de enero de 2018**

"Estimando las peticiones de aclaración formuladas por Mº Fiscal y Defensa, y desestimando la solicitud de la Acusación particular, procede suplir y rectificar la Sentencia y Auto de aclaración, dictados en el presente procedimiento, de manera que queda redactado, como sigue,

#### **FALLO**

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. Abelardo y a Dª Salome , como autores responsables de los delitos de **corrupción de menores** y de abusos sexuales, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

A Salome :

por el **delito continuado de corrupción de menores**, la pena de 8 años de prisión.

Inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad durante 4 años;

Prohibición de comunicación y aproximación a la hija **menor** por tiempo de nueve años.

Libertad vigilada durante 5 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y para empleo, cargo público, por tiempo de la condena.

Inhabilitación para el ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con **menores** de edad por tiempo de cinco años.

por el **delito continuado de abuso sexual**, las penas de 6 años de prisión.

Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 5 años;

Prohibición de comunicación y aproximación a la hija **menor** por tiempo de por tiempo de siete años .

Libertad vigilada durante 5 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y para empleo, cargo público, por tiempo de la condena.

Inhabilitación para el ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con **menores** de edad, por tiempo de cinco años.

A Abelardo :

por el delito continuado de **corrupción de menores**, la pena de 7 años de prisión.

Libertad vigilada durante 6 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual.

Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Inhabilitación para el ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con **menores** de edad, por tiempo de cinco años.

por el **delito continuado de abuso sexual**, la pena de 5 años de prisión,

Libertad vigilada durante 6 años tras cumplimiento de la pena privativa de libertad

que consistirá en la obligación de participar en programas formativos en educación sexual. Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de la condena Inhabilitación para el ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con **menores** de edad, por tiempo de cinco años.

Y a que los condenados indemnicen conjunta y solidariamente a Palmira en la cantidad de 20.000 euros, y sus correspondientes intereses legales.

Así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular

**SE ABSUELVE** a Abelardo y Salome , del delito de abusos sexuales en grado de tentativa formulado por la acusación particular."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia y los autoa de aclaración a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los procesados que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**QUINTO.-** Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

**Recusos interpuestos por D. Abelardo y D<sup>a</sup> Salome**

Se contestan ambos recursos conjuntamente, dado que ambos, aunque interpuestos por representaciones procesales distintas, son absolutamente coincidentes en la literalidad de la formulación de los motivos, y sus fundamentos. Salvo los dos últimos del recurrente D. Abelardo , que no se incluyen en el recurso de la otra recurrente.

**1º.-** Por infracción de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española, al haberse obtenido prueba ilícita con el volcado del contenido del teléfono móvil del Sr. Abelardo .

**2º.-** Por infracción de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva, por ruptura de la cadena de custodia.

**3º.-** Por infracción de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española,

**4º.-** Por infracción de Ley, por errónea valoración de la prueba por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basada en documentos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por elementos probatorios.

**5º.-** Por infracción de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley, y nulidad de la prueba preconstituida de la **menor**, por violación de los artículos 18 y 24 de la C. E., en relación con los artículos 416 de la LECRm, y 216 del C.C. al no haberse advertido a su progenitor de la dispensa de declarar.

**6º.-** Por infracción de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

**7º.-** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 189.1 y 3 f) del Código Penal, relativo al delito de **corrupción de menores**.

**8º.-** No existe.

**9º.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal, en el delito de **corrupción de menores**.





**10º.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del delito de tenencia de pornografía infantil, del art 189.2 y no del 189.1 del CP.

**11º.-** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 183.1 y 4 d) del Código Penal, relativo al delito de abusos sexuales.

**12º.-** Por infracción de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar vulnerado el art. 24 de la Constitución Española, por no haberse cumplido en el delito de abusos sexuales el requisito de perseguibilidad.

**13º.-** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal, atenuante de dilaciones indebidas

**14º.-** Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 21.5 del Código Penal, atenuante analógica de reparación del daño.

**15º.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error sobre un elemento esencial del tipo: el carácter pornográfico de las imágenes. Siendo indiferente que sea vencible o invencible, puesto que no cabe la imprudencia en estos delitos. O vía 852 LECRm., por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y presunción de inocencia entre otros ( art. 24.2 CE)

**16º.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo art. 850.1 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del artículo 24.2 Constitución Española, por denegación de pruebas propuestas pertinentes.

**17º.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo art. 850.3 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del artículo 24.2 Constitución Española

**18º.-** Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo art. 850.4 de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del artículo 24.2 Constitución Española, al haberse desestimado preguntas por capciosas, sugestivas o impertinentes, no siéndolo en realidad, con verdadera importancia para el resultado del juicio.

**19º.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º y 852 de la LECrim, por inaplicación de precepto penal sustantivo del artículo 66.6 Código Penal y 120 de la Constitución Española y art. 852 LECrim.

**20º.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 123 y 124 Código Penal.

**21º.-** Por vulneración de derecho fundamental, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e infracción del art. 24. 2 de la Constitución Española, y del derecho a un Tribunal imparcial.

22º de D. Abelardo .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inexistencia de inducción en el delito de pornografía infantil.

23º de D. Abelardo .- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la agravante prevista en el art. 183.4 d), y art. 189.3 f) del Código Penal, en su redacción anterior a la actual, dado que el acusado no es ascendiente de la **menor**.

**SEXTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 20 de Noviembre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de D. Abelardo

**PRIMERO.- 1.** El primero de los motivos, amparado en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los artículos 18 y 24 de la Constitución, así como con el 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, viene a denunciar la ilicitud en el acceso a la fuente de prueba constituida por el almacenamiento de datos en el terminal telefónico utilizado por el recurrente.

La ilicitud deriva del *acceso al mismo por una persona particular* -Dª María Rosario - esposa del acusado, que de tal suerte pudo conocer la existencia de llamadas y también el texto de mensajes e incluso fotografías allí almacenadas.



Imputa a la citada persona que actuó con lo que el motivo califica de mala fe, ya que sustrajo el terminal de la guantera del vehículo del esposo aquí acusado sabiendo que era éste su usuario, y que, además, tras disponer del aparato varios días, formuló la denuncia origen de estas actuaciones.

En la medida que atribuye a ese acceso ilícito el conocimiento del hecho que motivó la denuncia, protesta que ello establece un vínculo entre aquella antijurídica lesión de la intimidad y la procura de las demás fuentes probatorias. Por ello postula, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la exclusión de todos los medios probatorios tributarios de aquel desencadenante inicial hallazgo.

2. La sentencia de instancia acomodándose a la pauta indicada en la STS 116/2017 de 23 de febrero excluye la tacha de ilicitud fundándose en que el descubrimiento se llevó a cabo por una ciudadana particular con absoluta desconexión de cualquier actividad estatal y, además, aquélla actuó sin la voluntad de prefabricar prueba, quedando tal comportamiento fuera de la regla de exclusión impuesta en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la citada STS se estableció, en efecto, que *la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito.*

Reconoce que es mayoritaria en la jurisprudencia la consideración de la ilicitud excluyente de utilizabilidad procesal incluso cuando la lesión del derecho fundamental tiene a un particular por sujeto activo. Pero reconduce la solución debida a las circunstancias del caso concreto. En éste propone afrontar una adecuada ponderación de los bienes jurídicos afectados. Por la lesión del derecho fundamental, por un lado, y por la exclusión probatoria y subsiguiente obstáculo para el *ius puniendi* del delito sometido a proceso, por otro.

Resulta inexcusable reflexionar sobre el fundamento de la regla de exclusión. Porque el que suele atribuirse en el ámbito anglosajón se centra en el "efecto disuasorio" que se le atribuye para prácticas indeseables de la policía o, más ampliamente, del aparato estatal. No parece que el mismo haya sido asumido en el derecho continental, por más que en la recepción de la citada regla haya influido el precedente foráneo citado. Antes bien, en nuestro continente suele predicarse que el fundamento de reglas como la del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la **protección objetiva del derecho vulnerado** en la praxis ilícita lo que, más allá de la funcionalidad utilitaria de producir la inhibición del aparato estatal. Y aquella protección solamente se alcanza en la medida que los actos que la vulneran son privados de toda rentabilidad o eficacia. De ahí que las "flexibilizaciones" propuestas para la regla de exclusión (buena fe de quien lesiona el derecho, inevitabilidad del descubrimiento o similares) deban reconducirse con prudencia a aquel verdadero fundamento para asegurar que desde la vulneración de derechos fundamentales no caben logros en un sistema democrático que, aunque favorezcan el castigo del delito o desinhiban la actuación policial, generan el riesgo de fomentar la debilidad de la protección de los derechos que nuestra Constitución consideró esenciales.

3. De ahí que, como en el caso de la citada STS 116/2017 de 23 de febrero, reconozcamos la dificultad de formular una regla con pretensión de validez general y menos en el sentido de mantener una incondicional aceptación de las fuentes de prueba ofrecidas por un particular y que luego son utilizadas en un proceso penal. Como se advierte en la tan citada STS 116/2017, aquella ponderación no puede a modo de ejemplo asimilar en el plano valorativo los contenidos de un DVD en el que se reflejan actos de explícito contenido sexual y los datos referidos, pongamos por caso, a la información contable de una empresa.

La posterior STS 311/2018 de 27 de junio, de esta misma Sala, advirtió de la diversidad de los supuestos en que la invasión del derecho de un ciudadano es llevada a cabo por un particular pero actuando como mero instrumento de las fuerzas de Seguridad del Estado, lo que se tradujo en que la grabación efectuada por éste de sus conversaciones con aquél, luego acusado, se registró en CD y fue transcrita y aportada a las actuaciones procesales. Dijimos entonces que *"la nulidad que proclama el art. 11 de la LOPJ es la nulidad de actos procesales y, como tales, producidos en el proceso, consecuencia de una actividad procesal desplegada por los poderes públicos que asumen las tareas de investigación o enjuiciamiento de los delitos o por las partes que intervienen en el mismo....., que la prueba obtenida por un particular que, en el momento de tomar contacto con la fuente probatoria, no está actuando de forma tendencialmente preordenada, en la búsqueda de su aportación al proceso, requiere un tratamiento singularizado que impide su incondicional asimilación a las categorías generales".* añadiendo que *. Sólo el examen del caso concreto, con una detenida ponderación de*



*todos los elementos concurrentes en la generación y aportación de pruebas, podrá ofrecer las claves para la solución de la reivindicada nulidad probatoria*

En el caso que ahora juzgamos el descubrimiento de los contenidos a los que la particular denunciante accedió se encontraban guardados en soporte –terminal telefónico con memoria de plurales modalidades de aquellos contenidos– que estaba conectado al derecho a la intimidad, por más que se ubicara aquél en un lugar no "especialmente sensible" como era la guantera del coche. Por otra parte, tampoco cabe excluir una finalidad de pretensión orientada a la represión procesal con la que en principio se cohonestaba la efectiva utilización de lo descubierto en la formalización de denuncia penal.

Disentimos por ello de la relativización de la vulneración de aquel derecho a la intimidad que lleva a cabo la sentencia de instancia. Porque no cabe duda de que, contra lo que la sentencia de instancia afirma, la actuación de la denunciante supuso una **dolosa vulneración del derecho a la intimidad del recurrente**. No obstante, también disentimos de la banalización que allí se efectúa respecto a la desconexión de antijuridicidad que niega entre, por un lado, la vulneración de la intimidad por la particular y, por otro, la autorización que expone el titular del derecho, asistido de letrado, para acceso al contenido del terminal, que ya había sido antes objeto de la no autorizada intromisión por parte de la esposa.

Tal **autorización** no solamente debe, como se contenta con decir la sentencia recurrida, mitigar lo que ésta denomina "discurso radical de la defensa" sobre la exclusión de toda prueba que parta del contenido del terminal descubierto. Y ello porque, **unida a la declaración del titular del derecho** a la intimidad, como imputado y mediando asesoramiento de su letrado, conduce a la construcción de un medio de prueba que, pese a la vinculación, desde la causalidad natural, con la actuación de la particular denunciante que vulneró su intimidad, aparece **exenta en lo normativo de toda antijuridicidad proveniente de aquella desencadenante ilícita**.

Debemos en este sentido recordar la doctrina constitucional que parte de la STC 81/1998 de 2 de abril, reiterada entre otras en la nº 259/2005 de 24 de octubre, que afirma tal desconexión y subsiguiente exención de antijuridicidad respecto de las pruebas que en sí mismas, no adolecen de ninguna ilicitud constitucional si entre ellas y las incursas en causa de nulidad por vulneración de un derecho fundamental, aunque exista conexión natural, presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, no puede afirmarse que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas. Y es que *si esas pruebas pueden considerarse jurídicamente independientes, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, no existe una prohibición de valoración de las mismas derivada de la Constitución* ( SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14 ; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4 ; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6 ; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre , FJ 6).

Para ello ha de partirse de una doble perspectiva. En lo interno debe atenderse a **la índole y características de la vulneración del derecho** vulnerado en la actuación inicial ilícita (en el caso que juzgamos el derecho a la intimidad) y al **resultado inmediato** de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). En lo externo se atenderá a las **necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho vulnerado exige**: "Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta **jurídicamente ajena** a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla **no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela** del mismo cabrá entender que su efectiva **apreciación es constitucionalmente legítima**, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

De ahí que el Tribunal Constitucional haya proclamado, como en el supuesto de su sentencia nº 184/2003 de 23 de octubre, **la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión**, esto es, de las **declaraciones de los imputados**, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de **las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida** (por todas, STC 161/1999, de 27 de septiembre , FJ 4). En consecuencia, prosigue la citada STC 161/1999 , las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, **la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna , dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito**. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado **atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria**.

Es por ello que, en el caso objeto de este recurso de casación, cobran especial relieve dos datos: **a)** Comunicada por la denunciante a la Guardia Civil la información ilícitamente obtenida con entrega del material que la





soportaba, se trasladó al Juzgado con cita inmediata del recurrente, sin otra manipulación de dicho material (terminal telefónico) y **aquél, en su inicial e inmediata declaración, asistido de letrado autorizó**, si no puede decirse incluso que solicitó, **que se examinara íntegramente dicho material** (así lo recoge la sentencia recurrida y no desmiente el recurrente), y **b)** que, afirmada en la sentencia que no se ha discutido que las conversaciones mantenidas por los coacusados a lo largo de su relación y las que se constatan grabadas como extraídas del teléfono son "las mismas", el recurrente no cuestiona tal aserto.

Así pues, la relación entre el acceso judicialmente autorizado previo consentimiento del titular del derecho a la intimidad y la previa revelación de su existencia, es una relación natural, ya que no se habría decidido aquél de no preceder ésta. Pero es incuestionable que **el acceso judicialmente ordenado está revestido de todos los requisitos que reclama su licitud constitucional**. Y, por otra parte, la protesta que hace el recurrente sobre la fragmentariedad de lo aportado a la causa en relación con la totalidad de lo que obra en el soporte intervenido, no excluye en absoluto que la conversación transcrita y las imágenes grabadas sean fieles a la realidad. Y, siendo evidente que **de tales admisiones por el acusado de esa "mismidad" no cabe predicar infracción alguna en su producción procesal**, por lo que así ha de considerarse a los efectos de determinar la existencia de prueba al examinar el motivo que denuncia vulneración de la presunción de inocencia.

**SEGUNDO.- 1.** El segundo de los motivos pretende que se estime que en el procedimiento se han vulnerado dos derechos: el de tutela judicial y el derecho a un proceso con todas las garantías. Funda tal queja en lo que denomina ruptura de la "cadena de custodia" a consecuencia de las "vicisitudes" referidas al terminal telefónico desde el acceso al mismo y al volcado de su contenido.

Se refiere en concreto: **1º)** A que la esposa del recurrente tuvo en su poder el terminal seis días antes de formular la denuncia y en ese tiempo accedió al contenido de lo almacenado en el mismo y **2º)** a que la policía realizó una selección a su antojo que derivó en un fotomontaje de textos de conversaciones y fotos (remitidos en un DVD) y que pretende el recurso se excluya su utilización como prueba ya que la exclusión de otros contenidos (obrantes en el terminal telefónico) le priva de validez.

**2.** Cuando se invoca el **derecho a un proceso con todas las garantías** como refrendado por el artículo 24 de la Constitución ha de advertirse de que el mismo **no constitucionaliza cualquier previsión legal**, y menos meramente reglamentaria, sobre las actuaciones del procedimiento. Por ello quien alega aquel derecho debe señalar **cuál** es la garantía que tiene por vulnerada y **cuál** la sede constitucional de su refrendo. Y, concretamente, la medida en que de tal supuesta infracción deriva en **indefensión** de la parte justificando tal reproche.

Por lo que concierne a la denominada "cadena de custodia" a la que alude el motivo resulta difícil comprender cuál sea la garantía vulnerada de presencia constitucionalmente exigible, al menos si no se identifican los "eslabones" desde el inicio hasta el término, . Y en qué medida ello supone indefensión que se acredite.

El motivo parece referirse a la posesión del soporte de conversaciones y grabaciones (terminal telefónico) por la denunciante desde que tomó el terminal hasta que lo entregó a la Guardia Civil. No se indica cuál era la norma constitucional que debía regir el *iter* de tal posesión. Ni siquiera la duración de la misma. Por otro lado, si esa más sugerente que expresa referencia a una eventual *manipulación* es el fundamento de una supuesta indefensión, resulta claro que tal eventualidad afectaría, en su caso a la credibilidad del medio pero no a su ilicitud y menos a su inconstitucionalidad.

En todo caso ya hemos dejado expuesto el aserto de la sentencia, no combatido, acerca de la *mismidad* entre el contenido que el teléfono soporta y la realidad de la que se extrae. Y que el recurrente no reprocha sino la fragmentariedad de la transcripción a las actuaciones, pero no la falsedad de lo transcrito. Si aquella alegada fragmentariedad no puede resultar desvirtuada por "contexto" alguno (lo omitido), es clara la irrelevancia de la queja a efectos de la validez del medio de prueba y de su efectividad para enervar la presunción de inocencia.

El motivo se rechaza.

**TERCERO.- 1.** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia en el motivo tercero la vulneración del artículo 24 de la Constitución alegando que carece de aval probatorio -quiere decir en la medida exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia- hechos declarados probados en relación con la realidad de *la práctica sexual sadomasoquista* entre los coacusados. Hace referencia a que las **expresiones sobre actos** que integran tal práctica no constatan la "realidad" que les atribuye la sentencia, sino que constituyen manifestación de mera "fantasía". Desde luego en todo lo que concierne a "servirse" de sus respectivos hijos. Niegan en cuanto a éstos cualquier acto de humillación o producción de dolor.

**2.** La misma garantía constitucional y por el mismo cauce procesal se invoca en el motivo sexto (subsidiariamente, para el caso de ser rechazada, como lo va a ser, la pretensión de nulidad de la declaración de la **menor** víctima) alegando ahora que el *testimonio de la niña es insuficiente* para enervar aquel derecho del



acusado. Y ello por tildarla de incoherente dada la nula conciencia en ella de estar siendo sometida a actos dañinos. Tanto más si no existen, dice el recurrente, datos objetivos de corroboración. Reprocha a la sentencia la interpretación del término "cosquillas" con el que la testigo alude a los actos atribuidos a su madre. Y que aquélla no relata tocamientos por ésta de zonas sexuales o erógenas. Ni que provocara la madre que la niña efectuara a ella ese tipo de tocamientos.

**3.1.** El recurso de casación no es el escenario para la actividad de reconstrucción del pasado en relación a los hechos imputados. En la casación no se practica prueba. La función de este recurso es determinar si la que se lleva a cabo en las resoluciones recurridas se acomoda a las exigencias de aquella garantía constitucional. En definitiva sí existen razones que legitimen lo imputado y la decisión.

La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

**3.2.** La **justificación de la conclusión probatoria** establecerá los datos de procedencia **externa** aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa **credibilidad y verosimilitud** no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

Como dijimos en nuestra STS nº 833/2017 de 18 de diciembre, cuando estamos ante una **prueba directa** -aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales- la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador.

Pero ello no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.

Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

**3.3.** La justificación **interna** de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión **coherente** que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una **certeza** que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de **objetiva**.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.



La certeza alcanzada puede, sin embargo, no excluir dudas, por lo demás consustanciales al conocimiento humano. Ciertamente las dudas pueden surgir por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar.

4. Estima vulnerada esa garantía el recurrente en la media que el relato fáctico de la sentencia no estaría avalado, según el recurrente, por medios de prueba que, desde la lógica y la experiencia, avalen lo que la sentencia afirma como presupuesto histórico de los tipos penales imputados.

No obstante, la pretensión carece de fundamento, desde luego en lo relativo a la garantía invocada de presunción de inocencia. Ésta, en efecto, hace referencia a los elementos fácticos del tipo penal. En este caso el recurrente viene condenado por un delito de pornografía y por otro de abuso sexual. El primero se imputa porque "entre los meses de noviembre de 2013 y octubre de 2014 el acusado.....le ordenaba (a la coacusada) en el curso de sus conversaciones telefónicas, que le remitiera fotografías de la **menor** (hija de ésta), desnuda, de su coño, de sus bragas, abierta de piernas ...fotografías de la niña, captadas por la madre y acusada aprovechando la cotidianeidad de la vida diaria y los momentos de intimidad de la **menor**, que remitía al móvil del acusado".

Como elementos de prueba de ese hecho refiere la sentencia que se hallaron hasta cuarenta y nueve imágenes de la **menor** en el teléfono móvil que usaba el acusado, marca Samsung IMEI NUM002 y número de línea NUM003 que la acusada le envió desde su teléfono móvil Samsung Galaxy S4 IMEI NUM004 con número de línea NUM005, durante el periodo indicado.

También advierte la sentencia que la remisión de tales imágenes se correspondía con conversaciones de WhatsApp y comentarios sobre las imágenes.

A tal elemento de prueba añade la sentencia en el Fundamento Jurídico Cuarto la valoración de la declaración de los acusados. Así reseña que el recurrente reconoció prácticas "más o menos reales" porque como personas que son "bajan a la realidad". O que la coacusada reconoció que "no era muy experta en fantasías".

Y concluye la sentencia que ficticios eran los nombres utilizados, de suerte que las expresiones utilizadas por los coacusados podrían ir referidas al "personaje" que -en el lenguaje de los coacusados- "representaría" como fantasía la hija. Ello no empece que cuando la sentencia afirma que aquéllos se sirvieron de la niña describa actos materialmente efectivos y reales, al menos, en cuanto a la obtención de fotografías y vídeos de la misma, cuya calificación como pornográficos examinaremos al examinar otros motivos del recurso.

Así pues, los medios probatorios utilizados. Documental fotográfico y vídeo gráfico junto a declaraciones de los acusados, se revelan como suficientes para dejar dolorosamente patente las acciones de los coacusados en cuanto al tipo penal que luego examinaremos correctamente calificado de pornografía.

5. Y también concluimos que el establecimiento de los antecedentes fácticos del delito de abuso sexual cuenta con material probatorio que es suficiente a los efectos de enervar la garantía de presunción de inocencia.

Justifica la sentencia su conclusión sobre ese componente histórico, antes que normativo, del tipo penal atendiendo a lo que considera como "relevante carga probatoria" (Fundamento Jurídico Quinto) constituida por la exploración de la **menor**. Tras rechazar la queja de que ésta se manifestara dirigida por la experta que auxilió en su interrogatorio, y con el aval de la inmediatez en la obtención de tal prueba por parte del juzgador de instancia, describe las expresiones de la niña, que unida al modo de su emisión, no dejaron lugar a dudas sobre la naturaleza de índole inequívocamente sexual de las interacciones madre-hija resumidas en la voz "cosquillas" que la niña usa por ser la que le suministró a su vocabulario la madre acusada, evidentemente alejadas de la neutralidad en lo sexual de la denotación al uso de tal término.



Pero es que el juzgador de instancia advierte de que su certeza se corrobora cuando examina las conversaciones entre los coacusados en las que aquél no observa que su contenido sea connotado en un contexto fantasioso sino por la indubitada realidad de su reflejo coherente en los contenidos de fotografías y vídeos intervenidos.

Compartimos también con el Tribunal de instancia el rechazo de una pretendida coartada, que desvincularía esas imágenes de los términos de las conversaciones intervenidas para reconducirlas como causa a la "coquetería" o "gusto" de la **menor**, en definitiva víctima. Bastaría para tal rechazo, incluso en la hiriente hipótesis de que la **menor** actuara bajo tales motivaciones, tener en cuenta que ello no es más que el fruto de la actitud de los coacusados, reflejando así el inmenso daño a la debida indemnidad que estaban llamados a garantizar y no destrozar en aras de su personal placer.

6. Ciertamente el elemento subjetivo de ambos tipos penales no puede establecerse sino dentro de la estricta observancia del canon que constituye el contenido de la presunción de inocencia garantizada constitucionalmente.

Pero, sin perjuicio de lo que diremos al examinar otros motivos del recurso (en relación con el supuesto alegado error), es evidente que los hechos que dejamos ratificados como probados acreditan *in se ipsa*, exentos de mayores exigencias justificadoras, que quienes los llevaron a cabo eran conscientes de los actos que les atribuimos y de su naturaleza sexual y, además, los ejecutaron con plena voluntad.

El recuso se entretiene, e incluso la sentencia da respuesta a ello, en la "motivación" de los autores. Se refieren a una modalidad de actividad sexual de la que incluso parecen empeñados en aportar toda una pericia sexológica al respecto para ilustrar a los juzgadores. Olvidan que los "motivos" del autor no constituyen, ni positiva ni negativamente, elementos del tipo fuera de los casos de especial inclusión en la configuración legal del tipo penal.

Aún más, y pese al entretenimiento de la sentencia sobre tal particular, en nada se requiere un afán de satisfacer deseos libidinosos, ni cualesquiera otros. El bien protegido es la indemnidad (ausencia de daño en su correcta formación) en el ámbito de lo sexual de la víctima, valor cuyo concurso se examinará desde la perspectiva de ésta y no desde las necesidades hedonistas o no del autor. Y desde la perspectiva de los valores asumidos en una sociedad democrática por la generalidad.

Es pues irrelevante la modalidad de placer que los sujetos buscaran con indisimulado egoísmo para su libido u otros afanes. E incluso lo plausible que pueda ello resultar en determinados contextos, científicos o meramente de aberrante vicio. Lo penalmente relevante es que, en lo axiológico, y concretamente en lo penalmente normativo, produzcan fuera de los sujetos autores inequívocas lesiones a los bienes jurídicos que la norma penal, reflejo de la voluntad democráticamente hegemónica, protege al tipificar la pornografía y el abuso sexual.

Ambos motivos se rechazan.

**CUARTO.- 1.** Ya por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal invoca, como documentos que demostrarían un error de valoración que se traduce en la necesidad de modificar el relato de hechos probados: **a)** Las conversaciones e imágenes del DVD entregado por la policía que sin embargo no se encuentran en su totalidad en la causa ya que a ésta se habría aportado sólo una caprichosa selección policial (de la funcionaria nº NUM006) mediante lo que denomina "corta-pega"; **b)** los informes periciales emitidos por psicólogos de CIASI y otros de los que colige el recurrente que no cabe plantear la existencia de sintomatología directamente relacionada con los hechos.

**2.** La total integridad, o no, de la documentación aportada en relación con el total obtenido y soportado por los elementos de la investigación policial (DVD o de otro tipo), no es dato determinante de la credibilidad para fundar la conclusión sobre la actividad pornográfica o de abuso sexual. Al menos de no añadirse por quien la cuestiona argumentos que autoricen a sospechar que en lo omitido consta algún componente que justificaría una duda razonable sobre la realidad, o al menos, sobre el sentido del material en el que efectivamente funda su decisión la resolución impugnada.

El motivo ni siquiera esgrime un principio de prueba al respecto. Por lo que el documento omitido no reúne los requisitos que requiere el cauce procesal del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Primero porque el tal documento (el omitido) ni siquiera es de contenido descrito. Y, además, porque, precisamente por ello, no cabe afirmar que contradiga el documento, o parte del documento, sí valorado. Y, en fin, porque el citado artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige también que el documento al efecto invocado no resulte de sentido contrapuesto a cualquier otro medio de prueba tomado en consideración por el juzgador. Y tal contradicción, no sólo no es excluida por el motivo, sino antes bien afirmada, por más que como mera hipótesis.





Por ello el motivo no debió ser admitido por falta de requisitos procesales. Y en este momento solamente cabe su total rechazo.

**3.** En cuanto a los informes periciales sabido es que su invocación al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que sean únicos o varios contestes y se acredite que el juzgador se aparta de su contenido de manera arbitraria.

El efecto sobre la formación de la niña en la configuración de su personalidad que tienen actos como los descritos no exige una pericia que lo acredite como si de una patología psiquiátrica o psicológica se tratase: Corresponde a la cultura de general asunción en contextos axiológicos generalmente asumidos que tales comportamientos implican una verdadera contra-formación cultural indubitadamente dañina, con o sin patologías tales que requieran pericia científica. En tal ámbito esa pericia deja de ser el instrumento auxiliar que para la pericia judicial se requiere.

Por ello tampoco los citados informes, sin necesidad de entrar a su examen, constituyen el documento que autoriza a acudir al cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**QUINTO.- 1.** El quinto de los motivos denuncia una pretendida nulidad de la "prueba preconstituida" consistente en "exploración de la **menor**" respecto de la cual estima la vulneración de los artículos 18 y 24 de la Constitución. La vulneración derivaría de la no advertencia a su progenitor de la dispensa que le otorga el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, añade, de tal suerte esa declaración no habría sido obtenida con observancia de "todas las garantías". Añade que, de estimarse conflicto de intereses entre la madre y la testigo, aquél no existiría respecto del padre de la víctima, (D. Eugenio ) cuya aquiescencia informada sería requisito de validez de la declaración de la **menor**.

**2.** La sentencia de instancia recuerda que la prueba de la exploración de la **menor** no se practicó en el plenario. No se propuso siquiera. Solo se visionó, al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 Ley de Enjuiciamiento Criminal, la grabación efectuada en la instrucción. Y que, al tiempo de esa exploración en tal fase del procedimiento, ninguno de los presentes, ni siquiera los letrados de los investigados, tuvieron nada que decir respecto a la dispensa legal cuya ausencia se critica ahora por el actual letrado defensor, sin que pueda resultar eficaz cuando se efectúa "a posteriori". Recuerda que, además de los respectivos defensores, estaban presentes tanto el representante del Ministerio Fiscal en cumplimiento de sus funciones de garantizar el principio de legalidad y de asegurar la protección de los **menores**, así como el propio progenitor de la **menor**.

Con independencia de que el conflicto de intereses entre la investigada y su hija-víctima deslegitimara a aquélla para **impedir** el hecho de la exploración, o, mejor, hacer uso del derecho de la **menor** a **exonerarse** de la obligación de deponer, es lo cierto que, examinadas las actuaciones al amparo del artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no podemos sino advertir de que, al folio 552 existe escrito de la representación procesal de la madre acusada, suscrito por su defensa letrada, en la que, lejos de oponerse a la exploración de la **menor**, respecto de la cual solamente interesa no tenga valor de prueba preconstituida, acaba solicitando que sea practicada la exploración de la **menor**. De suerte que lo que denomina recurso de apelación contra la decisión del instructor para con notorio error ante el Juzgado de lo Penal, se limita a discutir dicha naturaleza de prueba preconstituida.

Por ello, no resulta necesario examinar otras consideraciones abundantemente expuestas en la sentencia recurrida (presencia del padre no acusado, entre ellas, para negarle derecho a hacer uso del derecho de exención de la obligación de declarar; o la relevancia del bien protegido para aquilatar el alcance de ese derecho en un **menor**, y la necesidad de valorarlo como algo ajeno a los derechos del acusado a un proceso debido y justo) o a las expuestas por la defensa (necesidad de previa formal declaración de contradicción de intereses entre quien ostenta la patria potestad de la **menor**). Porque lo que resulta inequívoco es que la madre a través de su representación procesal no solamente no invocó el derecho a la exención de la obligación de declarar de su hija, sino que expresamente solicitó tal declaración. Y ésta, obvio es decirlo, no puede ser entendida "secundum eventum" sino eficaz cualquiera que sea el ulterior resultado de la declaración.

Basta pues ello para rechazar el motivo.

**SEXTO.- 1.** En el motivo séptimo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuestiona la corrección de la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de **corrupción de menores** del artículo 189.1 y 3,f) del Código Penal. Estima que lo fotografiado o grabado (49 imágenes) son meros desnudos que no merecen su valoración como "pornográficos". Excluye tal calificación jurídica en la medida que la declaración de hechos probados menciona las imágenes, pero "no se transcribe ni una sola conversación en referencia a alguna de dichas imágenes". Aquellas imágenes, en conjunto o individualmente consideradas, no pueden tenerse por pornográficas según el recurrente ya que no se enmarcan, en la sentencia, en un contexto lascivo ni merecen tal tipificación con arreglo a los usos sociales.





También protesta la que estima ambigüedad del discurso de la sentencia que no precisa que fotografías efectuó la madre acusada y cuales el padre de la niña y pareja de aquélla.

O finalmente advierte de que la sentencia no proclama probado que la **menor** se viera afectada en su indemnidad sexual.

2. El concepto de material pornográfico se utiliza ya en el artículo 186 que precede al aquí utilizado para calificar la conducta de los acusados. Allí bajo la rúbrica de delitos de exhibicionismo y **provocación sexual**, cuyo rótulo ha de atenderse para delimitar el alcance del concepto típico de pornografía. Y de modo que no lleve a una determinación típica diversa que la rúbrica en el artículo 189 haga referencia a la prostitución y **corrupción de menores** (desde la reforma de 2015 también de explotación sexual).

Otra acotación, para definir ese **material** a los efectos de la tipicidad del artículo 189 del Código Penal -en su redacción vigente al tiempo de los hechos, es que el mismo venga **referido ameneros** (o incapaces).

Desde luego en el concepto de material cabe incluir sin discusión las representaciones gráficas a medio de **fotografías o vídeos**.

El material debe merecer la consideración de lúbrico o libidinoso y, como tal, **dirigido a la funcionalidad** de "excitar" sexualmente. Tal **componente subjetivo** deberá entenderse neutralizado o excluido si cabe estimar prevalente otro que **permita** atribuirle, conforme a **valoraciones o estándares sociales generalmente admitidas o dominantes**, una finalidad y adecuación a pautas artísticas, científicas o pedagógicas. Este elemento subjetivo obstaría a la valoración del comportamiento como antijurídico, y típico. Se trata así de buscar, en la medida de lo posible, una **reducción** de los espacios de subjetividad que impliquen equivocidad en la descripción obligadamente indeterminada del tipo penal. Lo que por otra parte supone el abandono de ejemplificaciones como las que llevan a exigir que lo fotografiado, grabado o, si se quiere, escrito, tenga que suponer representación de actividades sexuales o que incluyan concretamente los genitales, criterios que provienen, entre otros instrumentos internacionales, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (Instrumento ratificado por España, BOE 31 de enero de 2002) que incluía como material pornográfico: "toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales". Ideas que se reiteran, en el derecho de la Unión Europea, en la Decisión marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (2004/68/JAI) dentro de la que se tipifica como material pornográfico el que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño. Y se reitera en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 que define tal material como aquel que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

Tales criterios, desde luego, permiten más fácilmente convenir con tal calificación de pornografía. Pero no cabe reducir el concepto a tales supuestos. Constituyen mínimos de tipificación asumida como obligación por los Estados signatarios. Pero no los únicos.

Como hemos dicho en las resoluciones de esta Sala "... la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de **provocación** sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la **realidad social**, como impone el artículo 3.1 del Código Civil" ( STS de 20 de septiembre de 2006, énfasis añadido).

La norma aplicada en la sentencia de instancia remite al artículo 189.1 a) y 3 f) tal como quedó redactado por la reforma impuesta en la Ley Orgánica 5/2010 del Código Penal. Ya la redacción de tal norma no exige en absoluto el reduccionismo a mínimos antes aludido. Cabe ahí, por el contrario, lo que la sentencia describe tanto en el texto expreso como en los materiales a los que remite: un total de 49 imágenes.

Respecto de las mismas compartimos el criterio del Tribunal de la instancia. La valoración que éste hace satisface aquellas pautas a que hemos hecho referencia más arriba. Más, si cabe, desde la contextualización de esas representaciones gráficas reales con los textos de las conversaciones intervenidas. Y es que, sean éstas apegadas a la realidad que describen o sean creación fantasiosa de los que las emiten, hace que las imágenes connoten una finalidad que ya por sí mismas sugieren, y de cuya naturaleza sexual no cabe dudar. Así como de su ubicación extramuros de la más laxa de las referencias éticas. Y a las que la indicación de incluibles



en el ámbito del cariño familiar o materno solamente se entendería desde una posición de desesperada defensa procesal o desde una total carencia de elementales escrúpulos.

La calificación de tales fotografías como material pornográfico no se desvirtúa por los argumentos añadidos en el motivo. Ni la sentencia es equívoca ni la identificación de quien obtiene las representaciones gráficas le priva de tal carácter, sin perjuicio de lo que se dirá en cuanto a la autoría al examinar otro motivo del recurso. Y cuestionar que de toda la actividad imputada a los coacusados no deriva daño para la educación sexual de la **menor** es tan inaceptable como ignorar su inherencia a aquella actividad recaída directamente de manera real sobre la **menor** que la sentencia describe.

Este motivo se rechaza.

**SÉPTIMO.- 1.** En el motivo noveno (no numera ninguno como octavo) denuncia otra infracción legal al amparo del mismo artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar que el delito de **corrupción de menores** no debió considerarse como continuado a los efectos del artículo 74 del Código Penal que habría sido por ello vulnerando.

Afirma el recurrente que la pluralidad de vídeos en cuanto referidos a una sola **menor**, integran un delito único.

Como ya advirtiera la Consulta 3/06 de la Fiscalía General del Estado: "sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil" cabría incluso concluir que en el tipo de utilización de **menores** para elaboración de material pornográfico (art. 189.1 a), en tanto la conducta incide sobre **menores** directamente, y en cuanto ello supone un ataque a bienes personalísimos, y en un primer plano a la indemnidad sexual de los mismos, hemos de concluir que necesariamente habrán de apreciarse **tantos delitos cuantos menores** fueren afectados, que entrarían en régimen de concurso real.

Obviamente en el caso ahora juzgado no cabría imponer tal solución porque agravaría la responsabilidad penal del recurrente lo que resulta contrario a la prohibición de la reforma a peor para el recurrente.

Además, como la misma FGE concluye en la citada consulta: Debe recordarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del **delito continuado** a delitos contra la libertad sexual ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden **sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes** (vid. SSTS nº 1043/2005, de 20 de septiembre, nº 28/2006 de 18 de enero, nº 275/2001 de 23 de febrero, nº 190/1998 de 16 de febrero, nº 784/1998 de 25 de mayo y nº 95/1999 de 26 de enero).

Así, añadimos ahora, hemos dicho en la STS nº 803/2010, de 30-9), en un caso del subtipo agravado del art. 189-3 b, que **no se exige que sean varias las grabaciones**, bastando una sola grabación para su aplicación (de la agravación) "de modo que **cuando serepitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo**, concurriendo los requisitos del artículo 74 del Código Penal no existen obstáculos para que los hechos puedan calificarse y valorarse a través del expediente del delito continuado". (doctrina recogida y reiterada en nuestra STS núm. 264/2012 de 3 abril).

El motivo se rechaza.

**OCTAVO.-** El motivo décimo estima que también se incurre en vulneración de precepto legal por no ser aplicado el artículo 189.2 del Código Penal en vez del 189.1 del mismo

Nada argumenta que sustenta esa pretensión que el motivo se limita a enunciar. Es evidente que el hecho que se enuncia como probado no parte de la mera tenencia del material intervenido. Afirma que los acusados participaron en su elaboración mediante la **utilización** de la **menor**.

El motivo se rechaza.

**NOVENO.- 1.** El motivo duodécimo, que examinamos con preferencia al undécimo, dada la trascendencia de su eventual estimación, objeta la incorrección de tramitación derivada de la no observancia del requisito de procedibilidad del artículo 191 del Código Penal constituido por la exigencia de denuncia para la persecución del delito de abusos sexuales.

**2.** Basta la lectura del folio 471 de las actuaciones al que acudimos al amparo de la habilitación que nos proporciona el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para observar como en el acto que allí se documenta -tan pronto fue habida la imputada- por el Ministerio Fiscal se interesó la prisión provisional de la imputada. Obviamente es difícil idear forma de pretensión persecutoria más contundente. Por lo que el presupuesto del artículo 191 del Código Penal resulta observado.

Por otra parte, cuando el legitimado para activar ese presupuesto de procedibilidad interviene ya iniciado el procedimiento, aquél debe tenerse por satisfecho: Como venimos de precisar en nuestra STS nº 340/2018 de 6



de julio: Si la *notitia criminis* llegó por otra vía, no se cancela la posibilidad de persecución cuando el perjudicado toma conocimiento de la apertura del proceso penal y comparece en el mismo afirmando su conformidad con la sanción de esos hechos; conformidad que adquiere el rango de deseo y solicitud cuando quien estaba legitimado para denunciar ejercita la acusación. La vertiente de puesta en conocimiento del órgano judicial de la *notitia criminis* se desvanece: es innecesaria esa información pues ya se cuenta con ella. Pero se subsana el otro componente de la denuncia en estos delitos semipúblicos o semiprivados: la constancia de que el perjudicado muestra su consentimiento con el seguimiento del proceso penal, exteriorizando su voluntad de que se tenga por cumplimentado tal requisito que depende de él. En esos casos no es necesaria una denuncia formal ( STS 694/2003, de 20 de junio). **Una sola de las acusaciones -pública o particular- era suficiente para entender subsanada la ausencia de denuncia.**

El motivo se rechaza.

**DÉCIMO.- 1.** El motivo undécimo, por el cauce habilitante del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también protesta por lo que estima infracción del 183.1 y 4 d) del Código Penal ya que de los hechos probados no derivaría la perpetración del delito de abusos sexuales del que, afirma, no concurre ni el elemento objetivo ni el subjetivo. En cuanto al primero porque el relato de lo probado recoge que el recurrente requirió a la coacusada para juegos y tocamientos a la niña, pero no afirma que aquélla los ejecutara. Y tampoco existen ni vídeo ni fotografías que reflejen escenas de tales abusos. Ni, por otra parte, recoge la sentencia la existencia de afectación de la niña en su indemnidad sexual. Y, en lo subjetivo, no se proclama la existencia de "ánimo libidinoso o propósito de obtener satisfacción sexual".

**2.** La vía procesal elegida para la protesta autoriza solamente a discutir si los hechos declarados probados, que deben ser intangiblemente mantenidos, deben dar lugar a las consecuencias jurídicas que se le atribuyen en la sentencia recurrida, de suerte que la única vulneración denunciada ha de ser la referida a un precepto penal y ello en cuanto a la calificación que los hechos merecen para justificar la consecuencia jurídica refutada en el recurso.

Consciente el recurrente de las líneas del debate así autorizado, alega que de tal relato de hechos -tal como son declarados- no derivan los elementos del tipo penal de abuso sexual. Porque aquel relato afirma que la madre de la víctima fue *requerida* por el coacusado para juegos y manipulaciones con la niña pero *no proclama* que tales actos *tuvieran lugar efectivamente*. O que la madre *alentaba* para tales actos a la **menor**, pero no que efectivamente ésta los ejecutara. O que, aunque se recoge que el coacusado *reclamaba* fotografías y vídeos, en el sentido de que los obtuviera y los enviara, no consta que los hechos y remitidos captaran actos de la madre ejecutando las prácticas sexuales con su hija. Todo el material al que la sentencia remite como ocupado da cuenta de la imagen de la niña sola. No de tales actividades abusivas.

Menos aún se añade en el relato de la sentencia la existencia de afectación alguna de la indemnidad de la **menor**.

La lectura del apartado de hechos probados recoge, sin embargo, sobre la hija de la acusada, y por la facilidad que derivaba de la relación materno-filial de ambas, que los acusados *desarrollaron los protocolos que exigía la relación sadomasoquista*.

Y que el requerimiento que el recurrente hacía a la madre de la niña incluía la remisión de *fotografías de la menor, desnuda, de su coño, de sus bragas, abierta de piernas, precisando a continuación que las mismas eran captadas (es decir efectivamente hechas) y que las remitía al móvil del acusado*. Es decir, contra lo dicho en el recurso, aquellos requerimientos se cumplieron con efectiva realidad.

De conformidad con el artículo 81 del Código Penal el abuso sexual consiste en los **actos que atenten contra** la libertad o indemnidad sexual de otra persona, de modo que, cuando esa otra persona es un **menor de trece años** (la víctima de estos hechos tenía menos de trece años), bastará que se afecte su **indemnidad sexual** constituyendo el tipo penal del artículo 183 del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 vigente al tiempo de los hechos.

El tipo penal ni siquiera requiere que el daño que castiga se haya materializado en concretos resultados. Basta que los actos atenten al respecto. Es decir, basta que constituyan un efectivo riesgo de tal daño. Tampoco exige el tipo penal que el autor lleve a cabo actos materiales directamente sobre el cuerpo de la víctima.

Pues bien lograr que la **menor**, sin capacidad *iuris et de iure* para consentir válidamente, lleve a cabo el mero sometimiento a la facilitación de que se captaran las imágenes, adoptando las posturas que allí se observan, en las fotografías enviadas por la coacusada al recurrente, implica de por sí, no solamente un riesgo, sino una efectiva influencia en la adopción de patrones sobre la sexualidad impropios de una **menor**, dañado por ello en la correcta integración de su personalidad en ese aspecto de la sexualidad indeseables desde la perspectiva de criterios generalmente aceptados como deseables por la mayoría desde una perspectiva ética.



O, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, -ratificada por la STS nº 445/208 de 9 de octubre- para la apreciación del daño moral **no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas** (así STS 744/1998, de 18 de septiembre; siendo que es **valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad** ( STS 1490/2005, de 12 de diciembre).

En cuanto al elemento subjetivo del tipo bastará la consciencia de la trascendencia de los actos respecto al bien jurídico de la indemnidad sexual y la voluntad de llevar a cabo aquellos. Este tipo penal pues no requiere en modo alguno, ni explícita ni implícitamente, un elemento subjetivo del tipo constituido por el móvil sexual, libidinoso o lúbrico, del autor, más allá del significado sexual que el acto ha de tener objetivamente.

Como recordábamos en nuestra STS nº 737/2014 de 18 de noviembre: *El tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencia consistente en el llamado ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En esos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquél ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente.*

Por todo ello el motivo se rechaza.

**DECIMOPRIMERO.- 1.** El motivo decimotercero señala como otra vulneración de precepto penal material la del artículo 21.6 del Código Penal por no considerar aplicable en la sentencia la atenuante de dilaciones indebidas. Enuncia al respecto diversos hitos del procedimiento con indicación de la data de ocurrencia. E indica al respecto dos paralizaciones de un año cada una por "causas no imputables a los acusados".

**2.** La sentencia de instancia ya había dado respuesta a esta queja: Incoadas las oportunas Diligencias Previas en octubre de 2014, en mayo de 2015 se dicta Auto de transformación del procedimiento en Abreviado. La acusación particular, en julio de 2015, presenta su escrito de calificación, y efectivamente, hasta abril de 2016, no se presenta el de la Acusación Fiscal. Pero no existe paralización, entretanto; lo que se constata con la simple vista y la lectura de los folios 908 a 1.073, siendo constante la unión de diligencias y resoluciones trascendentes para la causa.

En nuestra STS nº 83/2018 de 15 de febrero, recordábamos que la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas es un tema de legalidad; y no de vulneración del derecho fundamental (derecho al plazo razonable) con el que está relacionada ( *STC 142/2012, de 2 de julio* , *STC nº 78/2013 de 18 de abril* y *STS 126/2014 de 21 de febrero* ).

Entre las diferencias de ambos tratamientos del factor tiempo no cabe olvidar que el derecho constitucional alcanza a todas las partes mientras que la atenuante es un derecho exclusivo del acusado.

Después de promulgarse la actual redacción del *artículo 21.6 del Código Penal en el año 2010* , la Jurisprudencia ha tratado de definir el alcance de los presupuestos típicos de dilación extraordinaria de la tramitación del procedimiento y del carácter indebido de la misma, así como ausencia de atribuibilidad al inculpado y relación con la complejidad de la causa.

**a)** La calificación de **extraordinario** del retraso se configura de naturaleza totalmente empírica y como algo de lo que no cabe un concepto meramente normativo que implique atenuante para toda duración meramente diversa de la duración legalmente prevista para cada trámite ( *SSTS nº 199/2012 de 15 de marzo* , *nº 1158/10 de 16 de diciembre* ). En este particular ya puede observarse una cierta diversidad de consecuencias por la diversidad de fundamento entre el derecho constitucional y la atenuante. Así en la *STS 990/2013 de 30 de diciembre* decíamos que: Ciertamente una tal interpretación puede suponer un cierto reduccionismo sobre interpretaciones más acordes a la dimensión constitucional de la garantía o de la establecida en textos internacionales como al Convención europea sobre derechos. Desde esa perspectiva la concurrencia de deficiencias estructurales que expliquen las tardanzas no alcanza a justificar el incumplimiento estatal de dispensar tutela judicial en plazo razonable.

Pero quizás no sea indiferente que, cuando la reparación exigible por razón de la dilación sea la disminución de la pena imponible, las exigencias vayan más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.





b) En cuanto a la exigencia típica de que la dilación sea **indebida** dijimos en la citada STS 990/2013 que: debe entenderse en el sentido de **injusto o ilícito**. Es decir, no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así será indebida si resulta desproporcionada para la *complejidad* de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos, quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo. La falta de justificación no debe considerarse como correlato ineludible con eventuales responsabilidades profesionales de los sujetos del procedimiento. Como tampoco cabe excluir la nota de indebida por la mera alusión a deficiencias estructurales de la organización del servicio judicial.

c) De manera muy concreta, entre esas circunstancias deberá valorarse cual ha sido, no solo el comportamiento del poder jurisdiccional, sino el comportamiento del propio acusado en relación con la causa de las dilaciones.

d) Se ha discutido si existe la **carga procesal de denunciar** la demora en la tramitación al tiempo de incurrir el procedimiento en aquélla. El Tribunal Constitucional remite a la jurisdicción ordinaria la decisión al respecto ( STC 78/2013 ) pero, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, proclama que la exclusión de la atenuante bajo la argumentación de **exigencia** de esa carga **no puede calificarse de arbitraria**, siquiera lo debatido fuera en esa ocasión el carácter muy cualificado de la atenuante, que había sido desechado.

e) Procesalmente es carga del que pretende la atenuante **al menos**, señalar los períodos de paralización, **justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos** y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada, siquiera en ocasiones concretas se haya huido de un rigor formalista en esta exigencia ( STS 126/2014 de 21 de febrero ).

La sentencia de instancia ya indicó que en entre los hitos que el recurrente tilda alejados excesivamente en el tiempo la actividad procesal no estuvo paralizada. Y el propio recurrente admite el retraso en presentar los escritos de defensa desde la fecha de apertura del juicio oral, siquiera indica al tiempo que ello se debió a la tardanza en disponer de documentos, sin que argumente en que medida esa entrega era inexcusable para formalizar los tales escritos.

Por todo ello estimamos no justificada la queja y la pretensión de derogar en el caso la medida de la pena que corresponde.

El motivo se rechaza.

**DECIMOSEGUNDO.- 1.** Una nueva infracción legal la denuncia en el motivo decimocuarto en referencia a la atenuante de reparación que la sentencia no estima y el recurrente alega que es aplicable en virtud del ingreso de 25.000 euros efectuado en la cuenta del juzgado "antes de finalizar la vista oral" pero durante la misma.

La protesta se funda en que la sentencia excluyó la atenuante con fundamento en la exigencia de un animus contrario al tenido a la comisión del delito que la ley no requiere.

Sentencia nº 644/2014 de 7 de octubre.

El *fundamento de la atenuante*, como perspectiva de inteligencia de la norma del artículo 21.5 del Código Penal ha sido objeto de reiterado análisis por este Tribunal Supremo.

Ampliamente en la sentencia núm. 809/2007 de 11 octubre. Se recuerda que el *Código Penal anterior al de 1995* regulaba la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos dentro del *arrepentimiento* espontáneo, y en el actual se configura como una **atenuante autónoma de carácter objetivo** fundada en razones de política criminal. Le son ajenos los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Por más que se pretenda poner énfasis en la relevancia de que el sujeto lleve a cabo un "actus contrarius" que para algunos comportaría que el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida, lo esencial es la "protección objetiva de la víctima", que hace ineludible que el responsable lleve a cabo una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal.

Como se recuerda en la jurisprudencia citada en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 78/2009 de 11 febrero, resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues





la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

En la STS 988/2013, de 23 de diciembre, recordábamos nuevamente el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un "actus contrarius" mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril).

Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por **facilitar la protección de la víctima**, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso.

En la sentencia núm. 57/2014 de 22 enero, reiterando a doctrina de la citada nº 78/2009, insistíamos en que debe prevalecer el carácter objetivo de la atenuante en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS 809/2007 de 11 de octubre:

- a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.
- b) Todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una **menor** culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.
- c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.
- d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Ahora bien, esa misma finalidad de política criminal y fundamento de la atenuante requiere el cumplimiento de requisitos impuestos como consecuencia de esa configuración introducida por el Código Penal de 1995: el requisito cronológico excluye de los beneficios de la reparación a quienes la demoran más allá del dato cronológico: que la reparación se lleve a cabo **antes de la celebración del juicio oral**. Y además que el acto sea efectivamente reparador y no meramente dirigido a conjurar la aplicación de medidas cautelares orientadas al mismo fin reparador. Por ello cuando lo que se hace es consignar aquello que se le venía exigiendo como fianza, evitando de esa manera actuaciones como el embargo, no lleva a cabo un acto contrario ni todavía reparador, porque esa entrega no se hace a la víctima, respecto de la cual no se extingue aún deuda alguna, si no al Juzgado en **beneficio del depositante** que busca conjurar el riesgo de embargo y **condicionando** la efectiva reparación a una previa sentencia condenatoria.

Como dijimos en nuestra STS nº 222/2010 de 4 de marzo: "el legislador requiere para minorar la pena el dato objetivo de que el penado haya procedido a reparar el daño o a disminuir los efectos del delito. El tiempo verbal empleado por el legislador excluye toda promesa o garantía de hacerlo en el futuro. Tanto más cuanto que exige que, en todo caso, ello debe haber ocurrido con anterioridad a la celebración del juicio.

La oferta, para reparar, de los bienes que el penado tenía embargados en la pieza de responsabilidad civil fue considerada como insuficiente en cualquier medida para atenuar la pena en nuestra Sentencia núm. 529/ 2006 de 3 abril . Ni siquiera la efectiva consignación limitado, a efectos de evitar la traba en garantía de responsabilidad civil tiene trascendencia para atenuar. Así lo dijimos en la Sentencia de este Tribunal nº 335/2005 de 15 de marzo : Una cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral".

El motivo se rechaza.

**DECIMOTERCERO.- 1.** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia, en el motivo decimoquinto, también la infracción del artículo 14 del Código Penal, aunque no lo cite, por considerar que el acusado estaba incurso en un error de tipo en la medida que no valoraba como "pornográfico" el material a que se refiere el hecho probado. Califica tal error como error de tipo y, en consecuencia, excluiría la aplicación del que sanciona la pornografía respecto del cual no cabe la modalidad imprudente.

Añade que la sentencia, al no entenderlo así, incurre en vulneración también del artículo 24.2 de la Constitución que garantiza la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías.



2. Se pretende así que se modifique el hecho probado incluyendo en el mismo un componente del elemento subjetivo que en aquél no se proclama, lo que está vetado en el cauce casacional del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El motivo no discute ahora la condición de pornográfico de lo fotografiado o grabado. Lo que se alega es que los acusados *ignoraban* la aplicación de tal valoración. En realidad de lo que se trataría no sería de una ignorancia o error, sino de una *opinión valorativa diversa* de la que la generalidad atribuye a tales documentos. Y ello difiere ya de la hipótesis de error.

Y, en todo caso, no podemos compartir que los acusados no compartieran con la generalidad aquella descalificación ética de dicho material. Por más que éste fuera muy funcional a sus personales apetencias de peculiar disfrute en lo sexual.

Inexistente prueba alguna del error alegado, el motivo ha de rechazarse por infundado.

**DECIMOCUARTO.- 1.** En los motivos decimosexto, decimoséptimo y decimoctavo denuncia por el cauce del artículo 850 números 1, 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sendas infracciones que constituirían quebrantamiento de forma.

Se refieren los motivos respectivamente a:

1º.- Informes periciales de una persona al parecer "especialista en BDSM" de cuya comunidad, dice el recurrente, forma parte siendo activista y de un psicólogo experto en sexología con relevantes titulaciones académicas, prueba que tenía por objeto "contextualizar la relación y evitar una lectura desinformada sobre hechos desconocidos (sic) por el Tribunal" en cuyos miembros el recurrente cree haber detectado un "escándalo evidente" (sic) que esa prueba habría evitado.

2º.- Inadmisión por el Tribunal de preguntas a la testigo policial nº NUM006 sobre **otras** "imágenes y conversaciones encontradas" por la testigo en el teléfono móvil del acusado.

3º.- Inadmisión de preguntas durante el interrogatorio de los acusados que trataban de "subsana la inadmisión de la prueba pericial....por la que se trataba de esclarecer la naturaleza de la relación BDSM de los acusados".

2. Daremos respuesta conjunta a los tres motivos dado que todos ellos parten de una imagen distorsionada que la parte proponente tiene del objeto del proceso en este caso.

La desinhibida belicosidad literaria del discurso de la defensa refleja una irritación, al tiempo que escasa consideración hacia el Tribunal de instancia, que es, en efecto, fruto de su respetable convicción acerca de la relevancia de una perspectiva en la valoración de los hechos que, sin embargo, es harto errónea.

Ciertamente los acusados pueden haber optado por llevar a cabo de manera libremente consensuada las prácticas eróticas, fantasiosas o no, que estimen oportunas. Incluyendo lo que aquellas siglas pretende definir a modo de acróstico (*bondage*, disciplina, dominación, sumisión, sadismo y masoquismo). No resulta necesario, ni siquiera útil, a los fines de este proceso examinar lo así definido. Ni desde la perspectiva científica, ni desde la ética. El objeto de este proceso es constatar si los acusados han ejecutado acciones en las que concurren los elementos típicos -objetivos y subjetivos- del delito de pornografía y del delito de abusos sexuales. Causaran o no placer sexual a los acusados y ello porque lo relevante es que aquellas acciones penalmente típicas lo son en la medida que conciernen a la persona titular del bien jurídico que sendos tipos penales protegen: la niña víctima en su indemnidad sexual. Tal persona y bienes no entran en modo alguno en el ámbito de discrecional determinación de los acusados en procura de sus placeres sexuales.

Y ya hemos venido exponiendo en las respuestas a los anteriores motivos que las acciones imputadas a los acusados son objetivamente por sí solas calificables penalmente como lo han sido en la sentencia recurrida. Y eso con absoluta y tajante indiferencia respecto del contexto en que las sitúa el discurso de la sentencia, más orientado a fundar convicciones probatorias que a hacer valoraciones éticas o jurídicas de aquéllas, y con igual indiferencia respecto de las aportaciones que pudieran aportar los denegados informes periciales, los contenidos de fotografías o vídeos diferentes de los tomados en consideración por la sentencia respecto de los cuales se pretendía interrogar a la policía testigo o, en fin, a los mismos acusados.

Lo que acarrea una conclusión: los medios probatorios añorados en el recurso, en los tres citados motivos, ni eran pertinentes dada su ajenidad al objeto del proceso ni, desde luego, aportaban utilidad alguna para decidir sobre la imputación a los acusados. Lo que deja injustificada la tacha del recurso considerándose inexistente el quebrantamiento de forma que denuncia.

Por ello el motivo se rechaza.



**DECIMOQUINTO.**- El motivo decimonoveno se limita a formular una queja en referencia a la individualización de la pena so pretexto de que su determinación en la sentencia no refleja una exigible motivación conculcándose así la obligación del artículo 120 de la Constitución.

Con independencia de que no es de recibo el afán en redimensionar cualquier queja con tintes de relevancia constitucional, es lo cierto que tampoco cabe ni siquiera tener por infringido en el ámbito de la mera legalidad ordinaria, lo que dispone el artículo 66.6 del Código Penal.

La sentencia impone una pena al recurrente que se sitúa en la mitad superior de la posible sin alcanzar el máximo, y ello por ambos delitos. Aquélla es la pena que corresponde ya que la continuidad exige imponer la pena en la mitad superior de la que procedía y ésta en el caso del acusado recurrente era la de prisión de 5 a 9 años, de suerte que la de 7 años por el delito de pornografía era la mínima imponible y de 2 a 6 años por el delito de abuso sexual, por lo que la pena de 5 años rebasa solo en un año la mínima a imponer. La proporcionalidad con la gravedad de los hechos es obvia.

**DECIMOSEXTO.**- El vigésimo motivo denuncia la imposición al penado de la obligación de satisfacer en concepto de costas las causadas por la acusación particular que ejercitó D<sup>a</sup> María Rosario . Alega que ésta actuó como personada en nombre de sus hijos, al considerar que los acusados habían cometido contra los mismos un delito de abusos sexuales, en grado de tentativa, por ello formuló la acusación, que igualmente sostuvo en la vista oral. Igualmente acusaba a los acusados por otros hechos de los que era ajena la perjudicada.

La sentencia rechazó la acusación del delito referido a los hijos de quien ejercita la acusación particular, absolviendo a los acusados de tal pretensión.

La sentencia, antes de responder a la solicitud de aclaración nada dijo para justificar la imposición de las costas de la acusación particular que no fuera la mera reiteración del artículo 123 del Código Penal. Y en el auto de aclaración de fecha 22 de diciembre de 2017 tras añadir la procedencia de incluir la decisión absolutoria respecto del delito que tenía como posibles víctimas a los hijos de la que ejercita la acusación particular, se añade como fundamento de la subsistencia de inclusión de las costas de ésta a cargo de los penados que: "la condena por sendos delitos recogida en la sentencia (es decir la que tenía por víctima a la hija de la penada), contra los dos acusados, justifica sobradamente la imposición íntegra de las costas procesales causadas a instancia de la acusación particular".

Pues bien, quizás exista una ignorada razón para tal justificación que sea sobrada. Pero lo que desde luego no sobraría, sino que está estrepitosamente ausente es la debida explicación de tal justificación.

Y mal podría construirse ésta. Porque dicha acusación cabe denominarla particular en la medida que resulta fundada en el perjuicio derivado del delito para quien la ejercita. Y, además, siempre que la acusación dé lugar a la condena a la que el artículo 123 del Código Penal anuda la obligación del pago. Condena que aquí no se impuso.

Ciertamente sí recayó sentencia por otros dos delitos. Pero respecto de éstos, de admitirse la legitimación de la acusación por D<sup>a</sup>. María Rosario , habría de ser como acusadora popular no particular. Y al respecto hemos dicho, entre otras en nuestra STS nº 846/2010 de 27 de octubre que *de conformidad con la doctrina general de esta Sala, la condena en costas no podrá incluir las causadas por una acusación popular. Esta posibilidad existe, y así se ha declarado por esta Sala, en sentencia de 16 de Diciembre de 2005 , cuando la acción se ejercita por entidades privadas que tienen entre su objeto social la defensa de intereses generales, como sucede por ejemplo en las asociaciones de ecologistas respecto de los delitos contra el medio ambiente. Solamente en estos casos es posible imponer al condenado las costas de la acusación particular, lo que no sucede en el caso presente, por lo que debe anularse dicha imposición.*

En este particular pues estimaremos el recurso.

**DECIMOSÉPTIMO.**- En el motivo vigesimoprimeros denuncia el recurrente la pérdida de la exigible imparcialidad por parte de los juzgadores de la instancia.

Funda su queja en la pretendida animadversión del tribunal en relación con las prácticas BDSM. Se trata de una superficial, además de poco respetuosa, valoración arbitraria sobre los sentimientos del Tribunal que, cuando menos es gratuita. Y no cabe olvidar que la imparcialidad de un tribunal de justicia no queda al albur de la susceptibilidad de la parte, dado que es una condición de naturaleza esencialmente objetiva y, por ello, de procedente verificabilidad.

Pero, esencialmente, la queja es impertinente en el sentido de que el enjuiciamiento por el Tribunal de instancia, dado el ya expuesto objeto del proceso, permanece indemne cualquiera que sea la valoración que merezcan al juzgador aquellas prácticas de actividad sexual.



También alude el recurrente a la actitud del Tribunal con alguno de los testigos que, al parecer, según dice textualmente el motivo, causaron "sonrojo" a la parte recurrente. Hace referencia al momento de la declaración del padre de la niña víctima. La Magistrada ponente invitó al testigo a que se relajara porque no le entendían, ofreciéndole parar la sesión unos minutos, reiterándole que dejara de "lloriquear" porque no había forma de entenderle. *Lloriquear* significa quejarse y llorar débilmente... Y no dice el recurrente que no fuera eso lo que estaba ocurriendo. Y pedir al testigo que se *relaje* para poder entenderle implica invitarle a que logre un "estado de tranquilidad, reposo o descanso físico" que se estimaba necesario para que continuara el testigo expresándose de forma inteligible. Nada hay ahí actitud reprochable en el Tribunal sino cuidado tanto de la policía de estrados como, más aún, procura de que la prueba pueda alcanzar los fines para los que fue propuesta, que sería imposible si el testigo permanece en tal tensión que no se le entiende. Tensión comprensible dados los hechos sobre los que declaraba. Más incomprensible es que se tilde de parcial el ejercicio de valoración probatoria que lleva a descartar la credibilidad de tal testigo.

Igual de incomprensible que llevar la susceptibilidad la parte al extremo de tener por parcial al Tribunal porque no valore como aceptables en términos de verosimilitud las interesadas respuestas dadas por los acusados al ser interrogados por las únicas partes a las que quisieron contestar: es decir a sus defensas.

Las referencias a la parcialidad del Tribunal de instancia en relación con una pretendida confusión en la delimitación del "rol" del juzgador con el del acusador no son menos impertinentes. Porque el ejercicio de la facultad del juzgador para dirigir preguntas a un testigo o acusado no le sitúa en la función de parte sino en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Incluso si lo que hace es reiterar la que formuló una parte a la que el interrogado no quiso responder, si, como dice el propio motivo, el interrogado es advertido de su derecho a no contestar incluso si la reiterada pregunta la formula el tribunal.

El motivo se rechaza.

**DECIMOCTAVO.-** El motivo vigesimosegundo de los formulados por este recurrente se ampara en el cauce que habilita el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entendiéndose vulnerada la ley penal al atribuirle la calidad de inductor del delito de pornografía infantil.

Con sesgada lectura del relato de hechos probados de la sentencia de instancia alega que en el mismo se recoge la existencia de una orden del recurrente a la coacusada para que le remitiera el material considerado pornográfico, pero no se incluya que la orden incluyera el mandato de elaborar tal material.

La tesis, digna del ingenio de Shakespeare en su obra "Mercader de Venecia", pretende que se diferencie como contenido de la "orden" el envío de la previa obtención de dicho material, como aquella obra se habría de reconocer el derecho a cobrarse el acreedor con una libra de carne del deudor pero a obtener sin derramamiento ni de una gota de su sangre.

Nada alega el motivo, más allá de esa pseudo ingeniosa diferenciación, sobre si la orden, en cualquier caso, cumple o no los presupuestos que determinan la aplicabilidad de la imputación a título de inductor, lo que nos releva de su examen.

Por otra parte, tampoco cabe estimar la referencia a una supuesta improcedencia por razones meramente cronológicas de la calificación de su participación como inductora. Y es que el reproche del supuesto silencio de la sentencia sobre la precedencia de la orden al acto de la toma de fotografías carece de todo fundamento.

Lo que se discute no es la probanza de lo que la sentencia proclama sino el contenido proclamado. Éste está construido de manera que inequívocamente implica secuenciación cronológica en la que el diseño de lo que se va a procurar siempre precede lógicamente a su obtención. Y el hecho probado refleja el despliegue de tal actividad de manera sucesiva en el tiempo y precisamente como secuela de la confluencia de voluntades al respecto de ambos coacusados. Lo que detalladamente se reitera en sede de Fundamentos Jurídicos cuando se relaciona el texto de las conversaciones grabadas con la obtención de los materiales pornográficos intervenidos.

Por todo ello convenimos en que el relato de lo que se declara probado satisface la exigencia de descripción de todos los elementos, incluida su ubicación en el tiempo, que justifican la autoría imputada al recurrente.

El motivo se rechaza.

**DECIMONOVENO.-** En el motivo vigesimotercero se tilda de indebidamente aplicadas las agravantes específicas del apartado 4, d) del artículo 183 y del 3,f) del artículo 189, preceptos todos del Código Penal vigente al tiempo de los hechos en relación con los delitos de abusos deshonestos y pornografía respectivamente.



Al amparo del art 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el recurrente argumenta tal improcedencia con base en la ausencia de mención en el relato de hechos probados a sendos presupuestos fácticos constituidos por, respectivamente: **a)** Prevalimiento del recurrente de una relación de superioridad en el delito de abusos deshonestos, o **b)** relación de parentesco respecto al delito de pornografía.

Respecto del *delito de pornografía* del artículo 189 del Código Penal la pena impuesta no exige la concurrencia de la relación de parentesco del apartado 3, f) de dicho precepto. Porque resulta aplicable en todo caso la cualificación que deriva de la edad de la víctima inferior a trece años a que se refiere el apartado 3.a) del artículo 189 tal como señala la sentencia en su Fundamento Jurídico Cuarto. A ello ha de añadirse que la continuidad obliga a imponer la pena en la mitad superior de la prevista para el tipo. Como esa pena va de 5 a 9 años la mitad superior no podría bajar de 7 años y 1 día. De suerte que la efectivamente impuesta -7 años de prisión- es incluso inferior a la procedente.

Respecto al *delito de abusos sexuales* la agravación procede de la aplicabilidad del supuesto típico del artículo 183 .1. y 4, d). Ahí la agravación deviene del prevalimiento que acaece, no sólo por razón de una relación de parentesco, sino por la de la superioridad respecto la víctima. Tal prevalimiento resulta del relato de hechos probados cuando afirma que la actuación sobre la niña se llevó a cabo aprovechando la **facilidad** que derivaba de la relación materno filial de la víctima y coacusada (segundo párrafo del relato de lo probado), aprovechamiento al que el mismo relato hace referencia en el párrafo séptimo del mismo apartado de hechos probados.

De conformidad con el artículo 65 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos las circunstancias agravantes que consistan en la "ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla agravarán la responsabilidad de quien haya tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito". Y es obvio que el hecho probado, no solamente predica que el recurrente conocía que los abusos se facilitaban por la convivencia entre la madre y la víctima hija, sino que cooperó con la madre para el fin por ambos compartido desde la voluntad de aprovechar tal superioridad.

Por ello la pena impuesta al recurrente, dada la continuidad del delito, se encuadra dentro de la mitad superior de la que corresponde en tales circunstancias. La pena de partida va de 2 a 6 años siendo la mitad superior la de 4 años y un día a 6 años procedente por razón de la agravación. La mitad superior de esta mitad, por aplicación de la continuidad, va de 5 a 6 años. Es decir que también le fue impuesta al recurrente la pena mínima posible.

El motivo se rechaza.

*Recurso de D<sup>a</sup> Salome*

**VIGÉSIMO.-** Como advierte el Ministerio Fiscal los motivos del recuso de esta penada coinciden esencialmente, sino de manera absoluta, con los del formulado por el otro acusado desde el primero hasta el vigesimoprimer (incluido). Por ello hemos de dar aquí la misma respuesta. Es decir, la desestimación de todos los motivos a excepción del vigésimo relativo a la imposición de costas generadas por la intervención de la acusación particular.

**VIGESIMOPRIMERO.-** La parcial estimación de ambos recursos determina que las costas de esta casación se declaren de oficio.

Por ello

## FALLO

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

**Estimar parcialmente** los recursos de casación formulados por D<sup>a</sup> Salome , y por D. Abelardo , contra la sentencia dictada por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 27 de noviembre de 2017, cuya resolución modificamos exclusivamente en el particular que dejamos señalado en la sentencia que dictamos a continuación, confirmando en lo demás la sentencia de instancia con declaración de oficio de las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10119/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro





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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 549/2017, seguida por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 7760/2014, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid, por un delito de **corrupción de menores** y abusos sexuales, contra D<sup>a</sup> Salome, con DNI nº NUM007, y D. Abelardo, con DNI nº NUM008, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha que ha sido recurrida en casación por los procesados y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se ratifica la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.**- Por las razones expuestas en la sentencia de casación no procede imponer a los penados la obligación de satisfacer las costas causadas por el ejercicio de la acusación particular.

Por ello

#### FALLO

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

**Se ratifica el fallo** de la sentencia de la instancia con la única excepción de excluir como obligación de los penados satisfacer las costas causadas por la acusación ejercitada por D<sup>a</sup> María Rosario.

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

Así se acuerda y firma.