



Roj: **STS 2205/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2205**

Id Cendoj: **28079120012019100396**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2019**

Nº de Recurso: **10732/2018**

Nº de Resolución: **332/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 13263/2018,**  
**STS 2205/2019**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10732/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 332/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 27 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **Luis Carlos**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que le condenó por delitos de agresión sexual, de elaboración de pornografía infantil, de posesión de pornografía infantil y de descubrimiento y revelación de secretos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Verdú Roldán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 instruyó sumario con el nº 3 de 2016 contra Luis Carlos, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que con fecha 24 de mayo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:



"ÚNICO.- Son hechos probados, y así se declara, que el procesado Luis Carlos , mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 de 1947, de nacionalidad española, con DNI número NUM009 , y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con Rosaura . La hermana de esta última, Serafina , contrajo a su vez matrimonio con Belarmino y, fruto de esta unión, nacieron María Milagros , Bárbara y Cristobal . Durante un tiempo, que comprende en todo caso los años 2010 a 2015, el procesado residió en la CALLE000 , número NUM001 , piso NUM002 , puerta NUM003 , de DIRECCION001 (partido judicial de DIRECCION000 ), residiendo en el mismo edificio y planta, pero en la puerta NUM002 , su cuñada Serafina , y sus sobrinos, hijos de ésta, María Milagros , Bárbara y Cristobal . Estos pisos se encontraban comunicados interiormente por lo que el procesado hacía prácticamente vida en común con su cuñada y sus sobrinos, encargándose en ocasiones del cuidado y atención de los mismos y teniendo, por tanto, fácil acceso a ellos. En el año 2010 Belarmino , padre de los tres menores y cuñado del procesado, enfermó de cáncer y fue ingresado en el hospital, por lo que, mientras su mujer atendía a esta situación, el procesado, actuando en ejercicio de funciones similares a las de un padre, cuidaba de sus sobrinos. Fallecido el Sr. Belarmino en esa misma anualidad, el cuidado y atención del procesado hacia los menores se intensificó siendo el mismo, a partir de ese momento, el único referente masculino en el hogar. Desde el año 2010 y hasta, al menos, el año 2012, contando la menor Bárbara con 9 años de edad, en cuanto que nacida el NUM004 del año 2001, siendo conocedor el procesado de esta circunstancia respecto a la edad de su sobrina y aprovechando el acceso a la misma que le permitía la comunicación de los pisos, la gran diferencia de edad, la relación de parentesco que los unía, su desempeño de funciones similares a las de un padre en relación con la menor, así como la situación de dominio que tenía sobre ella por todas estas circunstancias, con intención de satisfacer sus instintos libidinosos y haciendo ver a la menor que se trataba de gestos de cariño o de juegos normales entre parientes, realizó tocamientos sobre sus pechos, nalgas, piernas y vagina. Estos tocamientos los realizó el procesado en numerosas ocasiones aprovechando los momentos en que se encontraba a solas con la menor, en diferentes días y estancias de ambas viviendas, así como en el lugar que empleaba Luis Carlos como despacho, situado en la planta NUM003 del mismo edificio. A partir del momento en el que Bárbara cumplió los 11 años, el procesado, valiéndose de las mismas ventajas y con la misma intención de satisfacer sus instintos libidinosos, comenzó a realizarle, además de los tocamientos referidos, penetraciones en la vagina, en ocasiones con los dedos, en otras con una especie de bolígrafo redondeado, ordenando igualmente a Bárbara que le practicase felaciones y que lo masturbase. La menor accedía a las peticiones de su tío atemorizada por aquél, quien le manifestaba, con el fin de infundirle miedo y evitar que se opusiera a sus perversos deseos, que, de no hacerlo, *"mandaría todo a la mierda"*, contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido con anterioridad y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin consentimiento ni conocimiento de la menor le había ido realizando durante las prácticas sexuales antes descritas. Esta situación se produjo en numerosas ocasiones, no susceptibles de determinación individualizada, durante los años 2012 a 2015, y, en todo caso, en las tres que se relatan a continuación. En concreto, en tres fechas y ocasiones distintas comprendidas entre los años 2012 a 2015, el procesado, Luis Carlos , tras manifestar a Bárbara , para atemorizarla, que si no accedía a sus peticiones *"mandaría todo a la mierda"*, contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido anteriormente y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin conocimiento de la menor había realizado durante las prácticas antes descritas, con ánimo de satisfacer sus instintos libidinosos y valiéndose de la situación de superioridad que tenía sobre ella por lo ya señalado, realizó a Bárbara , en el lugar que servía como su despacho en la NUM003 planta del edificio en el que ambos residían, tocamientos en los pechos y en la vagina, penetrándola por esta vía con los dedos, e, igualmente, introduciendo su pene en la boca de la menor, conminando a ésta a que le practicase una felación y lo masturbase, accediendo ella por el temor sufrido. Además de estas tres ocasiones referidas, el día 14 ó 15 de junio de 2015, el procesado, en el mismo lugar, su despacho, y con el mismo ánimo libidinoso y situación de superioridad dada por su posición respecto a la menor, tras indicar a ésta, para atemorizarla, que si no accedía a sus peticiones *"mandaría todo a la mierda"*, contaría a su madre lo sucedido y daría publicidad a las fotos de la menor de contenido sexual que obraban en su poder, colocó a Bárbara sobre la mesa de su despacho, la cogió por las manos y después de aplicarse un lubricante del que disponía, la penetró vaginalmente ante el llanto de la menor que le decía que parase y que le hacía mucho daño, continuando hasta que, en un momento dado, retiró el pene de la vagina de la menor y continuó masturbándose hasta eyacular, aprovechando esta ocasión la menor para escapar del lugar. El día 9 de septiembre de 2015, tras ser denunciados policialmente por Serafina y su hija Bárbara los hechos narrados, se procedió a la detención del procesado, Luis Carlos . En el transcurso de la investigación, se procedió a realizar una diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE000 , número NUM001 , piso NUM002 , porta NUM003 , de DIRECCION001 (partido judicial de DIRECCION000 ) y del lugar que servía como su despacho, en el NUM003 piso del mismo inmueble, todo ello con el consentimiento y autorización de aquél. En estos lugares guardaba el procesado distinto material informático. El resultado de esta entrada, y registro fue la localización e intervención de varios ordenadores del procesado, memorias USB, discos duros, discos en formato CD y DVD, tarjetas de memoria y más material informático, que revelaron el contenido que se señala a continuación. En el disco duro marca Seagate con número de serie NUM005



, extraído de la torre de ordenador, sin marca, con número NUM006 , fueron recuperadas del espacio no asignado 22 imágenes y un vídeo en las que el procesado aparecía con la menor realizando los actos descritos y que fueron tomadas sin el consentimiento ni conocimiento de la misma, En concreto, estas fotografías muestran al procesado tocando los pechos y los genitales de la menor, o abrazándola estando ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, y a la menor realizándole una felación. En el mismo disco duro también fueron hallados 4 vídeos más en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad. En el CD con la inscripción "Movies+" fueron encontrados 10 vídeos y 2 imágenes en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad. En el CD con la inscripción "Backup1" fueron encontrados 18 vídeos y 11 imágenes en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad. En el disco duro externo marca Maxtor fueron encontrados 3 vídeos en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad. En el disco duro marca WD, modelo WD7500BPVT, de 60 GB de capacidad, con número de serie NUM007 , extraído del ordenador portátil marca Toshiba con número de serie NUM008 , se encontró un documento de texto llamado "Skipe.docx", que contenía conversaciones escritas entre Bárbara con quien en ese momento era su novio, Juan Antonio , que utilizaba el seudónimo " Rana ", en los siguientes días del año 2015 según las fechas que aparecen en el propio documento: 18, 21, 22 de febrero; 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de marzo; días 1 a 12 y 15 a 30 de abril; todos los días de los meses de mayo, junio y julio; 1 a 9, 11 a 17, 22 y 23 de agosto; y que, sin conocimiento ni consentimiento de los anteriores, fue interceptada por el procesado, con ánimo de descubrir sus secretos, en ejecución de un plan preconcebido, valiéndose de algún dispositivo o programa apto a tal efecto que no ha podido ser determinado. En el dispositivo USB marca Trascend se encontró una copia del mismo archivo de texto "skipe.docx" ya descrito. El procesado Luis Carlos se encuentra privado de libertad por esta causa desde el momento de su detención, el día 9 de septiembre de 2015, habiéndose acordado por auto de 11 de septiembre del mismo año del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION000 la medida cautelar de prisión provisional para el mismo, ratificada por auto de 18 de septiembre de 2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 , prisión prorrogada por esta Sala mediante auto de 12 de julio de 2017 . Antes del inicio del juicio oral, el procesado depositó en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados a la menor Bárbara la cantidad de 40.000 euros, que fueron entregados a la madre de la misma, Serafina , como su representante legal, la cual ha manifestado de forma expresa que no reclama para su hija indemnización por los daños y perjuicios sufridos".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Luis Carlos como autor de un delito continuado de agresión sexual precedentemente definido, con la concurrencia de la atenuante ordinaria de reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a las penas de catorce años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a Bárbara , a menos de mil metros, así como a su domicilio, o lugar de estudio o de trabajo por tiempo de 24 años, y de comunicarse con la misma por cualquier medio por igual tiempo. Se impone a Luis Carlos la medida de libertad vigilada por tiempo de diez años. Condenarnos igualmente a Luis Carlos como autor de un delito de elaboración de pornografía infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años de prisión, la prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 1000 metros así como a su domicilio, o centro de estudio o trabajo. De igual modo, entendemos adecuado, imponerle la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. Condenamos a Luis Carlos como autor de un delito de posesión de pornografía infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Condenamos a Luis Carlos como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de seis euros, así como la prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 1000 metros así como a su domicilio, o centro de estudio o trabajo. De igual modo, entendemos adecuado imponerle la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. Imponemos al procesado Luis Carlos el pago de las costas procesales causadas, sin inclusión de las de Acusación Particular. Para el cumplimiento de la pena que se impone, se declara de aplicación el tiempo que el procesado hubiere estado privado de libertad por esta causa. Notifíquese esta sentencia a las partes y a los perjudicados y hágaseles saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días".



Por Auto de 25 de septiembre de 2018, se aclaró la anterior Sentencia, conteniendo la siguiente Parte Dispositiva:

"Aclarar la sentencia de fecha 24 de mayo de 2018 en el sentido de fijar la pena privativa de libertad impuesta al procesado en 14 años y 3 meses de prisión. Se mantiene inalterado el resto de la resolución. Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y a los perjudicados haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por la representación del acusado **Luis Carlos**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **Luis Carlos**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- El primer motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 852 de la Ley Adjetiva, en atención al artículo 18.1 de la NORMA FUNDAMENTAL, alegándose vulneración del derecho a la intimidad y protección de datos.

Segundo.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 852 de la Ley Adjetiva, en atención al artículo 24 de la NORMA FUNDAMENTAL, alegándose vulneración del Derecho a un procedimiento con todas las garantías, al haberse quebrado la cadena de custodia, habiéndose causado manifiesta y proscrita indefensión.

Tercero.- El tercer motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 852 de la Ley Adjetiva, en atención al artículo 24 de la NORMA FUNDAMENTAL, alegándose vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de un mínimo de actividad probatoria que desvirtúe tal presunción.

Cuarto.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley Adjetiva, por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 183.1, 2, 3 y 4 letra D) y art. 179 y 180.3 y 4 del Código Penal en su redacción dada conforme a la LO 5/2010.

Quinto.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley Adjetiva, por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 189.1 a) del Código Penal, en su redacción conforme a la LO 5/2010.

Sexto.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley Adjetiva, por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 189.2 del Código Penal, en su redacción conforme a la LO 5/2010.

Séptimo.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley Adjetiva, por infracción de Ley por aplicación indebida del art. 197.1 del Código Penal en relación al art. 74 CP.

Octavo.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley Adjetiva, por infracción de Ley, por inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal.

Noveno.- Este motivo se articula al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley Adjetiva, por infracción de Ley, por inaplicación del artículo 21.5 del Código Penal, como muy cualificado.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 18 de junio de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación del acusado Luis Carlos contra sentencia de fecha 24-5-18 dictado por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenado por **delito continuado de agresión sexual; elaboración de pornografía infantil; posesión de pornografía infantil; y descubrimiento y revelación de secretos.**

La condena impuesta dimana de la siguiente redacción de hechos probados intangibles:

"Son hechos probados, y así se declara, que el procesado Luis Carlos, mayor de edad en cuanto nacido el NUM000 de 1947, de nacionalidad española, con DNI número NUM009, y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con Rosaura. La hermana de esta última, Serafina, contrajo a su vez matrimonio con Belarmino, fruto de esta unión, nacieron María Milagros, Bárbara y Cristóbal.





Durante un tiempo, que comprende en todo caso los años 2010 a 2015, el procesado residió en la CALLE000 , número NUM001 , piso NUM002 , puerta NUM003 , de DIRECCION001 (partido judicial de DIRECCION000 ), residiendo en el mismo edificio y planta, pero en la puerta NUM002 , su cuñada Serafina , y sus sobrinos, hijos de ésta, María Milagros , Bárbara y Cristobal .

Estos pisos se encontraban comunicados interiormente por lo que el procesado hacía prácticamente vida en común con su cuñada y sus sobrinos, encargándose en ocasiones del cuidado y atención de los mismos y teniendo, por tanto, fácil acceso a ellos.

En el año 2010 Belarmino , padre de los tres menores y cuñado del procesado, enfermó de cáncer y fue ingresado en el hospital, por lo que, mientras su mujer atendía a esta situación, el procesado, actuando en ejercicio de funciones similares a las de un padre, cuidaba de sus sobrinos. Fallecido el Sr. Belarmino en esa misma anualidad, el cuidado y atención del procesado hacia los menores se intensificó siendo el mismo, a partir de ese momento, el único referente masculino en el hogar.

Desde el año 2010 y hasta, al menos, el año 2012, contando la menor Bárbara con 9 años de edad, en cuanto que nacida el NUM004 del año 2001, siendo conocedor el procesado de esta circunstancia respecto a la edad de su sobrina y aprovechando el acceso a la misma que le permitía la comunicación de los pisos, la gran diferencia de edad, la relación de parentesco que los unía, su desempeño de funciones similares a las de un padre en relación con la menor, así como la situación de dominio que tenía sobre ella por todas estas circunstancias, con intención de satisfacer sus instintos libidinosos y haciendo ver a la menor que se trataba de gestos de cariño o de juegos normales entre parientes, realizó tocamientos sobre sus pechos, nalgas, piernas y vagina.

Estos tocamientos los realizó el procesado en numerosas ocasiones aprovechando los momentos en que se encontraba a solas con la menor, en diferentes días y estancias de ambas viviendas, así como en el lugar que empleaba Luis Carlos como despacho, situado en la planta NUM003 del mismo edificio.

A partir del momento en el que Bárbara cumplió los 11 años, el procesado, valiéndose de las mismas ventajas y con la misma intención de satisfacer sus instintos libidinosos, comenzó a realizarle, además de los tocamientos referidos, penetraciones en la vagina, en ocasiones con los dedos, en otras con una especie de bolígrafo redondeado, ordenando igualmente a Bárbara que le practicase felaciones y que lo masturbase. La menor accedía a las peticiones de su tío atemorizada por aquél, quien le manifestaba, con el fin de infundirle miedo y evitar que se opusiera a sus perversos deseos, que, de no hacerlo, "mandaría todo a la mierda", contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido con anterioridad y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin consentimiento ni conocimiento de la menor le había ido realizando durante las prácticas sexuales antes descritas.

Esta situación se produjo en numerosas ocasiones, no susceptibles de determinación individualizada, durante los daños 2012 a 2015, y, en todo caso, en las tres que se relatan a continuación.

En concreto, en tres fechas y ocasiones distintas comprendidas entre los años 2012 a 2015, el procesado, Luis Carlos , tras manifestar a Bárbara , para atemorizarla, que si no accedía a sus peticiones "mandaría todo a la mierda", contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido anteriormente y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin conocimiento de la menor había realizado durante las prácticas antes descritas, con ánimo de satisfacer sus instintos libidinosos y valiéndose de la situación de superioridad que tenía sobre ella por lo ya señalado, realizó a Bárbara , en el lugar que servía como su despacho en la NUM003 planta del edificio en el que ambos residían, tocamientos en los pechos y en la vagina, penetrándola por esta vía con los dedos, e, igualmente, introduciendo su pene en la boca de la menor, conminando a ésta a que le practicase una felación y lo masturbase, accediendo ella por el temor sufrido.

Además de estas tres ocasiones referidas, el día 14 ó 15 de junio de 2015, el procesado, en el mismo lugar, su despacho, y con el mismo ánimo libidinoso y situación de superioridad dada por su posición respecto a la menor, tras indicar a ésta, para atemorizarla, que si no accedía a sus peticiones "mandaría todo a la mierda", contaría a su madre lo sucedido y daría publicidad a las fotos de la menor de contenido sexual que obraban en su poder, colocó a Bárbara sobre la mesa de su despacho, la cogió por las manos y después de aplicarse un lubricante del que disponía, la penetró vaginalmente ante el llanto de la menor que le decía que parase y que le hacía mucho daño, continuando hasta que, en un momento dado, retiró el pene de la vagina de la menor y continuó masturbándose hasta eyacular, aprovechando esta ocasión la menor para escapar del lugar.

El día 9 de septiembre de 2015, tras ser denunciados policialmente por Serafina y su hija Bárbara los hechos narrados, se procedió a la detención del procesado, Luis Carlos . En el transcurso de la investigación, se procedió a realizar una diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE000 , número NUM001 , piso NUM002 , porta NUM003 , de DIRECCION001 (partido judicial de DIRECCION000 ) y del lugar que servía



como su despacho, en el NUM003 piso del mismo inmueble, todo ello con el consentimiento y autorización de aquél. En estos lugares guardaba el procesado distinto material informático.

El resultado de esta entrada, y registro fue la localización e intervención de varios ordenadores del procesado, memorias USB, discos duros, discos en formato CD y DVD, tarjetas de memoria y más material informático, que revelaron el contenido que se señala a continuación.

En el disco duro marca Seagate con número de serie NUM005 , extraído de la torre de ordenador, sin marca, con número NUM006 , fueron recuperadas del espacio no asignado 22 imágenes y un vídeo en las que el procesado aparecía con la menor realizando los actos descritos y que fueron tomadas sin el consentimiento ni conocimiento de la misma. En concreto, estas fotografías muestran al procesado tocando los pechos y los genitales de la menor, o abrazándola estando ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, y a la menor realizándole una felación.

En el mismo disco duro también fueron hallados 4 vídeos más en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad.

En el CD con la inscripción r`Movies+" fueron encontrados 10 videos y 2 imágenes en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad.

En el CD con la inscripción "Backupl" fueron encontrados 18 vídeos y 11 imágenes en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad.

En el disco duro externo marca Maxtor fueron encontrados 3 vídeos en los que se veía a menores de edad posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o manteniendo relaciones con otros menores o mayores de edad.

En el disco duro marca WD, modelo WD7500BPVT, de 60 GB de capacidad, con número de serie NUM007 , extraído del ordenador portátil marca Toshiba con número de serie NUM008 , se encontró un documento de texto llamado "Skipe.docx", que contenía conversaciones escritas entre Bárbara con quien en ese momento era su novio, Juan Antonio , que utilizaba el seudónimo " Rana , en los siguientes días del año 2015 según las fechas que aparecen en el propio documento: 18, 21, 22 de febrero; 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de marzo; días 1 a 12 y 15 a 30 de abril; todos los días de los meses de mayo, junio y julio; 1 a 9, 11 a 17, 22 y 23 de agosto; y que, sin conocimiento ni consentimiento de los anteriores, fue interceptada por el procesado, con ánimo de descubrir sus secretos, en ejecución de un plan preconcebido, valiéndose de algún dispositivo o programa apto a tal efecto que no ha podido ser determinado.

En el dispositivo USB marca Trascend se encontró una copia del mismo archivo de texto "skipe.docx"ya descrito.

El procesado Luis Carlos se encuentra privado de libertad por esta causa desde el momento de su detención, el día 9 de septiembre de 2015, habiéndose acordado por auto de 11 de septiembre del mismo año del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION000 la medida cautelar de prisión provisional para el mismo, ratificada por auto de 18 de septiembre de 2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000 , prisión prorrogada por esta Sala mediante auto de 12 de julio de 2017 .

Antes del inicio del juicio oral, el procesado depositó en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados a la menor Bárbara la cantidad de 40.000 euros, que fueron entregados a la madre de la misma, Serafina , como su representante legal, la cual ha manifestado de forma expresa que no reclama para su hija indemnización por los daños y perjuicios sufridos".

**SEGUNDO.-** 1.- Al amparo del art 5.4 LOPJ en relación con el art 852 LECrim por vulneración del derecho a la intimidad y protección de datos del art 18.1 CE .

Se impugna por el recurrente que se accedió de forma irregular a unos ordenadores y material informático, sin autorización del acusado y sin la existencia de una resolución judicial motivada que habilitaba a los agentes para ello, y que no existió consentimiento para la recogida de efectos informáticos existentes en el interior del local sito en la NUM003 planta del inmueble, dado que el consentimiento otorgado de forma expresa por Luis Carlos solo lo fue para revisar las instancias del local, así como que el ordenador principal se encontraba protegido por una contraseña, la cual no fue facilitada en ningún momento. Añade que el consentimiento prestado por el acusado no alcanzaba al acceso y tratamiento de datos personales existentes en los equipos informáticos, ni el Juzgado dictó resolución motivada habilitante.



Pues bien, hay que destacar que, como se ha expuesto, en los hechos probados se recoge que "En el transcurso de la investigación, se procedió a realizar una diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE000 , número NUM001 , piso NUM002 , porta NUM003 , de DIRECCION001 (partido judicial de DIRECCION000 ) y del lugar que servía como su despacho, en el NUM003 piso del mismo inmueble, todo ello con el consentimiento y autorización de aquél.

En estos lugares guardaba el procesado distinto material informático". Se relaciona, tal y como se ha expuesto, el material informático que ha sido aprehendido y su contenido en relación a:

**1.- Prueba de los delitos contra la libertad sexual realizados con la menor:** Escenas grabadas con la menor realizando los actos descritos y que fueron tomadas sin el consentimiento ni conocimiento de la misma. En concreto, estas fotografías muestran al procesado tocando los pechos y los genitales de la menor, o abrazándola estando ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, y a la menor realizándole una felación.

**2.- Delito de posesión de pornografía infantil.** Imágenes de actos sexuales llevados a cabo por menores.

**3.- Delito de elaboración de material pornográfico.** Visionado de las imágenes contenidas en el disco duro marca SEAGATE con número de serie NUM005 extraído de la torre del ordenador sin marca con número NUM006 . Dichas imágenes, recuperadas en un total de 22, y un vídeo, muestran al procesado realizando un conjunto de actos de naturaleza sexual sobre su sobrina Bárbara , en concreto tocarle los pechos y los genitales, o abrazándole estando ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, así como realizándole una felación.

**4.- Delito de descubrimiento y revelación de secretos.** Conversaciones escritas entre Bárbara con quien en ese momento era su novio, Juan Antonio , que utilizaba el seudónimo " Rana , en los siguientes días del año 2015 según las fechas que aparecen en el propio documento: 18, 21, 22 de febrero; 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de marzo; días 1 a 12 y 15 a 30 de abril; todos los días de los meses de mayo, junio y julio; 1 a 9, 11 a 17, 22 y 23 de agosto; y que, sin conocimiento ni consentimiento de los anteriores, fue interceptada por el procesado, con ánimo de descubrir sus secretos, en ejecución de un plan preconcebido, valiéndose de algún dispositivo o programa apto a tal efecto que no ha podido ser determinado.

Pues bien, hay que destacar diversos extremos de relevancia para la resolución del motivo, según recoge la sentencia:

a.- **Inicio del procedimiento por denuncia de la madre de la menor:** El procedimiento se inicia por las diligencias que comenzaron a raíz de la denuncia presentada por Serafina junto a su hija, la menor Bárbara , quienes iban acompañadas de dos hijos del hoy procesado, en concreto Rogelio y Inocencia .

b.- **Hechos que son objeto de la denuncia:**

**b.1.- Delitos contra la libertad sexual:** Conjunto de actos de contenido sexual, incluidas penetraciones, tanto vaginales como bucales realizados de forma ininterrumpida durante varios años consecutivos por el hoy procesado sobre su sobrina Bárbara , desde que la misma contaba sólo con nueve años de edad, aprovechando las ventajas que le confería su relación de parentesco, su práctica convivencia en común, así como el hecho de desempeñar las funciones de cuidado de los menores propias de la figura paterna desde la muerte del progenitor de aquélla.

**b.2.- Delitos de elaboración y posesión de material pornográfico.** La menor y su madre pusieron en conocimiento de la policía que el hoy procesado, técnico informático, había hecho fotos, y posiblemente vídeos de esas escenas sexuales con la menor, que se podían encontrar en su poder dentro de los ordenadores o de soportes de almacenamiento masivo ubicados en su domicilio o en el habitáculo que empleaba como despacho sito en el mismo inmueble de sus viviendas respectivas. La existencia de esas fotografías (y posibles vídeos) se sustentaba en la declaración de la menor, la cual indicó que el hoy procesado, cuando ella quería negarse a las pretensiones sexuales de aquél, la intimidaba diciéndole que publicaría ese material en las redes sociales, habiéndole llegado a enviar alguna imagen directamente a ella para demostrarle que no iba de farol. Por otro lado, la madre de la menor, Serafina , añadió que ella, al menos en una ocasión, había visto al procesado mirando la foto de un niño desnudo, sospechando por esta causa, y por su turbia conducta sexual, que pudiera tener en su poder pornografía infantil.

c.- **Intervención policial y expresa autorización del acusado con asistencia de letrado al registro y recogida del material que estimaran pertinente.**

" La Policía procedió a la detención de Luis Carlos quien, una vez informado de sus derechos, y debidamente asistido de Letrado, tras acogerse a su derecho a no declarar a presencia policial, **prestó autorización expresa, tanto a que le fuera extraída saliva para análisis de ADN, como para que los agentes actuantes efectuaran la**



**diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE000 , n° NUM001 , piso NUM002 , puerta NUM003 de DIRECCION001 (Barcelona), así como para que procedieran a la incautación de los ordenadores y demás material informático y de telefonía diversa que obrara en las referidas dependencias (folios 28 y 29).**

Las referidas diligencias se llevaron a la práctica con el resultado que obra en los folios 52 a 54 de las actuaciones, a presencia del hoy procesado, de igual modo asistido de Letrado, quien no sólo accedió de forma voluntaria a la entrada y registro del domicilio y habitáculo que el mismo empleaba como despacho, sito en las dependencias del mismo inmueble, sino que, además, dentro de la línea de colaboración con la Justicia ya evidenciada previamente a presencia policial antes referida (folios 28 y 29), indicó de forma expresa a los agentes intervinientes que podían llevarse lo que quisieran porque él no tenía nada que ocultar, extremo que han puesto de manifiesto, de forma reiterada y coincidente, los Mossos d'Esquadra que procedieron a la práctica de las referidas diligencias.

Por otro lado, al folio 49 de la causa consta la entrega voluntaria efectuada por el hijo del hoy procesado, Rogelio , del ordenador portátil Toshiba 51800-752 S modelo número PS 183 E-2YV9P-SP, que era de su propiedad con archivos antiguos que en la actualidad no se usaba, por si era de interés para la causa".

**d.- Auto del Juzgado de Instrucción n° 3 de DIRECCION000 con fecha 15 de septiembre de 2015.**

Se acuerdan incoar diligencias y respecto al material ya obtenido "procedan a remitir los equipos técnicos intervenidos a la Unidad de Delitos Informáticos a fin de que **se proceda de manera URGENTE al análisis del material informático incautado en la diligencia de entrada y registro realizada el 10 de septiembre de 2015**" (folios 103 y 104)".

Pues bien, con respecto a las vulneraciones antes expuestas hay que señalar que el Tribunal pone de manifiesto que "se puso en conocimiento del acusado el objeto de la diligencia de entrada y registro, así como la **incautación de los ordenadores, dispositivos de almacenamiento masivo y material informático que se hallare en el domicilio para su análisis por los expertos informáticos de la Policía Judicial . Y en ese acto, el hoy procesado, asistido, como se decía de Letrado, prestó su consentimiento indicando que podían retirar lo que quisieran porque no tenía nada que ocultar.**

Consta, pues, en la sentencia el consentimiento del interesado a la aprehensión, pese a su actual impugnación, y la ausencia de validación judicial por la vía del art. 588 sexies a) LECRIM , aunque los hechos fueran de fecha anterior a la reforma de la LECRIM viene motivado, como sostiene la sentencia porque:

"La referida diligencia fue practicada porque lo autorizó el titular de los referidos derechos fundamentales, el cual, además se encontraba debidamente asistido de Letrado y, por tanto, sin riesgo de indefensión alguno

... De todo lo anterior procede concluir que el auto de 15 de septiembre de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción n° 3 de DIRECCION000 , por el que se incoaban las diligencias previas y se ordenaba la remisión de los equipos técnicos intervenidos a la unidad de Delitos Informáticos a fin de proceder al análisis del material informático incautado en la diligencia de entrada y registro realizada el 10 de septiembre de 2015 no quedó afectado por vicio procesal alguno, toda vez que, tanto el registro como la incautación de los ordenadores y demás dispositivos de almacenamiento masivo quedaban adecuadamente amparados por la autorización del interesado emitida con asistencia de Letrado".

**e.- Validez del acceso.**

Con respecto al acceso del contenido del material informático que fue intervenido señala el Tribunal que:

"Acceso al contenido de lo almacenado en los referidos dispositivos por los expertos informáticos, un acceso para el que, como avanzábamos con anterioridad, la autorización del investigado resultaba suficiente, al no ir protegidos los ordenadores incautados por clave de acceso alguna (a salvo de algún archivo en concreto), y ser el investigado técnico en informática, lo que pone de relieve el conocimiento indubitado del real alcance de la autorización concedida respecto del objetivo concreto del acto para el que la intervención fue tolerada.

... dos discos duros SEAGATE, que incorporaban, por un lado, un archivo comprimido en el que se podía observar el nombre de los ficheros que contenía, pero no se podía acceder a ellos porque exigía contraseña, **razón por la que no accedieron al mismo.** Sin embargo, además de lo anterior, se encontraban unos vídeos sin contraseña que habían sido borrados, y que contenían, a la vista de sus nombres, los mismos archivos que se habían protegido con clave en el archivo comprimido, los cuales fueron obtenidos mediante simples algoritmos para recuperar información robada conocidos por cualquier experto informático, los cuales fueron incorporados al DVD".

Con ello, se accede al contenido del material informático que se había retirado con consentimiento del interesado y su hijo, sin acceso con clave, como se ha expuesto, y al que la tenía no se accede.





Así, y ante ello, señala el Tribunal que "La totalidad de la referida información se obtuvo de forma lícita, al contar con la autorización del interesado, que, además de hallarse asistido de Letrado, era experto en informática, como ha admitido él mismo (al igual que sus hijos y el resto de familiares que han depuesto en el plenario, incluida su sobrina Bárbara ), de modo que no podía llamarse a error sobre el alcance de la autorización así prestada, tanto para la incautación como para el análisis del contenido de lo intervenido, al indicar que podían llevarse lo que quisieran porque no tenía nada que ocultar. Tampoco observa la Sala, como se indicaba con anterioridad, alteración alguna en la cadena de custodia, por más que se hayan apreciado esas pequeñas disfunciones denunciadas por la defensa que han sido adecuadamente aclaradas por los peritos, y que no tienen incidencia alguna en la validez de la prueba pericial, de acuerdo con la jurisprudencia existente al efecto y antes comentada".

Es clave, pues, en la validez del material incautado informático la existencia del consentimiento del afectado, y ello, pese a que lo discuta el recurrente ahora, se hace a presencia de letrado, por lo que no existe la pretendida vulneración y sin restricción alguna, ampliándose a los equipos informáticos, por lo que no era preciso el auto habilitante ex art. 588 sexies a) LECRIM, aunque el hecho fuera anterior a la Ley 13/2015, ya que, como apunta el Tribunal, la naturaleza del acto habilitante para la entrada y registro, así como para la incautación del material intervenido no contaba en el presente caso con el refrendo de una resolución judicial motivada porque no era necesaria, al haberse efectuado con la autorización voluntaria del investigado asistido de Letrado, la cual, practicada dentro de los límites de la referida autorización, torna superflua la resolución judicial motivada cuya ausencia denuncia la defensa.

Nos encontramos con dos momentos que dimanaban del consentimiento del interesado a presencia de su propio letrado y en la autorización del interesado que fija el Tribunal en sus hechos probados intangibles sobre los que ahora pretende el recurrente construir una distinta valoración de la prueba, y que se refieren a:

1.- **Primera fase:** El auto de 15 de septiembre de 2015 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000, por el que se incoaban las diligencias previas y se ordenaba la **remisión de los equipos técnicos intervenidos a la unidad de Delitos Informáticos** a fin de proceder al análisis del material informático incautado en la diligencia de entrada y registro realizada el 10 de septiembre de 2015.

2.- **Segunda fase:** Segunda fase de la investigación, consistente en el **acceso al contenido de lo almacenado en los referidos dispositivos por los expertos informáticos**, un acceso para el que, como avanzábamos con anterioridad, la autorización del investigado resultaba suficiente, al no ir protegidos los ordenadores incautados por clave de acceso alguna, salvo el que no se accede, como se hace constar por el Tribunal.

Sobre la validez del acceso a los datos que constan en los equipos informáticos y que sirve para corroborar todo lo que la víctima señala en su declaración en el plenario a la que más tarde nos referimos es preciso incidir en que señala, a estos efectos, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 489/2018 de 23 Oct. 2018, Rec. 1674/2017 que:

"La necesidad de esta autorización judicial ( **subsidiaria del consentimiento: si el afectado accede de forma libre, no hay cuestión** ) obedece a la consideración de estos instrumentos como esferas de almacenamiento de una serie compleja y densa de datos que afectan de modo muy variado a la intimidad del investigado (comunicaciones tuteladas por el art 18 3º CE ; contactos, fotografías, archivos personales, tuteladas por el art 18 1º CE ; datos personales y de geolocalización, que pueden cobijarse en el derecho a la protección de datos, art 18 4º CE )".

Con ello, habiendo motivado el Tribunal el consentimiento no existe problema en la aprehensión, y luego el auto validante que se dicta, como se ha expresado. Además, cuando se lleva a cabo la diligencia y el interesado acepta y consiente en la diligencia practicada a la que accede, y se llevan a cabo las aprehensiones del material informático con la colaboración del hijo del afectado y del letrado que le asistió no se expresó oposición alguna, ni ahora se hace constar en modo alguno que esta existiera, por lo que, incluso, cabría apelar al consentimiento tácito, con independencia de que al Tribunal le conste el consentimiento más extenso a ambas medidas, incluyendo el de equipos informáticos.

En cualquier caso, recuerda este Tribunal en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 786/2015 de 4 Dic. 2015, Rec. 10447/2015 que:

"El TC manifiesto también la posibilidad de que ese derecho ceda en presencia de otros intereses constitucionalmente protegibles, a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones ( SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5 ; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4 ; 70/2009, de 23 de marzo , FJ 3). Así, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad - a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y



3 CE -, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información.

... Tampoco detectó el Tribunal Constitucional una actuación ilegítima por los agentes de policía que accedieron al interior del ordenador una vez éste fue puesto a su disposición por el técnico denunciante. Y lo hizo con el siguiente argumento: "... descartada la existencia de una autorización por parte del recurrente que facultase a la policía para supervisar su ordenador personal, nos corresponde analizar si, en todo caso, su actuación ha podido estar motivada por la concurrencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de forma que se aprecie una justificación objetiva y razonable para la injerencia en su derecho a la intimidad personal.

Puede afirmarse, sin necesidad de una mayor argumentación, que la conducta adoptada por la Policía perseguía un fin legítimo, por cuanto se enmarcaba dentro de las investigaciones que ésta realizaba dirigidas al esclarecimiento de un delito de pornografía infantil. Al propio tiempo existe la habilitación legal necesaria para la realización, por parte de los agentes intervinientes, de este tipo de pesquisas, pues, como hemos visto, se encuentran entre sus funciones las de practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir sus autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas, pudiendo efectuar "un primer análisis" de los efectos intervenidos (en este sentido, se observa en el propio atestado policial cómo su instructor califica el informe realizado sobre el contenido del ordenador como "un análisis preliminar", sin perjuicio de la pericial que luego se solicita al Grupo especializado de Pericias Informáticas). Finalmente, si bien la intervención policial desplegada no contó con la previa autorización judicial, circunstancia ésta que ha llevado a considerar, tanto al recurrente como al Fiscal, que se había producido en este caso una vulneración del derecho a la intimidad personal, podemos afirmar que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general, que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la Policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad".

Pero, además, hay que incidir en que en este caso hubo consentimiento que, ahora, discute el recurrente, y consentimiento claro a presencia de letrado extensivo a lo que hiciera falta, sin ninguna restricción, incluso cuando se llevó a cabo la aprehensión del material informático y con la colaboración a la que se refiere el Tribunal, antes expuesta, ante lo que en la sentencia de esta Sala antes citada se recoge que:

"En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que este no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, reconocimos no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad (FJ 9). También llegamos a esta conclusión en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero y 209/2007, de 24 de septiembre, en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, manifestando que este consentimiento no necesita ser "expreso".

Con ello, no se da en este caso la pretendida "actuación unilateral" de las Fuerzas de orden pública de la policía que se denuncia por el recurrente, y a la que nos referimos en la STS 342/2013, 17 de abril, porque existe "habilitación" del interesado en la extensión y medida que declara probado el Tribunal y a su presencia, y de su letrado, y con la facilitación de la operación, que ahora se cuestiona e impugna.

En consecuencia, mal puede hablarse de prueba ilícita a partir del análisis de la forma en que las imágenes y demás contenidos accedieron a la causa y a vez se interpuso la denuncia y se iniciaron las investigaciones policiales y la permisividad del interesado a las medidas extensas que se adoptaron y al registro interno de los equipos validado por el juez competente.

También esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 97/2015 de 24 Feb. 2015, Rec. 1774/2014 ha señalado que:

"En STC. 142/2012 de 2.7, se precisa que debe delimitarse es si el acceso a los datos del ordenador es un acto con solo incidencia en el derecho a la intimidad ( art. 18.1 CE ) o alcanza también al derecho al secreto de las comunicaciones ( art. 18.3 CE ), lo que, en última instancia, tiene relevancia por el diferente régimen constitucional de protección de ambos derechos. A esos efectos, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en el art. 18.1 CE esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 9).



No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno ( SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio , FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento ( STC 159/2009, de 29 de junio , FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto "aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida" ( SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 ; y 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito.

Ahora bien, lo que se exige es que si el acusado está detenido no puede válidamente prestar su consentimiento para la entrada y registro, si no es con asistencia de letrado, lo que así debe hacerse constar por diligencia policial. El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza. Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento.

Es por ello, que la actuación llevada a cabo en este caso en una actuación policial inmediata ante la gravedad de los hechos denunciados radica en que el Tribunal expone que:

"Partiendo del contenido de la denuncia, y de la extrema gravedad de los hechos incorporados a la misma, la Policía procedió a la detención de Luis Carlos quien, una vez informado de sus derechos, y debidamente asistido de Letrado, tras acogerse a su derecho a no declarar a presencia policial, prestó autorización expresa, tanto a que le fuera extraída saliva para análisis de ADN, como para que los agentes actuantes efectuaran la diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE000 , nº NUM001 , piso NUM002 , puerta NUM003 de DIRECCION001 (Barcelona), así como para que procedieran a la incautación de los ordenadores y demás material informático y de telefonía diversa que obrara en las referidas dependencias (folios 28 y 29).

Las referidas diligencias se llevaron a la práctica con el resultado que obra en los folios 52 a 54 de las actuaciones, a presencia del hoy procesado, de igual modo asistido de Letrado, quien no sólo accedió de forma voluntaria a la entrada y registro del domicilio y habitáculo que el mismo empleaba como despacho, sito en las dependencias del mismo inmueble, sino que, además, dentro de la línea de colaboración con la Justicia ya evidenciada previamente a presencia policial antes referida (folios 28 y 29), indicó de forma expresa a los agentes intervinientes que podían llevarse lo que quisieran porque él no tenía nada que ocultar, extremo que han puesto de manifiesto, de forma reiterada y coincidente, los Mossos d'Esquadra que procedieron a la práctica de las referidas diligencias.

Por otro lado, al folio 49 de la causa consta la entrega voluntaria efectuada por el hijo del hoy procesado, Rogelio , del ordenador portátil Toshiba 51800-752 S modelo número PS 183 E-2YV9P-SP, que era de su propiedad con archivos antiguos que en la actualidad no se usaba, por si era de interés para la causa".

Por ello, el Tribunal ha realizado un suficiente grado de motivación acerca del alcance del consentimiento y su explicación razonada acerca de la extensión de ese consentimiento, y a presencia de su letrado. Que más tarde pretenda el recurrente circunscribirlo a solo el acceso al inmueble no altera la realidad de lo allí ocurrido y la corrección de la extensión de la aprehensión del material informático y la orden judicial efectuada en el auto de fecha 15-9-15 para el conocimiento del contenido del material incautado, lo que da lugar al acceso de la segunda fase de la investigación.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Al amparo del art 5.4 LOPJ en relación con el art 852 LECrim por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art 24 CE .

Alega el recurrente la ruptura de la cadena de custodia por cuanto, entiende que los efectos intervenidos no se corresponden en su totalidad con los recogidos y precintados en la diligencia de entrada y registro.

Ante la alegación de la ruptura de la cadena de custodia es preciso recordar, como apunta la doctrina y asume esta Sala, que es vital que los sujetos y personas responsables de las funciones de identificar, almacenar, asegurar, embalar y transportar los restos y vestigios hasta analizarlos en el laboratorio y ponerlos a disposición judicial, declaren en el plenario si así lo solicitan las partes, sobre el cómo, cuándo, dónde y por quiénes se han realizado dichas operaciones, así como los procedimientos seguidos para poder cotejarlos con la normativa que los regula, a fin de llegar a deducir la normalidad de su custodia, o en caso contrario,



manifestar que existen serias dudas y contradicciones sobre su preservación, poniendo en peligro la fiabilidad y confianza en su regularidad y en cada una de las piezas de convicción o de las pruebas.

Esta Sala señala que a través de las declaraciones testificales de los Policías o de los expertos forenses, que aseguraron y examinaron las fuentes de prueba, se pueden aclarar en el juicio las cuestiones controvertidas que las partes, al formular las preguntas, tengan sobre la conservación o ruptura de la cadena de custodia - STS 195/2014, de 3 de marzo -. Son pues sus declaraciones y la valoración judicial que se hace de ellas, las que permiten al Tribunal mantener la fiabilidad, autenticidad e integridad que se predica de las muestras y el material intervenido relacionado con el acto delictivo.

Y, además, se añade que la cadena de custodia y su ruptura está conectada con las consecuencias jurídicas que se prevén cuando se formula su fractura o se predica de ella su inutilidad.

En este tema hay que distinguir que una cosa son las meras irregularidades, o defectos formales presentes en el iter que dibuja la cadena de custodia por los diversos lugares por donde transita la muestra o evidencia, tales como:

- 1.- Defectuosa o errónea numeración de las cajas que contienen la fuente de prueba.
- 2.- No consta el número de diligencias.
- 3.- No consta el acta de remisión de los elementos empíricos desde que se recogieron hasta su entrega en la sede policial.
- 4.- Falta de precinto.
- 5.- Embalaje inadecuado que no afecta a la muestra y a la información que cabe extraer de ella; o
- 6.- Mero retraso en la remisión al laboratorio de la sustancia intervenida para su análisis.

Se añade por esta Sala que estos casos y otros similares, no siembran dudas sobre la identidad de las sustancias u objetos ocupados, ya que se corresponde con lo intervenido policialmente. Estamos ante disfunciones de tipo más bien burocrático, que, en principio, salvo que vayan acompañadas de otra serie o conjunto de irregularidades que hagan peligrar la seguridad de la cadena de custodia, no tienen por qué cuestionar la autenticidad y mismidad de los vestigios y evidencias que fundamentan la prueba de cargo, y que son objeto de valoración judicial. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad - STS 339/2013, de 20 de marzo -.

Y ya centrados en lo que sí puede suponer la infracción de esta cadena se puede decir que otra cosa son los supuestos de grave alteración, contaminación, destrucción o pérdida de las muestras, efectos o instrumentos utilizados en la acción criminal, o incluso cuando las irregularidades administrativas generan una incertidumbre jurídica importante sobre el lugar y personas donde han estado los elementos fácticos.

Así, como apunta esta Sala, "Sólo si las deficiencias formales despiertan serias dudas racionales, debería prescindirse de esta fuente de prueba, no por el incumplimiento de algún trámite o diligencia establecida en el protocolo de recepción de muestras y su custodia, sino por quedar cuestionada su autenticidad" - STS 129/2015, de 4 de marzo -

Como ya señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, 541/2018 de 8 Nov. 2018, Rec. 2579/2017 :

"Por lo que se refiere a la cadena de custodia, en las SSTS 675/2015 de 10 de noviembre o 460/2016 de 27 de mayo sintetizábamos la doctrina jurisprudencial en relación a esta cuestión, y decíamos que, en palabras de la STS 1/2014 de 21 de enero , la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental. Lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez ( SSTS 129/2011 de 10 de Marzo , 1190/2009 de 3 de Diciembre o 607/2012 de 9 de Julio ).

Recordaba la STS 725/2014 de 3 de noviembre , que la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba. De acuerdo con la STS 587/2014 de 18 de julio , la cadena de custodia no es prueba en sí misma, sino que sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. Su infracción afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso. En palabras de la STS 195/2014 de 3 de marzo , no es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (en el mismo sentido STS 320/2015 de 27 de mayo o STS 388/2015 de 18 de junio ).





Para examinar adecuadamente si se ha producido una ruptura relevante de la cadena de custodia no es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, es necesario que la parte que la cuestione precise en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido tal interrupción".

Pues bien, sobre el contenido de la impugnación en torno a la cadena de custodia se expone con detalle y concreción por el Tribunal que:

"No se aprecia por la Sala alteración alguna de la cadena de custodia referida a los equipos informáticos, artilugios de almacenamiento masivo, USBs, CD-ROM, DVD intervenidos en la entrada y registro efectuados en el domicilio y despacho del hoy procesado.

En efecto, respecto a ellos, alega la defensa falta de coincidencia entre lo que se censa en el momento de la incautación y lo que se analiza con posterioridad.

Dice, de este modo, que no coincide lo que se enumera como incautado y lo analizado porque en el informe elaborado por los peritos sobre el indicio B2 se hace referencia a un ordenador TOSHIBA (folio 232 y 240), mientras que en realidad lo que se analiza en un ordenador ACER.

Añade que el indicio D1 (folio 238) no va acompañado de informe pericial alguno, al ser agrupado en el folio 241 junto a los indicios A2, A6, y A7 como material sin información relacionada con el objeto del informe, de donde, según su postura, surge la duda de su existencia, concluyendo que todo ese conjunto de incongruencias provoca dudas sobre la coincidencia del material incautado con el peritado, las cuales únicamente pueden tener su origen, según la defensa, en una vulneración de la cadena de custodia, es decir, en un defecto esencial del procedimiento con efectiva indefensión para su patrocinado, y, por tanto con entidad suficiente como para motivar la nulidad de la prueba pericial informática.

No puede compartir la Sala su postura, y ello porque, a preguntas de las partes, **los defectos denunciados por la defensa fueron cumplidamente aclarados por los peritos informantes en el acto del plenario.**

Así, los mismos pusieron de manifiesto que:

#### 1.- Error aclarado:

El ordenador portátil Modelo PS 183 E-2YV9P-SP, correspondiente al vestigio B2, **era un ACER original**, aunque **se hizo constar por error en el informe que correspondía a un TOSHIBA** (folio 238).

#### 2.- Error aclarado:

De igual modo, pusieron de manifiesto que en el vestigio número D1, donde constaba la descripción de un disco duro marca TOSHIBA extraído de un ordenador portátil marca ACER (folio 238) del que no se incluía información alguna al folio 241, por haberse agrupado dicho vestigio D1 con el A2, A6 y A7 como "resto de material sin información relacionada con el informe", que dicha agrupación fue errónea, y debió hacerse constar que el vestigio recaía sobre un ordenador ACER, lo cual se omitió también por error, pero **sin incidencia alguna en su identidad, destacando que el resto, es decir, el disco duro y el número de serie, coinciden en su totalidad.**

#### 3.- No afectación a la identidad de lo incautado.

Los peritos atribuyeron la existencia de los referidos errores al hecho de que los agentes intervinientes en la entrada y registro no son expertos en informática, de ahí que, en ocasiones, confundan algún número de identificación con otros números también incorporados al mismo PC, pero **sin que ello afecte a la identidad, ni de lo incautado, ni de lo analizado. La prueba pericial informática puede, por todo ello, ser valorada.**

#### 4.- Datos protegidos por claves:

Por último, dentro de esta primera cuestión, se objeta la obtención de datos concretos que, según su postura, se hallaban protegidos por claves a las que se accedió ilícitamente, sin autorización del interesado ni resolución judicial habilitante.

En el acto del juicio, los peritos informáticos han ido desgranando uno a uno los archivos de interés para la causa que fueron objeto de su análisis, así como los medios empleados para el acceso a los mismos.

De este modo, respecto al vestigio A1, torre de ordenador sin marca con numeración terminada en 35, indican que no existía ningún archivo de interés, pero que incluía el programa TOR, es decir, todo encriptado, opaco para la Red. De ahí se extrajeron dos discos duros SEAGATE, que incorporaban, por un lado, un archivo comprimido en el que se podía observar el nombre de los ficheros que contenía, pero no se podía acceder a ellos porque exigía contraseña, razón por la que no accedieron al mismo.



Sin embargo, además de lo anterior, **se encontraban unos vídeos sin contraseña que habían sido borrados, y que contenían, a la vista de sus nombres, los mismos archivos que se habían protegido con clave en el archivo comprimido, los cuales fueron obtenidos mediante simples algoritmos para recuperar información robada conocidos por cualquier experto informático, los cuales fueron incorporados al DVD.**

Nada del vestigio A2, por carecer de interés para la causa.

#### **5.- Vídeos e imágenes sexuales o eróticas con menores de edad sin contraseña.**

En relación con el A3 (once discos ópticos en formato CD; tres discos ópticos en formato DVD; una tarjeta de memoria Compact Flash marca Kingston de 1 GB de capacidad; y un disco duro externo marca MAXTOR de 160 GB de capacidad), se tomaron los dos discos ópticos, (del CD "Movies +", diez vídeos y dos imágenes sexuales, eróticas o pornográficas donde intervienen menores de edad o jóvenes adolescentes de edad indeterminada; y CD "Backup 1", 18 vídeos y 11 imágenes, sexuales, eróticas o pornográficas donde intervienen menores de edad o jóvenes adolescentes de edad indeterminada), al carecer ambos de contraseña.

#### **6.- Idéntica mención que el supuesto anterior.**

Del disco duro externo MAXTOR se extrajeron tres vídeos con imágenes sexuales, eróticas o pornográficas donde intervienen menores de edad o jóvenes adolescentes de edad indeterminada, así como un conjunto de imágenes y vídeos "manga" donde aparecen animaciones que representan jóvenes o niñas en acciones de carácter pornográfico, no incluyéndose el resto por su gran volumen.

#### **7.- Conversación vía whatsapp.**

El vestigio A4, referido a un teléfono móvil marca SAMGSUM, no permitió acceder a la tarjeta SIM, en el que obrarían la agenda y la lista de llamadas. Sí que se obtuvo una conversación vía Whats App, once contactos, tres mensajes y tres SMS, así como el historial de internet.

#### **8.- Descubrimiento de secretos.**

El vestigio B2 incorpora un disco duro WD 7500BPVT con nº de serie NUM007 . De él se extrajeron un documento de texto llamado "SKIPE.docx", que contiene conversaciones entre los interlocutores con nombre de Bárbara y Rana , a la par que se observó la existencia el programa TOR, que permite navegar anónimamente por internet sin que se pueda obtener ningún rastro de navegación (folio 243).

El vestigio C2 consiste en una memoria USB marca TRANSCEND que contiene un documento de texto llamado "SKIPE.docx", que contiene el mismo archivo de las conversaciones entre Bárbara y Rana , además de diversas imágenes y vídeos de temática manga donde aparecen personajes que representan menores de edad realizando actos de carácter sexual, erótico o pornográfico.

Y, finalmente, el vestigio D1, consistente en el ordenador marca ACER, del que resulta predicable la aclaración realizada por los peritos en el acto del juicio y ya comentada con anterioridad.

Pues bien, es criterio de la Sala, de conformidad con lo argumentado anteriormente, que la totalidad de la referida información se obtuvo de forma lícita, al contar con la autorización del interesado, que, además de hallarse asistido de Letrado, era experto en informática, como ha admitido él mismo (al igual que sus hijos y el resto de familiares que han depuesto en el plenario, incluida su sobrina Bárbara ), de modo que **no podía llamarse a error sobre el alcance de la autorización así prestada, tanto para la incautación como para el análisis del contenido de lo intervenido, al indicar que podían llevarse lo que quisieran porque no tenía nada que ocultar** .

Tampoco observa la Sala, como se indicaba con anterioridad, alteración alguna en la cadena de custodia, por más que se hayan apreciado esas pequeñas disfunciones denunciadas por la defensa que han sido adecuadamente aclaradas por los peritos, y que no tienen incidencia alguna en la validez de la prueba pericial, de acuerdo con la jurisprudencia existente al efecto y antes comentada".

En consecuencia, la alegación de nulidad resulta totalmente inconsistente, atendida la declaración efectuada por los Peritos Informáticos que dejaron claro que, si bien pudieran existir los errores puestos de manifiesto por el recurrente "pero sin que afecte a la identidad, ni de lo incautado, ni de lo analizado" en los términos que expusieron. No existe, pues, una alteración de las pruebas obtenidas en lo esencial y lo que ha sido analizado y clave para fundar la sentencia condenatoria, como se ha explicado con acierto por el Tribunal.

El motivo se desestima.

**CUARTO** .- 3.- Al amparo del art 5.4 LOPJ en relación con el art 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art 24 CE .



Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada ( STS. 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12 , STS 45/2011 de 11 Feb. 2011 ) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5 ).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba ( SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4 ).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12 , 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE , sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.



De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar **debe analizar el "juicio sobre la prueba"** , es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"** , es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"** , es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

**" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .**

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical** .

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , o de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de





su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa ( STS 28-12-2005 ).

Pues bien, el recurrente cuestiona que no haya habido prueba suficiente y de cargo respecto de los delitos por los que ha sido condenado, y así:

**1.- Delito continuado de agresión sexual de los artículos 183.1 , 2 , 3 y 4 letra d ) y artículo 179 y 180.3 y 4 en relación con el 74 del Código Penal en su redacción introducida por la LO 5/2010.**

El Tribunal llega a la convicción de la comisión de este delito por el recurrente en base a la declaración de la menor, señalando que:

"La prueba practicada en el procedimiento ha llevado a la Sala a la conclusión de su suficiencia para demostrar que el procesado, prevaliéndose de la ascendencia que, por las razones antedichas, tenía sobre su sobrina Bárbara , con la que convivía de hecho junto a su madre, su hermano y su hermana menor desde la muerte del padre de aquella, y aprovechándose de las ocasiones en que se quedaba a solas con la menor, procedía, inicialmente, a **acariciarle los pechos, las nalgas, así como el clítoris y la vagina por debajo de la ropa** ; y, posteriormente, más adelante en el tiempo, **amedrentándola con mandar todo a la mierda, contar a su madre lo sucedido entre ellos y publicar fotos de esos actos lúbricos que el mismo había tomado sin consentimiento de la menor a introducirle el miembro viril en la boca para que se lo chupara, y a meterle por la vagina, aparte de los dedos, un bolígrafo en forma redondeada, procediendo finalmente a penetrarla por vía vaginal con su miembro viril** ".

Con ello, el Tribunal describe los hechos llevados a cabo por el recurrente y que constan de forma descriptiva en los hechos probados anteriormente referenciados. El recurrente pretende la alteración de los hechos probados cuestionando la acertada valoración que, de la prueba practicada, lleva a cabo el Tribunal.

La prueba que pone de manifiesto el Tribunal se centra en:

*a.- La declaración de la víctima.*

Podemos realizar una secuenciación de los extremos que destaca el Tribunal en su valoración probatoria para su convencimiento acerca de que la menor dijo la verdad acerca de los execrables hechos de los que fue víctima sexual del recurrente durante un largo periodo de tiempo, abusando y aprovechando su ascendencia,



sustitución de la figura paterna y el temor de la menor, tanto por su edad, como por las consecuencias que le trasladaba si no accedía a sus pretensiones de contenido sexual.

### 1.- Duración de los hechos típicos:

"El período temporal los fija entre 2010 y 2015, desde que la menor contaba con nueve años de edad, hasta que tenía entre trece y catorce años, según narró la misma mediante un detallado relato de los hechos enjuiciados".

### 2.- Coincidencia en sus declaraciones.

"La declaración de la menor es esencialmente coincidente con lo manifestado en la denuncia formulada ante la Comisaría de Policía, a la que asistió con su madre, en el DVD donde obraba su declaración sumarial practicada como prueba preconstituida, que ha sido debidamente visualizada en el acto del juicio oral".

### 3.- Progresión delictiva.

"La progresión delictiva, también. Al inicio, cosquillas y besos; luego tocamientos en el sofá; después, caricias en pechos y partes íntimas, culo y clítoris; finalmente, penetraciones vaginales con dedos, bolígrafo y pene, así como bucales, descritas por la menor como los hechos más reiterados ("él le acariciaba los pechos, y ella le chupaba").

La frecuencia de estos hechos se produjo de forma diversa, según su relato".

### 4.- Concreción de los actos de contenido sexual.

Narra, de este modo la menor que **las penetraciones vaginales, desde que se iniciaron, eran poco frecuentes, dos o tres veces al mes, fijando los tocamientos en los pechos y las felaciones con una mayor frecuencia, casi diaria en verano, unas quince veces al mes a lo largo del año**, manteniendo que todas estas conductas eran rechazadas por ella, pero que se sometía a las mismas por las amenazas que él le dirigía, siempre del mismo tenor, mandarlo todo a la mierda, contárselo a su madre, o difundirlo en las redes sociales.

### 5.- Convencimiento del Tribunal acerca de la credibilidad de la menor.

"Al entender de la Sala, la prueba practicada en el procedimiento, y apoyada de forma primordial en estas declaraciones de Bárbara, ha resultado suficiente para acreditar que las referidas acciones lúbricas continuadas de forma intensamente reiterada durante ese largo período de tiempo, dentro del clima coercitivo antes descrito, incluidas las penetraciones vaginales y bucales, tuvieron, en efecto, lugar.

Así lo relata aquélla de forma unidireccional a lo largo del procedimiento, mediante un **detallado relato de los hechos enjuiciados efectuado durante la exploración judicial (folios 84 y 85)**, esencialmente **coincidente con lo manifestado en la denuncia formulada ante la Comisaría de Policía**, a la que asistió con su madre, y con el **contenido de la exploración judicial grabada en formato DVD, que ha sido debidamente visualizado en el acto del juicio oral**.

En efecto, estas declaraciones han sido unidireccionales y permanentes a lo largo del procedimiento, hallándose revestidas de credibilidad para ser valoradas como prueba, según se avanzaba con anterioridad, y en las que **no hemos apreciado ningún móvil espurio u otro factor de distorsión capaz de poner en duda, la veracidad de sus afirmaciones**.

En este sentido, cabe destacar que tanto el procesado como la menor ponen de manifiesto la buena relación que mediaba entre ambos, diciendo él que de los tres sobrinos era con ella con quien más afinidad tenía, e indicando la menor que de pequeña era muy cariñoso con ella, jugaban juntos, le hacía cosquillas y le regalaba chuches, si bien todo cambió desde que su padre cayó enfermo y él los cuidaba, cuando ella contaba con unos nueve años de edad, en qué comenzaron los tocamientos iniciales seguidos de la ya descrita progresión delictiva que venía acompañada de un control obsesivo hacia la misma, fiscalizando incluso las conversaciones de su móvil y las que realizaba vía skipe.

En efecto, Bárbara describió en la referida declaración cómo el procesado, su tío, el tío al que ella y sus hermanos llamaban cariñosamente "tete", cuando su padre se encontraba ingresado porque estaba enfermo de cáncer y el procesado se quedaba en casa al cuidado de ella y de sus dos hermanos, es decir, cuando la niña contaba sólo con nueve años de edad, aprovechaba esa circunstancia para tocarla. Añade que después fue a más. Que en quinto o sexto curso de primaria, además de tocarle las partes íntimas, empezó a penetrarla en la boca, casi a diario. Si ella no accedía, se enfadaba, la amenazaba diciéndole que lo enviaría todo a la mierda, que se lo contaría a su madre y que publicaría fotos y vídeos que había grabado de esos hechos en las redes sociales.

Recuerda, además que en primero de ESO, cuando le vino la regla, intento una penetración, aprovechando que su madre se había ido a comprar. Que le tocaba el pecho, el culo...le frotaba el clítoris para estimulárselo... le



decía que se lo hiciera ella a él, algunas veces le metía los dedos en la vagina, otras, una especie de bolígrafo redondeado que aún andaba por el despacho.

Indica que pasaban mucho tiempo allí, sobre todo en verano, mientras sus hermanos estaban distraídos arriba y su madre fuera. Manifiesta asimismo que el procesado le decía que la tenía que preparar para la penetración, y que **a fines de primero de ESO, o segundo, tras colocarla sobre la mesa del despacho y colocarle un lubricante que guardaba en el despacho, la penetró vaginalmente**. Que ella lloraba y le decía que parara porque le hacía mucho daño, pero que él siguió, hasta que, en un momento determinado se apartó y eyaculó fuera, momento en que la misma aprovechó para escapar y subió llorando hasta el piso de arriba, donde vivían, hasta que vino su madre. Que **esas penetraciones se repitieron también en varias ocasiones, aunque no muchas**. Que no se atrevía a decírselo a su madre para no darle un disgusto, pero que sí se lo dijo al "**Noni**", **un amigo suyo con el que hablaba por skipe, quien le animó a que se lo contara a su madre. Y así lo hizo**.

A partir de allí, explica Bárbara que su madre la protegió en casa, que nunca la dejaba sola, y que esperó la vuelta de la hija del procesado para denunciar, que se arrepiente de no haberse atrevido a contárselo antes.

Fija la menor precisamente en esas fechas la primera aparición de los links, **fotos de esas relaciones que el procesado había efectuado sin su consentimiento, con las que la amenazaba para que siguiera sometiéndose a sus imposiciones sexuales como única forma de evitar que las publicara en las redes sociales**.

Alega de igual modo que no la dejaba hablar con su amigo el "**Rana**", que ejercía un control obsesivo sobre ella, no sabe si por celos o por qué.

Que **el procesado tiene grabadas en móvil conversaciones entre ella y el "Rana", y fotos de ella desnuda**.

Que la menor intentaba esquivarlo pero no sabía cómo pararlo, que el último verano fue el peor, el más duro, que sufrió mucho, que la forzaba mucho. Que ella quería suicidarse y no tenía valor. Que cuando era pequeña le regalaba móviles y chuches, pero que después ella no aceptaba, que en la caja fuerte guardaba lubricante y anticonceptivos, que le decía que se lo pusiera, que siempre tenía papel higiénico en el despacho, y que cuando acababa se limpiaba con él. Que lo que más le pedía era que se lo metiese en la boca y se lo chupara, mientras él le tocaba los pechos, ella le chupaba, y que si le hacía poco y se iba corriendo con sus hermanos, él aparecía después y, delante de ellos, le decía "¿y lo mío qué?", "¿qué hay de mi trabajo?".

Estas declaraciones persistentes, unidireccionales, sin contradicciones evidentes, sin sombra de incredibilidad subjetiva en la testigo, y sin rasgo alguno que evidencie como detonante de las mismas algún tipo de animadversión hacia el procesado por parte de la menor, no han sido aisladas en el procedimiento, sino que se han visto confirmadas por otros medios de prueba, confluyentes todos ellos en la misma dirección".

*Valoración del conjunto probatorio con la relevancia de la declaración de la víctima en delitos sexuales.*

Como esta Sala ya expuso en **sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2018 de 11 Jul. 2018**, Rec. 1165/2017

"Es de destacar la importancia que tiene la declaración de la víctima que lo ha sido de delitos contra la indemnidad sexual, hechos claramente rechazables en nuestra sociedad en los que se victimiza a una menor, como en este caso, y con el aprovechamiento de la confianza de una persona de su entorno, lo que hace, en principio, más sencillo al autor del delito perpetrarlo amparándose en la confianza que sus lazos familiares le permiten el acceso y el contacto directo.

Sobre el valor de la declaración de la víctima esta sala del Tribunal ha señalado, entre otras en la Sentencia 935/2005 de 15 Jul. 2005, Rec. 567/2004 que "la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba efectuados en el juicio oral, contradictoriamente, y que la prueba haya sido obtenida y practicada de la forma que regula la ley procesal criminal, que la convicción judicial se obtenga con absoluto respeto a la intermediación procesal y que esta actividad y convencimiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia, de otro lado, se ha de resaltar, y en este punto se debe coincidir en que el convencimiento del Juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando ésta sea la propia víctima ( SSTS 19-1 , 27-5 , y 6-10-88 , 4-5-90 , 9-9-92 , 13-12-92 , 24-2-94 , 11-10-95 , 29-4- 97 , 7-10-98 ; STC 28-2-94 ).

En efecto la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del TS (SS706/2000 y 313/2002 ) como del TC (SS 201/89 , 173/90 , 229/91 ).

Esto no quiere decir que la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.



Así esta Sala del Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional respetando, con buen criterio, el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y Tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al Tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba".

En este caso la argumentación del Tribunal en cuanto a la valoración de la prueba es correcta y explicativa sobre el proceso llevado a cabo por el Tribunal para enervar la presunción de inocencia, en base no solo a la declaración de la víctima, que en estos casos es relevante y determinante en casos de delitos sexuales cometidos con menores y la gravedad que ello supone para el desarrollo de su personalidad. Debe valorarse en estos casos, también, el perjuicio grave en el desarrollo futuro del menor de edad, como concepto a tener en cuenta en delitos de esta naturaleza perpetrados sin testigos y en un ambiente tan hostil para ellos como suponen los ataques sexuales cometidos por familiares, o de su entorno, como puede ser en este caso quien asumía la condición de responsable familiar, lo que lleva consigo un ataque a su personalidad y a su desarrollo futuro que debe tenerse en cuenta en estos casos por la gravedad intrínseca que determina el ataque sexual de un adulto a un menor para el que esos hechos suponen un tremendo shock que influirá en su desarrollo y en sus relaciones personales, provocando, además, una barrera difícil de superar en atención al negativo impacto emocional que le provocan estos hechos que no comprende y que le causarán una "servidumbre psicológica" que está en contra de los principios protectores que rodean toda la legislación del menor, cuyo interés debe ser tutelado por afectar, también, a su propio desarrollo sexual y visualizar estos hechos como algo negativo en su futuro.

*b.- La declaración del acusado.*

Aunque éste niega la existencia de las conversaciones de whatsapp que le fueron exhibidas el Tribunal, al reconocer algunos mensajes, afirma que queda probado "que mantenían conversaciones vía Whats App que ponen de manifiesto el férreo control que el mismo ejercía sobre la menor, indicándole que le iba a contar a su madre lo que hacía. Ciertamente es que dicha frase ("esto se ha acabado") por su ambivalencia, permite servir tanto a la tesis de las acusaciones como a la de la defensa. Pero no lo es menos que, con dicho reconocimiento parcial, el procesado corrobora los extremos de la vía de comunicación entre ellos, aparentemente innecesaria dada su convivencia diaria; así como el comentado exhaustivo control sobre la menor a causa de la relación que la misma mantenía con el " Rana ".

*c.- Declaración de la madre de la menor, Serafina .*

"Manifestando, al igual que lo hizo en fases previas del procedimiento, que desde los once o doce años de "ella, cuando el hoy procesado contaba con veinticinco o veintiséis, el procesado abusó de ella, llegando a penetrarla vaginalmente a partir de los trece años. Que él se hizo novio de su hermana Rosaura , quien conocía la situación, pero la toleraba, mientras que ella consentía los hechos al sentirse presionada por él. Que el procesado se casó finalmente con su hermana, mientras ella seguía soltera, poniendo entonces ella con Luis Carlos , a la sazón su cuñado, una guardería en el NUM003 piso del inmueble.

Añade en su relato que en el año 1997, la testigo, Serafina , se casó también, a pesar de lo cual siguió manteniendo relaciones sexuales con él hasta después de que sus hijos hubieran nacido, cesando dichas relaciones poco antes de 2010.

Por lo que respecta a los hechos enjuiciados, Serafina indica que su hija no le había contado hasta finales de julio de 2015. La niña le contó que el procesado la tocaba, y que había llegado hasta el final; que lo hacía desde que su padre estaba enfermo. Que tanto los tocamientos como las penetraciones solían tener lugar en el despacho, donde había tres ordenadores, mientras que en el domicilio se encontraba el portátil, añadiendo que los ordenadores no tenían clave.

Mostrada que le fue la fotografía obrante la folio 70 de autos, la misma indica que es la imagen que le envió el procesado a su hija para hacerle presión. Que ella se la envió al novio; él a ella y que, finalmente, Bárbara se la enseñó a su madre. Reconoce la chaqueta de chándal como la intervenida en el registro, indicando que el procesado la llevaba habitualmente, y que se la lavaba ella misma, de ahí que no tuviera dudas sobre el particular.





... Preguntada, a su vez, por la fotografía en la que aparece la joven desnuda de cintura para arriba mientras la mano de un hombre mayor con un chandal gris le acaricia uno de sus pechos, así como las fotos obrantes a los folios 327 y siguientes, Serafina indica que esas fotos se tomaron en el despacho, que reconoce el lugar, así como el gato, que es suyo.

Finalmente, manifiesta que, aproximadamente en mayo de 2015, su otra hija, María Milagros, le dijo algo así como " Bárbara es la mimada, claro, como se lo deja hacer todo...". que cuando le pidió explicaciones de lo que había querido decir, la menor lo negó. A pesar de ello, Serafina dice que le preguntó al procesado qué le había hecho a su hija, negándolo todo él.

Pues bien, del referido testimonio, el tribunal extrae claras conclusiones. La primera, porque también ha creído a Serafina (al mantener igual persistencia y coherencia en sus distintas manifestaciones, y al no presentar ningún móvil abyecto o espurio ni evidenciar cualquier otro factor de distorsión con entidad suficiente como para poner en duda la veracidad de sus afirmaciones), que hechos análogos a los sufridos por la menor Bárbara habían sido padecidos también por su madre a manos del procesado durante la infancia. Que Serafina creyó totalmente a su hija cuando le narró lo sucedido, decidiendo protegerla desde entonces de su agresor, hasta la vuelta de la hija de aquél, en que, de forma conjunta, formularon denuncia. Que esto produjo auténtica inquietud en el procesado, el cual decidió aumentar las presiones ejercidas hasta entonces sobre la menor con la remisión de los mensajes vía Whats App obrante en los folios 72 y siguientes del procedimiento, así como el link de la imagen remitida con el mismo fin. Y, finalmente, que él, técnico electricista industrial dedicado a arreglar ordenadores, siempre solía estar en el despacho, donde había tres ordenadores, en uno de los cuales tenía una Web Cam desde la que, posiblemente realizó las fotos, porque la menor no sabía que las hacía".

d.- Declaración de la hermana de la víctima, María Milagros .

Señala en este extremo el Tribunal que:

"La misma manifiesta que la preferida era Bárbara, que le consentía más que a los demás; que los fines de semana Bárbara bajaba al despacho con el tío y se quedaba a solas con él. Que ella **veía raras las indirectas que le mandaba a Bárbara, del tipo cuándo harás la tarea, cuándo harás lo mío, y sabes lo que tienes que hacer..** . Notó que Bárbara lo esquivaba.

A ella no le decía nada, pero **notaba que su hermana intentaba evitar quedarse a solas con él**, y que cuando estaba con él se sentía incómoda, aunque no le decía nada;

**Un día de verano, su hermana apareció llorando después de haber estado con su tío, parecía que le iba a contar algo, pero al final no lo hizo.** Describe, finalmente, que la puerta del despacho siempre estaba cerrada, aunque se podía entrar libremente, y que ella había entrado alguna vez sorprendiéndolos, quedándose entonces ambos callados, pero sin haber visto nada más. De dicho testimonio se desprende cómo la menor envidiaba inicialmente de algún modo a su hermana por ser la preferida de su tío, y ver cómo la misma obtenía, sin razón aparente, cierto trato de favor, lo que corrobora la versión de Bárbara sobre tal extremo.

También manifiesta María Milagros que **el tío pasaba muchos a solas con Bárbara en el despacho**, incluso cuando los tres menores ya tenían ordenadores propios en su vivienda, así como que aquella se veía incómoda con él, y que a menudo intentaba evitar su compañía, algo que también coincide con la versión de la víctima, al indicar que no sabía cómo parar aquello, y que tenía miedo de que si no accedía a los deseos de su tío todo saliera a la luz. Finalmente, confirma también la hermana de Bárbara que un día de verano volvió de estar con el tío llorando, y que parecía querer contarle algo, si bien después no lo hizo. Una escena plenamente coincidente con la descrita por Bárbara respecto al día en que le realizó la primera penetración vaginal".

e.- Declaración de Juan Antonio .

Señala el Tribunal que:

"Ha sido de especial relevancia la declaración de Juan Antonio, conocido como el " Rana ", amigo de Bárbara, que conoció a la misma en febrero de 2015 por internet, a través de un videojuego y con el que mantenía conversaciones vía Skipe, **primera persona a la que le relató los actos sexuales a los que era sometida por parte de su tío**, dentro de una versión plenamente coincidente, tanto con la que contó después a su madre, como con el resto de las que la menor ha venido prestando a lo largo del procedimiento.

Cuenta, así, el testigo que aproximadamente en el mes de abril de 2015 ambos comenzaron una relación sin verse físicamente. El joven relata de igual modo que, **en una de las conversaciones que mantenían, sobre finales de julio de 2015, Bárbara le dijo que el procesado abusaba sexualmente de ella, y que lo hacía desde que su padre estaba enfermo**; le contó que una semana antes de esa conversación hubo penetración... y poco más. Ante dicha noticia, **Juan Antonio aconsejó a Bárbara que se lo contara todo a su madre, pero ella tenía miedo de que publicara fotos de ella desnuda, o de que algo saliera mal, porque él la amenazaba con ello.**



Al fin, sí que le hizo caso y se lo contó. Poco tiempo después se interpuso la denuncia, si bien, antes, **el procesado le envió a Bárbara algún link de los que sólo se pueden abrir una vez, con la finalidad de amenazarla diciéndole que podía enviar a las redes sociales fotos de ella desnuda y cosas parecidas, así como que, lo mandaría todo a la mierda y se lo contaría a su madre** .

Un día, **el procesado le envió uno de esos links y ella se lo mandó directamente a Juan Antonio sin abrirlo. Era la foto en que ella salía desnuda de la cintura para arriba, y el procesado tocándole uno de los pechos con un chándal gris. Esta declaración no viene sino a confirmar la coherencia y persistencia de la versión, de la víctima, la cual se ve dotada de plena solidez, sin amago alguno de quiebra en su relato.**

El recurrente pretende más tarde conectar esta relación con este testigo como un argumento para sustentar un resentimiento hacia el recurrente por intentar éste que rompa la relación con su amigo, pero lejos de ello esta actitud lo que demostraba es la pretensión de dominación sobre la menor y de apartarla de cualquier persona que pudiera inmiscuirse en su objetivo sexual, y es, precisamente, esta relación la que provoca que ella pueda tener la decisión de contárselo a su madre, movida por el buen consejo de este testigo.

*f.- Prueba pericial psicológica.*

Apunta el Tribunal la importancia de la prueba "pericial psicológica emitida por los psicólogos del DIRECCION002 , quienes describen a Bárbara como una joven madura para su edad, de discurso lógico y **sin fabulación** , la cual **les narra que comenzó a ser abusada a los nueve años** , inicialmente con cosquillas sobre el sofá, que se fueron agravando con posteriores tocamientos en zonas íntimas **hasta acabar con las penetraciones, tanto bucales como vaginales, dedos, bolígrafo, pene.**

Califican las psicólogas esta evolución en el **incremento de las acciones sexuales perpetradas sobre la menor, según descripción de aquélla, como algo típico de los abusadores de menores** ; al igual que el control excesivo sobre la persona abusada, que obedece a celos por el temor de perder al objeto ya dominado de su deseo sexual. **No aprecian en el relato ni inconsistencia ni contradicciones, y sólo se decide a contarlo a raíz de la dolorosa penetración vaginal, cuando ya no puede más.**

Por otro lado, si bien las peritos valoran que la menor goza de inteligencia suficiente como inventar un relato, lo descartan en este caso atendido que el mismo **incorpora muchas interacciones de miedos, excusas o inquietudes que son reveladores de haberse visto sometida a la situación descrita** ; y que resultan muy difíciles de inventar sin incurrir en inconsistencia o contradicciones. **Tampoco valoran indicadores de inverosimilitud o relación negativa, ni ánimo de venganza o maquinación, ni de hostilidad frente al procesado, al desarrollar la misma una narración muy neutra, con mucha información no acusatoria.**

De igual modo, ponen de manifiesto las peritos que en su relato Bárbara **no exterioriza una afectación aparente, algo que, según su especialidad en Psicología, obedece al fenómeno denominado de disociación, que sitúa la realidad traumática vivida al margen de ella misma, es decir, se cuentan los hechos vividos como si le hubieran sucedido a otro** , una forma de canalizar la tensión provocada por una situación de esta índole a lo largo del tiempo.

Por último, califican a la menor como una niña normativa, conformada con su entorno familiar y social, y respetuosa con las normas. Ella nunca quiso lo que le estaba pasando, pero callaba por los profundos temores que comportan este tipo de situaciones a las personas atrapadas por un abuso crónico, al quedar las mismas enganchadas, es decir, profundamente atrapadas por la situación.

De modo que iba aguantando hasta que la penetración vaginal, que el causó mucho dolor, y mucha rabia, le permitió desprenderse del miedo, como paso previo para contarlo y, así, poder lograr salir de la situación.

Dicha **prueba pericial no bien sino a confirmar, por tanto, la ya apreciada por el tribunal credibilidad de la menor, así como la verosimilitud de su relato**, desarrollado a lo largo de un importante período de su vida dentro de su entorno familiar, constituyendo, junto a las declaraciones analizadas, material probatorio suficiente para concluir que los hechos relativos al delito continuado de agresión sexual ocurrieron en la forma contada por la menor".

Existe, pues, prueba suficientemente valorada en cuanto al delito continuado de agresión sexual, por cuanto la declaración de la menor es corroborada por la probanza antes referida. El Tribunal lleva a cabo un proceso valorativo y expone de forma detallada la convicción que le alcanza en el conjunto de los seis medios probatorios antes descritos en cuanto que no solamente existe la persistente y clara versión de la víctima, que pese a su edad recordó con detalle el sufrimiento del que fue víctima, siendo crucial la versión ofrecida por el testigo Juan Antonio , que es el amigo de la menor que es quien la convence para denunciar los hechos a su madre, y que es quien acaba provocando la actuación de la madre y la posterior detención del ahora recurrente.



La versión de la víctima es corroborada por la declaración de los peritos psicólogos a quienes el Tribunal valora otorgando plena credibilidad a lo que cuenta la menor, siendo real lo que la misma ha relatado, como expone el Tribunal con detalle en la sentencia.

Así, pese a que el recurrente niegue los hechos hemos precisado que la valoración del Tribunal es acertada, porque, aunque el recurrente señale que existe un móvil espurio en la declaración de la menor, y un móvil de resentimiento de Bárbara hacia su tío Luis Carlos, se trata solo de una mera suposición del recurrente sin verdadero contenido probatorio, porque lejos de acreditarse ese extremo, lo que se ha acreditado es el "silencio permanente" de la menor ante el ataque sexual que causó a la misma el recurrente. No se sostiene que, lejos de lo que se ha acreditado, se alegue que la reacción de la menor de contar esa relación de hechos tan sumamente graves venga motivada por la pretensión del recurrente de exponerle que rompiera su relación con Juan Antonio, ya que los peritos han expuesto que la menor dice la verdad y el Tribunal ha escuchado su versión y, pese a su edad, la misma es consistente, persistente y veraz, pese a referirse a unos hechos tan sumamente graves y que la menor recordaba, pese a los episodios tan graves que ha tenido que vivir pese a su corta edad.

Además, ya hemos expuesto en reiteradas ocasiones que la circunstancia de que los menores de edad silencien durante largo tiempo este tipo de agresiones y abusos sexuales tiene su razón de ser en extremos o circunstancias como las que aquí han ocurrido, al ver a su agresor sexual como la pareja o familiar de su madre, ser amenazadas con advertencias que a ellas les atemorizan y aguantando los reiterados actos de ataque a su indemnidad sexual de forma silenciosa y callada hasta que un acontecimiento concreto les hace decir "basta ya" y toman la decisión de contárselo a su madre, o a un amigo, como principalmente ocurrió, y de ahí denunciar los hechos a su madre. No es fácil en estos casos tener un "acto de valentía" en lo que a un menor de edad le puede resultar sumamente difícil llevar a cabo cuando es en su propio entorno familiar y por una persona de su entorno por parte de quien se producen esos ataques de contenido sexual.

Cuestiona el recurrente la prueba pericial, pero lo que los peritos exponen es que la menor dice la verdad, no que fabula, como expone el recurrente, y frente a la crítica de las corroboraciones periféricas del recurrente, hemos expuesto que el Tribunal las valora acertadamente, las relaciona con detalle. Cuestiona la valoración de los extremos que llevan al Tribunal a servir de corroboración periférica, pero la declaración de Juan Antonio, es relevante, porque aunque se lo haya contado la menor es la persona que le convence de que deje de estar en silencio, testigos que siempre son importantes en este tipo de casos de delitos sexuales o maltrato, cuando advierten a la víctima de que cese en su actitud de silencio y denuncie los hechos. Por ello, aunque conozca de los hechos por la referencia que le cuenta la menor es importante su versión porque apoya y corrobora el resto del material probatorio expuesto por el Tribunal que gira en la misma dirección, pese a la tesis negativa del recurrente.

Respecto de la fotografía en la que aparece la menor desnuda es la misma la que señala que esa foto se la envía el acusado y ella la reenvía, porque entra de lleno en la valoración del Tribunal integrando el resto del material probatorio, como un indicio más corroborador.

Respecto de los mensajes de Whatsapp hay que hacer constar que, en efecto, el recurrente alega que los impugnó en el escrito de defensa. Y en este caso es preciso recordar que, en efecto, es el momento procesal donde debe llevarse a cabo la impugnación de la prueba digital, que es la aportada por la denunciante con pantallazos de mensajes de Whatsapp.

Este tipo de pruebas digitales pueden aportarse al proceso mediante acta notarial, o adverbación de teléfonos móviles y sus contenidos ante el Letrado de la Administración de Justicia, o meros "pantallazos" como fotografías de un "hilo" de mensajes de Whatsapp, pero hay que recordar que en los casos en los que la defensa impugne esta "prueba digital" en el escrito de defensa motiva y obliga a la acusación a proponer prueba pericial informática acerca de la veracidad del contenido de estos mensajes y que estos no han sido alterados. Y no se trata de que esta impugnación se haga en la fase de instrucción, sino que haciéndolo en la fase propia de la calificación provisional debe contrarrestar la acusación esta impugnación por la oportuna prueba pericial informática.

Así, hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 300/2015 de 19 May. 2015, Rec. 2387/2014 que respecto a los archivos de impresión con conversaciones en sistemas de mensajería instantánea y la carga de la prueba:

**"La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas por la posibilidad de manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria.**



**Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido ".**

Y la verdadera y propia impugnación puede llevarse a cabo en el escrito de defensa con respecto a la prueba digital aportada por la acusación, por lo que lo correcto hubiera sido proponer, como contestación a la impugnación, el complemento de la pericial informática que debe ser admitida al no ser extemporánea, ya que se refiere a una exigencia que dimana de la impugnación de la defensa de la prueba de la acusación y ello desplaza la carga de la proposición probatoria a la acusación. Sin embargo, la no validez de los contenidos de whatsapp no impide mantener la convicción acerca de cómo se sucedieron los hechos al existir "prueba bastante" ya enunciada por el Tribunal. Ya hemos expuesto que el recurrente reconoció algunos mensajes no autoinculpatorios, pero rechazó los que le incriminaban, aunque ello evidencia que mantenía una relación con ella por whatsapp, lo que, ciertamente, resulta extraño por el entorno familiar en el que vivían que no lo hacía preciso, y por ser extraño hacerlo con una menor de edad.

Cuestiona, también, el recurrente la persistencia en la incriminación, pero ya se ha explicado que el Tribunal ha validado y admitido esta persistencia de la menor desde un inicio, por lo que en su conjunto, como explica con detalle el Tribunal, ha existido prueba bastante para admitir las agresiones sexuales con los abusos sexuales que han existido, y aunque el recurrente sostenga en otro motivo que, subsidiariamente, los hechos serían constitutivos de abusos sexuales, la descripción de los hechos en las modalidades de acceso sexual relatado lleva a la convicción de la correcta tipificación de los hechos en la continuidad delictiva en el tiempo de las agresiones sexuales llevadas a cabo.

**2.- Delito de elaboración de pornografía infantil del artículo 189.1.a) del Código Penal , según la redacción dada al mismo por la LO 5/2010.**

Señala el Tribunal en cuanto a su convicción que fija en el relato de hechos probados que:

"Al haber resultado acreditado que el procesado había empleado a su sobrina Bárbara , menor de trece años, para elaborar material pornográfico, según deriva del visionado de las imágenes contenidas en el disco duro marca SEAGATE con número de serie NUM005 extraído de la torre del ordenador sin marca con número NUM006 .

Dichas imágenes, recuperadas en un total de 22, y un vídeo, muestran al procesado realizando un conjunto de actos de naturaleza sexual sobre su sobrina Bárbara , en concreto tocarle los pechos y los genitales, o abrazándole estado ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, así como realizándole una felación, según hemos podido visualizar en el plenario. Dichas imágenes fueron tomadas en el despacho del procesado, a través de la Web Cam que aquél tenía en su ordenador, sin que Bárbara tuviera conocimiento de, ello, según ha confirmado la menor en el acto del juicio".

De suyo, en los hechos probados consta que: "En el disco duro marca Seagate con número de serie NUM005 , extraído de la torre de ordenador, sin marca, con número NUM006 , fueron recuperadas del espacio no asignado 22 imágenes y un vídeo en las que el procesado aparecía con la menor realizando los actos descritos y que fueron tomadas sin el consentimiento ni conocimiento de la misma, En concreto, estas fotografías muestran al procesado tocando los pechos y los genitales de la menor, o abrazándola estando ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, y a la menor realizándole una felación".

Dado que se alega que estas imágenes fueron obtenidas con vulneración del derecho a la intimidad del recurrente y se ha descartado anteriormente este motivo se debe desestimar, también, en este punto por considerar suficiente la prueba tenida en cuenta para considerarse cometido este delito.

No existe la pretendida ilicitud en la obtención de la prueba, ya que frente al inicial consentimiento del afectado a la entrada y registro en las dependencias, que comprendía llevarlo a cabo en toda su extensión, pese a los matices limitativos que ahora pretende introducir, la prueba es clara en cuanto a la aprehensión del material informático donde claramente se comprueba la comisión de los ilícitos penales por los que ha sido condenado. Y consta con claridad en el relato de hechos probados donde se describe con detalle la extrema gravedad de los hechos que cometió el ahora recurrente, que pretende construir sobre la ilicitud de la aprehensión la destrucción de la prueba obtenida cuando, finalmente, la madre procedió a denunciar y ante la gravedad de lo expuesto ante los agentes policiales y los detalles que refirió en su denuncia proceden a llevar a cabo, una vez detenido, y a presencia letrada, que pudo asesorarle en los límites de la autorización del alcance del consentimiento, y que no fue así, el registro con inclusión del material informático a su presencia y sin expresión en contra ante el consentimiento dado al efecto, y la expresa colaboración prestada que ya se ha expuesto con anterioridad.

Con respecto a este tipo penal señala esta Sala en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1143/2011 de 28 Oct. 2011, Rec. 11173/2011 que:





"Conviene puntualizar que el delito previsto en el art. 189.1.a) del CP incluye entre sus modalidades algo más que la simple elaboración de material pornográfico en uno u otro soporte. En efecto, conforme a su literalidad -ajena a las exigencias impuestas por la buena técnica jurídica- el tipo penal también abarca la utilización de un menor de edad o un incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, lo que es perfectamente compatible con el desarrollo de los hechos en el ámbito privado, comprendiéndose la exhibición sólo para el propio sujeto activo del delito. De hecho, así fue entendido por esta Sala en la STS 1632/2000, 24 de octubre . Es decir, para la consumación del delito, puede ser suficiente la utilización del menor con esa finalidad exhibicionista o pornográfica, con independencia de la reproducción gráfica que pueda obtenerse de los hechos en los que el menor ha sido utilizado. Y esta idea conduce directamente a admitir que el tipo agravado previsto en el art. 189.3 b) del CP es aplicable, tanto a los hechos particularmente degradantes o vejatorios como a la reproducción gráfica de esos mismos hechos. Así parece desprenderse incluso del tenor gramatical de aquel precepto, en el que se alude a hechos, comprendiendo la utilización del menor para escenificar comportamientos pornográficos altamente vejatorios, como la grabación de los mismos".

También hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 947/2009 de 2 Oct. 2009, Rec. 11272/2008 que:

"Hay que recordar que el delito de corrupción de menores por elaboración de material pornográfico utilizando a menores o incapaces descrito en el art. 189.1a) del CP tiene los siguientes caracteres:

- a) Es un delito de acción.
- b) El sujeto activo puede ser cualquiera, y el sujeto pasivo ha de ser menor o incapacitado.
- c) La acción típica se integra por dos elementos: la elaboración de material pornográfico mediante la realización de imágenes y escenas de esa naturaleza, y que se emplean en la realización de los mismos de un menor.
- d) La reproducción puede hacerse en cualquier material apto para soportar y conservar la grabación.
- e) Es un delito esencialmente doloso, incluido el supuesto del dolo eventual en cuanto a la edad del menor empleado.
- f) Caben las formas imperfectas de ejecución y de participación.
- g) La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito.
- h) No forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual.
- i) Es independiente el consentimiento del menor o incapaz dada la imposibilidad de consentir.
- j) Finalmente, en cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados. Se trata de un bien jurídico concreto y personalísimo".

En este caso concurren los elementos del tipo penal por la elaboración, y consta en los hechos probados que constan en las intervenciones "imágenes y un vídeo en las que el procesado aparecía con la menor realizando los actos descritos y que fueron tomadas sin el consentimiento ni conocimiento de la misma, En concreto, estas fotografías muestran al procesado tocando los pechos y los genitales de la menor, o abrazándola estando ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, y a la menor realizándole una felación".

### **3.- Los hechos declarados probados constituyen, a su vez, un delito de posesión de pornografía infantil del artículo 189.2 del Código Penal .**

Se ha descrito con detalle en los hechos probados antes reflejados la posesión del material de contenido pornográfico aprehendido y que es detectado tras la intervención del material aprehendido.

Señala, así, el Tribunal en cuanto a su convicción que fija en el relato de hechos probados que:

"Al haber resultado acreditado, a través de la incautación de numerosos material informático incautado durante la entrada y registro en su domicilio y en su despacho, así como de la prueba pericial informática practicada a presencia judicial, que el procesado poseía para su propio uso material pornográfico en cuya elaboración se habían utilizado menores de edad, al haberse ocupado en su poder los vídeos y CDs con numerosas escenas de menores posando desnudos, mostrando sus genitales, masturbándose o teniendo relaciones sexuales con



otros menores, o con mayores de edad, o incluso con perros, como ha podido comprobar la sala a través de la visualización plenaria del referido material que fue lícitamente incautado en su poder".

Da a entender el recurrente la sencilla accesibilidad al material informático que es intervenido, no obstante lo cual el conjunto de la prueba practicada evidencia el dominio del hecho de las operaciones y actuaciones que desplegó el recurrente en un contexto sexual en la misma dirección y articulando diversas vías con elaboración y posesión de material pornográfico conectado con los gravísimos actos desplegados sobre la menor, y que demuestran un ánimo tendencial en actos sexuales con menores que evidencia la acertada y motivada conclusión a la que llega el Tribunal.

También hay que concluir que no se trata de meros desnudos, sino que se trata, además, de ejecución de actos de contenido sexual más allá de un mero desnudo.

Pues bien, hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha destacado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 105/2009 de 30 Ene. 2009, Rec. 1358/2008 que:

"Con respecto al concepto de pornografía infantil, la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Nuestra jurisprudencia en STS. 20.10.2003, consideró que la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal.

Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que 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 art. 3.1 del Código civil".

También hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 373/2011 de 13 May. 2011, Rec. 2319/2010 que:

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

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional;

b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. La exasperación penológica nos debe conducir a interpretar el tipo penal incluido en el art. 189.1 b) bajo la verdadera voluntad del legislador, que es reprimir toda conducta en la que se interviene en la cadena de producción o en la fase de distribución o exhibición de tal material pornográfico (máxime si se utilizan menores de trece años), pero no en el simple visionado de lo que está ya "exhibido" (difundido) en la red, sin intervención alguna del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución, que es precisamente la actividad que se incrimina con tal penalidad. Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de "redifusión" de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido "recopilando" en variadas ocasiones por el autor;



c) será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso)".

Desde esta perspectiva, la calificación de pornográfico del material que poseía el acusado, con intervención de menores, no puede ser cuestionada, siendo evidente el material incautado y la referencia a las imágenes de menores y los actos que eran objeto de las grabaciones de indudable contenido sexual atinente a la pornografía infantil.

#### 4.- Delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 del Código Penal .

Lo que en este caso se sanciona es a quien, de otra persona, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

Así, señala el Tribunal en cuanto a su convicción que fija en el relato de hechos probados que:

" Al haber procedido el procesado, **para vulnerar la intimidad de aquélla, a interceptar las comunicaciones** que su sobrina Bárbara mantenía con su amigo Juan Antonio , incorporando su contenido a un soporte informático. Así se ha demostrado mediante el análisis del archivo "Skipadocx", el cual contenía conversaciones escritas entre Bárbara y Juan Antonio , quien utilizaba el seudónimo de " Rana " en diferentes días, especificados en los hechos probados. Dichas conversaciones, incorporadas al disco duro WD modelo WD7500BPVT, de 60 GB de capacidad, con número NUM007 , extraído del ordenador portátil NUM008 , debidamente incautado y analizado, como se concluía en la resolución de las cuestiones previas planteadas por la defensa, estaban también grabadas en el dispositivo USB marca TRASCEND también ocupado al mismo, habiéndose obtenido por el procesado sin conocimiento ni consentimiento de los anteriores, valiéndose para ello de algún dispositivo o programa apto al efecto que no ha podido ser encontrado".

Nótese que la probanza y convicción viene motivada por la existencia de los soportes informáticos aprehendidos, y así lo argumenta el Tribunal, siendo irrelevante si la menor no declaró sobre estos hechos. Y ello, porque dadas las declaraciones precedentes, se trataba de un material informático del que no puede tener inicial conocimiento el sujeto pasivo del delito al no sustentarse en un ataque físico sobre la víctima del delito, sino en un ataque que en este caso es informático por medio de la aprehensión de información y secretos de una persona, lo que le convierte en un delito objetivable por el mero descubrimiento del operativo que lleva a cabo y que se descubre una vez se inició la investigación policial, y por hechos de los que el sujeto pasivo de otros delitos, antes descritos, puede desconocer.

Se trata, por ello, de un hecho objetivo que vino motivado por las aprehensiones de equipos informáticos y el desarrollo de la ejecución del contenido del auto de fecha 15 de septiembre de 2015 antes citado, que autorizaba el control y examen de los archivos, que se lleva a cabo con el resultado que antes hemos referenciado y que consta en el relato de hechos probados.

Nótese que en cuanto a la naturaleza de este tipo penal hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1641/2000 de 23 Oct. 2000, Rec. 465/1999 que:

"El art. 197.1, tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 18 C.E . como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo".

En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 553/2015 de 6 Oct. 2015, Rec. 456/2015 hemos señalado que:

"El bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo. En este sentido, la STS nº 666/2006, de 19 de junio , en la que se dice que "la idea de secreto en el art. 197, 1º CP resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese "ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás" ( SSTC 73/1982 y 57/1994 entre muchas)". Así se desprende de la ubicación del precepto en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y en el segundo apartado se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar".

Pues bien, ante estos extremos es preciso llevar a cabo las siguientes precisiones:



- 1.- Se entiende que ha habido prueba bastante y válida para enervar la presunción de inocencia.
- 2.- La prueba ha sido practicada a presencia del Tribunal y el proceso de motivación es correcto y válido.
- 3.- Existe suficiente motivación de la valoración de la prueba practicada. La valoración no se aleja de los criterios racionales y razonables tenidos en cuenta en este tipo de casos, con una explicación razonada y suficiente de las pruebas que han sido tenidas en cuenta para formar el proceso de convicción del Tribunal.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Al amparo del art 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts 181. 1 , 2 , 3 y 4.d ), y arts. 179 y 180. 3 y 4 CP , redacción por LO 5/2010.

Propone el recurrente, de modo subsidiario a la absolución, que los hechos constituirían un delito continuado de abuso sexual ( Art.183.1 , 3 y 4 d) del Código Penal , con relación al art. 74 del mismo, en su redacción conforme a la LO 5/2010 ) y no de agresión sexual.

Debe descartarse la menor gravedad de los hechos que postula el recurrente, toda vez que el Tribunal ha motivado debidamente la tipificación de los mismos como agresión sexual, y no como abusos sexuales, porque los hechos más graves en los ataques sexuales absorben a los menos graves en la continuidad delictiva por los que ha sido condenado.

Hay que recordar que el Tribunal ha declarado probado conductas de abusos y agresiones sexuales reiterados en el tiempo, poniendo de manifiesto que tales hechos se iniciaron cuando la menor, sobrina del recurrente, tenía 9 años; y que inicialmente estos hechos se iniciaron con tocamientos, "agravándose paulatinamente en clara progresión delictiva desde que Bárbara cumplió los 11 años, en que el procesado comenzó a penetrarla vaginalmente, obligarle a efectuarle felaciones o masturbaciones, atemorizando a la menor para lograr satisfacer sus deseos.

Estos actos los llevaba a cabo con el aprovechamiento por parte del mismo de la intensa posición de superioridad que ostentaba sobre la menor, derivada, tanto de la extrema diferencia de edad, como de la posición de parentesco, y en la esfera de la convivencia diaria desarrollada entre ambos prácticamente bajo el mismo techo.

No puede, por ello, compartirse la menor gravedad que propone el recurrente, porque ya se han descrito con detalle las dos fases en las que se despliega el ataque sexual del recurrente. Y ello porque el Tribunal considera que del relato de la menor cabe distinguir una doble fase en el conjunto de actos libidinosos perpetrados por el recurrente, distinguiendo:

1.- **Primera fase de abusos:** Una primera fase, de 2010 a 2012, que podrían haber merecido tal calificación de abusos sexuales sobre menor de 13 años con prevalimiento.

2.- **Segunda fase de agresión sexual** . Y una segunda fase, sin solución de continuidad, con una doble modificación referida tanto al contenido como al medio empleado para lograrlo, de modo que "el cambio así operado tiene una clara significación jurídica" en cuanto "pasaron a convertirse en agresiones sexuales con penetración, cometidas con la intimidación descrita, por un lado, y con el inalterado prevalimiento por otro.

Por ello, concluye el Tribunal que se trata de "una sucesión de agresiones sexuales con intimidación consistente en acceso carnal por vía bucal e introducción de miembros corporales y objetos por vía vaginal con la circunstancia agravante de prevalerse el procesado para la ejecución del delito de una relación de superioridad o parentesco con la víctima.

Entiende el recurrente que no existió intimidación por parte del acusado para que la menor accediera a sus pretensiones sexuales, por lo que los hechos debieron ser calificados como un delito continuado de abuso sexual, y que de las declaraciones de la menor no se acreditan las amenazas, y que ella misma expuso que "ya no quería", entendiéndose el recurrente que ello no integra que existiera intimidación real, y que no lo es la expresión de "enviarlo todo a la mierda", con contárselo todo a su madre y en publicar unas fotos suyas en internet, siendo estas manifestaciones insuficientemente intimidatorias según el recurrente.

Pero, sin embargo, se omiten por el recurrente detalles relevantes que constan en la declaración de hechos probados y que se refieren a la expresión que en estos constan de que:

"La menor accedía a las peticiones de su tío **atemorizada por aquél** , quien le manifestaba, **con el fin de infundirle miedo y evitar que se opusiera a sus perversos deseos** , que, de no hacerlo, **"mandaría todo a la mierda", contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido con anterioridad y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin consentimiento ni conocimiento de la menor le había ido realizando durante las prácticas sexuales antes descritas** " .





Con ello, consta en el relato de hechos probados intangible el temor psicológico infundido por el recurrente a la menor, valiéndose para ello de su ascendencia, de la menor edad de la misma, lo que coarta sus posibilidades de negativa a estas pretensiones de contenido sexual, así como que las expresiones, cuya interpretación intimidatoria es puesta en duda por el recurrente, sí que tienen un claro matiz intimidatorio, debido a que no es lo mismo exponer este tipo de mensajes a un menor de edad que a un adulto, ya que los menores de edad en estos ataques sexuales acaban hasta sintiéndose culpables de ser víctimas, y que, incluso, que si su madre se entera de este tipo de hechos podría hasta considerarles a ellos como responsables de consentirlos, cuando es sabido la escasa capacidad de respuesta u oposición que puede tener un menor ante este tipo de casos en donde desconocen lo que les está pasando, o no dan crédito a una realidad perversa de la que están siendo víctimas por una persona tan directa de su entorno.

De esta manera, los actos intimidatorios sobre la psique de los menores de edad se consiguen mucho más fácilmente con expresiones que sí alcanzan ese potencial de intimidación que persigue el autor de los hechos confiado en que el menor no contará nada si para este la amenaza es creíble, o tiene amplias posibilidades de que se cumpla, por absurda que esta parezca. Pero que, sin embargo, a los ojos de un menor el relato intimidatorio produce sus efectos. Y esto es lo que ocurrió en este caso.

Así, consta en los hechos probados que:

*" En concreto, en tres fechas y ocasiones distintas comprendidas entre los años **2012 a 2015** , el procesado, Luis Carlos , tras manifestar a Bárbara , **para atemorizarla** , que si no accedía a sus peticiones "mandaría todo a la mierda", contaría a su madre una versión engañosa de lo ocurrido anteriormente y daría difusión por internet a fotografías que con carácter previo y sin conocimiento de la menor había realizado durante las prácticas antes descritas, con ánimo de satisfacer sus instintos libidinosos y valiéndose de la situación de superioridad que tenía sobre ella por lo ya señalado, realizó a Bárbara , en el lugar que servía como su despacho en la NUM003 planta del edificio en el que ambos residían, tocamientos en los pechos y en la vagina, **penetrándola por esta vía con los dedos, e, igualmente, introduciendo su pene en la boca de la menor, conminando a ésta a que le practicara una felación y lo masturbase, accediendo ella por el temor sufrido.***

***Además de estas tres ocasiones referidas, el día 14 ó 15 de junio de 2015, el procesado, en el mismo lugar, su despacho, y con el mismo ánimo libidinoso y situación de superioridad dada por su posición respecto a la menor, tras indicar a ésta, para atemorizarla , que si no accedía a sus peticiones "mandaría todo a la mierda", contaría a su madre lo sucedido y daría publicidad a las fotos de la menor de contenido sexual que obraban en su poder, colocó a Bárbara sobre la mesa de su despacho, la cogió por las manos y después de aplicarse un lubricante del que disponía, la penetró vaginalmente ante el llanto de la menor que le decía que parase y que le hacía mucho daño, continuando hasta que, en un momento dado, retiró el pene de la vagina de la menor y continuó masturbándose hasta eyacular, aprovechando esta ocasión la menor para escapar del lugar".***

Resulta evidente la gravedad de los hechos descritos en los hechos probados que no pueden calificarse de otra manera que de la que lo ha sido por el Tribunal, no pudiendo degradarse a la de meros abusos sexuales, ya que integran actos que se ubican en la agresión sexual por acceso carnal con penetración y acceso bucal.

Hay que resaltar que cuando se dan casos como este en los que se trata de supuestos en los que el autor del delito se "aprovecha sexualmente" de la presencia de menores en su hogar, el silencio de los menores ante la "intimidación ambiental" que supone la ejecución de los hechos en un centro cerrado, como puede ser el domicilio de un hogar, o cualquier otro lugar del que no se pueda salir tan fácilmente, da lugar a que los menores se callen y no lo cuenten, hasta que un hecho puntual, como puede ser en este caso un amigo on line a quien ella le cuenta lo ocurrido, o el paso de los años y la negativa a seguir soportándolo al contar con una edad suficiente para darse cuenta del daño que están sufriendo y que no deben consentir, les hace rechazar los hechos y denunciarlos a su madre.

Pues bien, este retraso en denunciar o la falta de lesiones objetivables del acaecimiento de los hechos no puede operar en contra de los menores en los delitos de los que son víctimas de agresiones o abusos sexuales, ya que ese retraso mismo es lo que provoca que no puedan objetivarse esas lesiones que no han ocurrido, o que, de ocurrir, han desaparecido cuando los hechos se ponen en conocimiento de las autoridades, del centro escolar, o de la propia madre.

El recurrente sostiene que no existe fuerza o intimidación, lo que atraería la calificación hacia los abusos sexuales. Pero el Tribunal, tras describir que en la primera fase antes descrita fueron abusos con prevalimiento de superioridad, después pasaron a convertirse en agresiones sexuales con penetración, cometidas con la intimidación descrita, por un lado, y con el inalterado prevalimiento por otro, en ese marco de superioridad sobre ella que, a pesar del transcurso del tiempo, por no variar el resto de las circunstancias comentadas, se mantuvo intacto. Y, así, concluye el Tribunal que "Nos hallamos, por tanto, ante una sucesión de agresiones sexuales con intimidación consistentes en acceso carnal por vía bucal e introducción de miembros corporales



y objetos por vía vaginal con la circunstancia agravante de prevalerse el procesado para la ejecución del delito de una relación de superioridad o parentesco con la víctima, previstos y penados en los artículos 183. 1 , 2 , 3 y 4 d) en relación con el 179 y 180.3 y 4 del Código Penal en su redacción introducida por la LO 5/2010".

El Tribunal ha descrito con detalle lo que denomina el **clima coercitivo** que viene a ser determinante de que se consideren los hechos constitutivos de agresión sexual, y no de meros abusos sexuales. Alude el Tribunal en este extremo a que, respecto a la valoración de las declaraciones de la menor: " *Añade que después fue a más. Que en quinto o sexto curso de primaria, además de tocarle las partes íntimas, empezó a penetrarla en la boca, casi a diario. Si ella no accedía, se enfadaba , la amenazaba diciéndole que lo enviaría todo a la mierda, que se lo contaría a su madre y que publicaría fotos y vídeos que había grabado de esos hechos en las redes sociales* ".

Ante ello, es evidente que concurre la intimidación, la convicción de la verosimilitud de las declaración de la menor, y, por ello, el examen de la valoración de la prueba y su motivación en la sentencia es suficiente para el rechazo de los motivos del recurso, y que la imaginación de la menor **es incapaz de fantasear sobre tantos actos perversos para con una menor de edad** . Esto permite llegar a la conclusión, una vez más, de que nada de todo esto ha sido inventado, sino que lo declarado no es más que reproducción verbal de lo realmente ocurrido. Además, queda corroborado por las pruebas periciales practicadas con profesionalidad y que llegan a la convicción del Tribunal de que la menor no fabulaba respecto al infierno en que "había vivido" con episodios que un menor no puede comprender la etiología de esos sucesos y lo que puede pasarle por la mente a un adulto de llegar a someter a una menor de edad de la forma en que lo hizo, además, en edad tan temprana, y con semejante sufrimiento que deben tener el reproche penal reflejado en la sentencia.

Debe destacarse en este caso la **gravedad de los hechos y reprochabilidad penal**.

La **gravedad de los hechos que han ocurrido y el especial reproche penal que deben tener estas conductas** , y que provoca un trauma a los menores que sufren estos hechos por la terrible experiencia vivida consta en la propia referencia que lleva a cabo el Tribunal.

Con respecto a la concurrencia de la intimidación en este tipo de supuestos en donde los hechos probados no se califican de abuso sexual, sino de agresión sexual que, en este caso, para integrar el tipo penal de la agresión sexual por la que ha sido condenado el recurrente, hay que precisar que esta Sala tiene declarado sobre la concurrencia de la intimidación entre otras resoluciones que:

#### **1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 22 May. 1996, Rec. 2487/1995 .**

"En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante *la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado* , que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May. 1988 , 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992 , entre otras). La gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones".

#### **2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Oct. 1999, Rec. 1799/1998 .**

" **Laintimidación que precisa el delito de agresión sexual, apreciada por el Tribunal de instancia y cuestionada en el presente motivo, entraña la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona** " .

#### **3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2006 de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006 .**

"La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: "el miedo que sintió al advertir la presencia de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga", junto a la frase citada, quedando "paralizada por el miedo"), sino de **la objetividad que proporciona la diferencia de edad**: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre , "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero , que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre , se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones,



desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima ( SSTS de 18 de octubre de 1993 , 28 de abril , 21 de mayo de 1998 , y 1145/1998, de 7 de octubre ).

Mientras que **la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado** ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre ). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y, por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas<sup>100</sup>.

#### **4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 32/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 1382/2014 .**

"En los hechos consta la existencia de la intimidación, y ya se ha visto que esta fue hábil, hábilmente utilizada y suficiente para producir el efecto buscado. Consta asimismo que es de ese modo y por el uso de ese medio, como se produjeron luego diversos contactos sexuales con penetración vaginal y bucal. Y, en fin, está fuera de duda que... usó a ...fuertemente atemorizada, como simple objeto para obtener una gratificación sexual contra su voluntad.

Al respecto, la naturaleza de esos contactos está mutuamente aceptada y fuera de discusión, por tanto. Y el dato de que Cristina se avino a ellos, luego del primero, simplemente por temor y no como efecto de una decisión libre, resulta suficientemente acreditado, incluso con llamativa plasticidad, en vista de la crudeza de las expresiones con las que... manifestó sus exigencias mediante los mensajes de texto transmitidos a través del teléfono.

Concurrió por tanto el supuesto previsto en el art. 178 C penal , del modo que ha sido interpretado en multitud de sentencias de esta sala (por todas, la de n.º 307/2009, de 29 de enero )".

#### **5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 754/2012 de 11 Oct. 2012, Rec. 10041/2012 .**

El delito de agresión sexual requiere violencia (o intimidación), pero en modo alguno que se ocasionen lesiones. La ausencia de señales físicas en el cuerpo de la ofendida o de otros signos externos, según tiene declarado esta Sala, no empece para la existencia del delito "la agresión sexual ofrece muchas facetas, muchas posibilidades y muchas variedades, dentro de las cuales algunas veces no es imprescindible que la violencia y la intimidación lleven consigo lesiones ( STS. 686/2005 de 2.6 , 28.9.96).

#### **6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 609/2013 de 10 Jul. 2013, Rec. 1917/2012 .**

"Para apreciar la intimidación **este elemento debe tener relevancia objetiva** y así debe constatarse en el hecho probado. **Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla** . El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista **objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan** , como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.



También ha señalado la doctrina de esta Sala (sentencias 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado".

#### 7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 480/2016 de 2 Jun. 2016, Rec. 10975/2015 .

"La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o **intimidación** empleadas en los delitos de agresión sexual **no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal**, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta ( STS 609/2013, de 10 de julio de 2013 )".

#### 8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007 .

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003, que el art. 178 CP. que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo ( S.S.T.S. de 05/04/00, 04 y 22/09/00, 09/11/00 o 25/01/02 y 01/07/02, 23/12/02 ).

Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, **este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla.**

El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. La S.T.S. 1259/04 expone que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado ( STS núm. 1583/2002, de 3 octubre ). En ambos casos **han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto**, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción".

Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar "**intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores**", debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.

Pero en estos casos, el **vencimiento psicológico de los menores** para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o *psychological intimidation* del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.

Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho





anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se denomina *Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence* y que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.

De esta manera, **la *emotional violence* anglosajona, o "violencia emocional", es la intimidación** que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea "evidente" ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa "violencia emocional" de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como *sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way*; es decir, la **coerción sexual** como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los **presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física** .

Estas **formas de actuar** son lo que se concibe como "**intimidación**" , y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una "fuerza no física", sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito, y más cuando se trata de menores de edad.

No puede, así, admitirse la alternatividad que propone el recurrente de una continuidad delictiva de abuso sexual, suprimiendo la concurrencia de la intimidación, porque los actos intimidatorios quedan perfectamente reflejados en los hechos probados mediante las expresiones amenazantes del condenado a la menor y que producen a las mismas alto grado de credibilidad y convicción de la realidad de las amenazas proferidas y probadas, pese a ser cuestionado, dado que el miedo puede llegar a exponerse que es subjetivo, pero la coerción psicológica que se produce en un sujeto pasivo de una agresión sexual puede objetivarse en base a:

1.- Desarrollo de los acontecimientos en su forma de ejecución.

2.- Lugar en el que se producen, lo que en el seno del hogar, esa amenaza afectante personalmente y a su entorno familiar le produce un alto grado de credibilidad, teniendo en cuenta la menor edad de las víctimas de este delito.

En este sentido, los actos realizados en un lugar de donde es difícil la huida en un contexto de intimidación psicológica, coadyuvan a la situación de "vencimiento" de la víctima si en el contexto del acto de compeler a la voluntad de ésta no ve que pueda evitar el ataque sexual, lo que en el caso de menores en el hogar y bajo la existencia de amenazas encierra el contenido intimidatorio por el que el recurrente ha cometido los hechos.

3.- La intimidación empleada en los delitos de agresión sexual a un menor de edad no ha de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal. En este caso, la amenaza proferida y que llega a la convicción del Tribunal es suficiente para el contexto general de intimidación que se llevó a cabo y en una progresión delictiva continuada en el caso de la menor.

4.- La intimidación en los delitos sexuales a menores conlleva que exista una **situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad**, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. Pero nótese que ello es especialmente particular en el caso de los menores de edad en el seno de una actitud intimidante desde el punto de vista psicológico.

No se trata solo de que el autor del delito le obligue a realizar una conducta, porque el concepto de "obligación" no es por sí solo intimidante, ya que se requiere algo más, y en este caso va acompañado de una amenaza que la menor ve como seria, que es cuando provoca la intimidación, porque **el carácter intimidante no debe ser visto ad extra, sino ad intra , es decir, desde el grado de intimidación que la conducta del autor del delito provoca en el sujeto pasivo del delito** , y entenderse, también, como suficiente para conseguir y provocar un miedo o temor a la víctima de que algo malo pueda ocurrirles ante la negativa.

5.- Debe tenerse en cuenta que junto a la propia amenaza concurre en estos casos la objetividad que proporciona la diferencia de edad entre autor del delito y víctimas, lo que les sitúa en una posición que, sin embargo, exige de actos intimidantes objetivos que se realizan por medio de la amenaza creíble para las



víctimas, ya que por sí solo esa diferencia de edad no provoca la intimidación, pero que coadyuva a ello en el contexto de la propia amenaza.

6.- En la "intimidación", vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

7.- La intimidación ha existido en este caso al margen de la menor edad de la menor, ya que se ha constatado una exteriorización de las amenazas a la misma de llevar a cabo un mal que es perfectamente creíble y para causar daño psicológico sobre un mal inminente de contar lo sucedido y/o alterarlo en perjuicio de la menor, incluso haciéndola a ella responsable de lo ocurrido, cuando es la víctima, lo que ha integrado el convencimiento del Tribunal respecto a la amenaza proferida y creíble y que ha influido en la credibilidad de la víctima, con independencia de la edad, y dentro de la capacidad de conseguir el vencimiento psicológico del sujeto pasivo.

8.- Los hechos probados denotan y revelan una clara situación de intimidación relatando los actos de amenazas en los actos llevados a cabo. Pero, es más, el clima vivido era amenazante y que llega al convencimiento de la víctima de la posible, certera y real ejecución de la amenaza en el caso de negativa, lo que objetiva la intimidación y no la hace meramente subjetiva por el sujeto pasivo. Es esta objetivación de la intimidación lo que se desprende de los hechos probados.

Además, existe idoneidad en la amenaza para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, y que en este caso la "idoneidad" de la amenaza es notoria y constatada, así como creíble, como se ha esforzado el Tribunal en reflejar en su sentencia, por lo que la tipificación como agresión sexual es la correcta. Existe intimidación concurrente en la ejecución de los delitos.

Con respecto a la continuidad delictiva.

Se ha descrito un comportamiento repetitivo hacia la menor con actos de masturbación, felación y penetración, en momentos temporales distintos que integran la continuidad delictiva.

Esta Sala señala en sentencia del Tribunal Supremo 667/2008 de 5 Nov. 2008, Rec. 11102/2007 esta continuidad bajo los parámetros de:

- a) Pluralidad de hechos delictivos, antológicamente diferenciales.
- b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del art. 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.
- c) Unidad del precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo" se ha dicho.
- d) Homogeneidad en el modus operandi, por lo que significa la unidad entre las técnicas operativas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.
- e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales".

Circunstancias que concurren en el caso presente.

Por ello, tras analizar la aplicación del art 74 CP, expone que "nos encontramos ante un único delito continuado de agresión sexual... al absorber esta figura típica más grave a la de menor entidad constituida por el inicial abuso sexual".

Aun cuando a lo largo de años de reiterados abusos sexuales sobre la menor por parte de su tío, pudiesen existir relaciones que no estuviesen condicionadas por la violencia o la intimidación, calificables por tanto como abuso sexual y no como agresión sexual, ha de recordarse que el art 74 CP establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave, por lo que, en todo caso, el Tribunal actúa correctamente cuando sanciona como delito continuado de agresión sexual la

totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos, que son absorbidos punitivamente por el conjunto del delito continuado objeto de sanción.

Pretende el recurrente que las amenazas no existieron y que la menor aceptaba estas conductas, pero no es esta la conclusión a la que, con un adecuado razonamiento, ha llegado el Tribunal.

El motivo se desestima.

**SEXTO** .- 5.- Al amparo del art 849.1 LECrim por aplicación indebida del art 189. 1. a) CP , redacción LO 5/2010.

Expone el recurrente que no cabe tal calificación por cuanto tales grabaciones no afectaron negativamente al desarrollo de la menor que ni siquiera precisó tratamiento psicológico, habiéndose prestado la menor a tales grabaciones por lo que no concurren los requisitos exigidos por dicho tipo penal.

Pues bien, ya hemos hecho mención a este tipo penal en la anterior argumentación y sus consideraciones jurisprudenciales a las que nos remitimos.

Señala el Tribunal sobre la admisión de este tipo penal que:

"Los hechos narrados constituyen, a su vez, un delito de elaboración de pornografía infantil del artículo 189.1.a) del Código Penal , según la redacción dada al mismo por la LO 5/2010, al haber resultado acreditado que el procesado había empleado a su sobrina Bárbara , menor de trece años, para elaborar material pornográfico, según deriva del visionado de las imágenes contenidas en el disco duro marca SEAGATE con número de serie NUM005 extraído de la torre del ordenador sin marca con número NUM006 . Dichas imágenes, recuperadas en un total de 22, y un vídeo, muestran al procesado realizando un conjunto de actos de naturaleza sexual sobre su sobrina Bárbara , en concreto tocarle los pechos y los genitales, o abrazándole estado ambos sin ropa de cintura para abajo, a la menor masturbando al procesado, así como realizándole una felación, según hemos podido visualizar en el plenario. Dichas imágenes fueron tomadas en el despacho del procesado, a través de la Web Cam que aquél tenía en su ordenador, sin que Bárbara tuviera conocimiento de, ello, según ha confirmado la menor en el acto del juicio".

Ya hemos expuesto con respecto a este tipo penal que:

- 1.- La acción típica se integra por dos elementos: la elaboración de material pornográfico mediante la realización de imágenes y escenas de esa naturaleza, y que se emplean en la realización de los mismos de un menor.
- 2.- La reproducción puede hacerse en cualquier material apto para soportar y conservar la grabación.
- 3.- Es un delito esencialmente doloso, incluido el supuesto del dolo eventual en cuanto a la edad del menor empleado.
- 4.- No forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual.
- 5.- Es independiente el consentimiento del menor o incapaz dada la imposibilidad de consentir.
- 6.- Finalmente, en cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor en concreto en relación a su desarrollo sexual.

Con ello, el alegato del recurrente acerca de que afecte, o no, al desarrollo de la menor no es determinante para la comisión del delito.

Se trata de un hecho claramente en el que se pone de manifiesto el carácter objetivo conductual del autor del delito, sin que la afectación del ilícito al sujeto sea determinante, o no, del ilícito penal. Así, la conducta del procesado, realizando fotografías y vídeo a su sobrina menor de clara intencionalidad sexual integra, sin lugar a dudas el tipo descrito en el aplicado artículo 189.1 a) del Código Penal que se refiere al que "...captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas".

Así, como señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 83/2018 de 15 Feb. 2018, Rec. 503/2017 :

"El artículo 189.1.a) del Código Penal en su redacción ya vigente al tiempo de los hechos castiga a quien: captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.



Ciertamente la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 justifica la citada redacción como una exigencia de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003. Y así dice que: "En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1".

El legislador no estuvo especialmente atinado en su literatura de retórica justificación. La novedad se circunscribió exclusivamente a añadir el verbo "captar" al de "utilizar". Y aquella voz no está en absoluto preñada de contenidos finalísticos como el reseñado en la citada exposición de motivos. Por otra parte, esa ulterior finalidad no era determinante de las tipicidades que la Decisión Marco citada exigía. En ella -artículo 3- se reclamaba a los Estados que adoptaran las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho:

- a) Producción de pornografía infantil;
- b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil;
- c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil;
- d) adquisición o posesión de pornografía infantil.

Y desde luego, cuando menos en a) y d) no está presente ese supuesto último objetivo de la publicación o difusión.

Pero es que tampoco tras la superación de la Decisión Marco por la Directiva 2011/93 tampoco condiciona a esa última finalidad de difusión el castigo de las conductas que describe en su artículo 6, tanto en su apartado 1 como en el apartado 2 :

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6 cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

2.- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.

La redacción del artículo 189.1 a) del Código Penal se mantuvo incólume tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015 tributaria de la citada Directiva.

Es más, de la redacción del precepto a la letra cabe concluir que, en lo que aquí interesa el comportamiento tipificado sería, sin perjuicio de otros también allí incluidos: captare o utilizare a menores de edad con fines pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico".

También en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 803/2010 de 30 Sep. 2010, Rec. 644/2010 expusimos que:

"Como pone de relieve la doctrina, se trata de un delito de acción y de mera actividad, de carácter esencialmente doloso, del que puede ser autor cualquier persona, pero del que solamente puede ser sujeto pasivo un menor o incapaz (de existir varias víctimas, cada una dará lugar a un delito distinto, en régimen de concurso real), y la conducta típica ha de consistir esencialmente en comportamientos exhibicionistas o pornográficos. El bien jurídico (dice la STS. 796/2007 de 1.10 ) protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas.

Por ello las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz) y que su consentimiento es no válido al existir una presunción legal en el sentido de que no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector





doctrinal considera, en cuanto al cual sea el bien jurídico protegido, que no es tanto la indemnidad sexual de la personalidad del menor, como su dignidad como menor o su derecho a la propia imagen, lo que justifica esa irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, sí sería válido para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediasen tales circunstancias.

Por "elaboración de cualquier clase de material pornográfico" podemos entender tanto fotografías como vídeos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las practicas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos".

Para la distinción entre pornografía y lo meramente erótico, partiendo de las definiciones del DRAE pornografía "obra literaria o artística de carácter obsceno, es decir impúdico, torpe, ofensivo al pudor", erotismo "carácter de lo que excita al amor sensual", en STS. 1058/2006 de 2.11 , ya declaramos que tal distinción es un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, carencia de tipo moral, pautas de comportamiento sexual. El Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual".

Nuestra jurisprudencia en STS. 20.10.2003 , en un supuesto en que se discutía la aplicación del art. 189.1.a) utilización de menores de edad para elaborar material pornográfico, consideró que la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS. 10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal . Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico.

La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991 , llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que 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 art. 3.1 del Código Civil .

Por tanto, el concepto de material pornográfico sería el resultado de la combinación de dos criterios: el contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual de forma grosera y la carencia de valor literario, artístico o educativo.

Desde esta perspectiva la calificación de pornográfico al material elaborado por el acusado y almacenado en las cintas y discos duros intervenidos en el registro de su domicilio, no es cuestionada y su subsunción en el tipo básico del art. 189.1 a) acertada, por cuanto este delito de elaboración de material pornográfico utilizando menores de edad, no requiere para su consumación, la distribución ulterior de las imágenes, que puede realizarse por personas que no han participado en dicha elaboración o producción".

Concurren en la acción llevada a cabo por el recurrente, según consta en los hechos probados y en la argumentación del Tribunal los elementos del tipo penal ya expuestos.

El motivo se desestima

**SÉPTIMO** .- 6.- Al amparo del art 849.1 LECrim por aplicación indebida del art 189.2 CP , redacción LO 5/2010.

Insiste el recurrente la inexistencia de prueba acreditativa de que el material intervenido fuera del procesado, ni tan siquiera que éste conociera su existencia.

Relaciona, así, el recurrente que en el lugar donde fueron intervenidos los equipos informáticos podrían haber sido otras personas las que hubieran llevado a efecto esta conducta. Pero ello no puede tener cabida en el contexto en el que se lleva a cabo la investigación con la expresa denuncia al ahora recurrente con respecto a prácticas sexuales llevadas a cabo con la menor.

Consta en los hechos probados que "En el transcurso de la investigación, se procedió a realizar una diligencia de entrada y registro en su domicilio, sito en la CALLE000 , número NUM001 , piso NUM002 , porta NUM003 , de DIRECCION001 (partido judicial de DIRECCION000 ) y del lugar que servía como su despacho, en el



NUM003 piso del mismo inmueble, todo ello con el consentimiento y autorización de aquél. En estos lugares guardaba el procesado distinto material informático".

La aprehensión de los equipos informáticos se lleva a cabo en el lugar donde reside y actúa el recurrente, lo que conectado con los hechos que se ha declarado probados y las conexiones entre los mismos, así como el uso de este material por el recurrente. Por otro lado, en este motivo nos movemos en infracción de ley, y no en presunción de inocencia, que es lo que, en realidad, plantea el recurrente, y sobre la existencia de prueba de cargo ya nos hemos pronunciado anteriormente.

El motivo se desestima.

**OCTAVO** .- 7.- Al amparo del art 849.1 LECrim por aplicación indebida del art 197.1 en relación con el art 74 CP , redacción LO 5/2010.

Alega el recurrente que falta el requisito de procedibilidad establecido en el art 201.1 CP y que, en todo caso, no cabe apreciar la continuidad delictiva.

Debe descartarse, en primer lugar, la referencia a la continuidad delictiva, ya que conforme al FDº 3º y al Fallo de la sentencia, el art 74 únicamente se aprecia en relación con el delito de agresión sexual, pero no respecto del resto de delitos por los que también resulta condenado.

Consta en los hechos probados que: "El día 9 de septiembre de 2015, tras ser denunciados policialmente por Serafina y su hija Bárbara los hechos narrados, se procedió a la detención del procesado, Luis Carlos ".

Y es a raíz de esta denuncia por los hechos de agresión y abuso sexual cuando tras la propia aprehensión del material informático se procede a detectar la existencia del resto de delito que han sido objeto de codena, por lo que no se trata de que haya habido una persecución de oficio, sino que el iter delictivo se enraíza en la denuncia inicial que da cumplimiento al art. 201 CP , por cuanto el hecho probado intangible demuestra la denuncia formulada en la que no tienen por qué estar descritos todos los ilícitos penales cometidos por el recurrente, pero que, en todo caso, conforman el cumplimiento de la citada causa de procedibilidad que por su carácter objetivo se debe tener por cumplido.

Destaca en este punto el Tribunal que:

"La petición debe ser rechazada. y ello porque, cuando se inició el procedimiento que tenía como objeto principal los actos sexuales realizados por el procesado sobre su sobrina menor de edad, no se hizo referencia expresa a esta infracción penal Pero el procedimiento ya se había incoado. Y, ya dentro del mismo, la personación de Serafina en nombre de su hija, que incorporaba a sus interrogatorios y a su escrito de acusación también la imputación de este delito, debe interpretarse como una voluntad clara de perseguirla, y asimilarse en consecuencia la misma al cumplimiento del requisito de perseguibilidad, en cuanto supone la voluntad expresa de la parte interesada en su persecución y condena".

Todos los delitos de descubrimiento y revelación de secretos comprendidos en el Capítulo Primero del Título X son delitos semipúblicos puesto que se exige la denuncia previa de las citadas personas (es decir, del agraviado o de su representante legal).

Sin la denuncia previa de esas personas aludidas el Juez de Instrucción no puede incoar el procedimiento penal.

Una vez que exista la previa denuncia de las aludidas personas, el Juez de Instrucción puede intervenir y el Fiscal acusar.

En los casos de menores de edad, incapaces o personas desvalidas, también podrá denunciar los hechos el Ministerio Fiscal.

Ahora bien, dado que se trata de un requisito de procedibilidad podemos decir que éste se ha constituido o configurado, por cuanto la denuncia se interpuso ante unos hechos relacionados directamente unos con otros, y es en este contexto cuando en las diligencias de investigación se descubren hechos que no hubieran aparecido en su conocimiento si no se hubiera realizado la primera denuncia por el legitimado a hacerlo para estos hechos contra la indemnidad sexual de la menor, dada la condición de menor de edad de la víctima, y esta misma denuncia permite, luego, seguir adelante con la investigación realizada del delito del art. 197.1 CP por el que es condenado, siendo un delito objetivo de la apreciación del hecho en sí, o dato objetivo del descubrimiento de los secretos de otra persona.

Ahora bien, quedando acreditado que ha quedado atacado el bien que se protege y el objetivo de tutelar la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas resulta evidente que acreditado este ataque la procedibilidad para la condena queda cumplida perfectamente por la denuncia inicial,



aunque el hecho delictivo del art. 197.1 CP se descubra tras esta noticia. Y sin que se haya condenado por delito continuado, como impugna el recurrente.

Respecto al alegato de que se pretendía "proteger" por el recurrente a la menor de Juan Antonio, que fue, precisamente, quien advirtió a la menor que denunciara a su madre el calvario sexual del que estaba siendo víctima, no puede estar más lejos de la realidad que la intromisión era "protectora" en lugar de típicamente punible.

El motivo se desestima.

**NOVENO** .- 8.- Al amparo del art 849.1 LECrim por aplicación indebida del art 21.6 CP .

Destaca el Tribunal en este punto que:

"La dilación indebida interesada por la defensa del procesado pretende que la atenuante se aprecie como muy cualificada, aportando para sustentar tal petición la suma de los diferentes momentos en los que el procedimiento estuvo paralizado por causas independientes de la voluntad del procesado, invocando que esa adición tiene entidad suficiente como para hacerlo merecedor de esta cualificación.

**La petición no puede prosperar** . Y ello porque el presente procedimiento reviste una importante complejidad, de la mano, tanto de la gravedad como del número de delitos investigados, un total de cuatro, dos de ellos continuados, así como de la dificultad de su investigación, al tratarse, por un lado de una agresión sexual continuada sobre una menor, perpetrada durante cuatro años, que ha precisado de numerosas tomas de declaración y de informes periciales psicológicos para su esclarecimiento, como de los delitos de elaboración y posesión de material pornográfico, así como de descubrimiento y revelación de secretos, que exigen en su mayoría, para la adecuada instrucción de los mismos, del análisis pormenorizado de numerosas informaciones y archivos informáticos que requieren de una especial pericia en su instrucción.

En atención a lo expuesto, incoada la causa el 9 de septiembre de 2015, y enjuiciada en dos partes, un primer señalamiento el 15 de febrero de 2018, y el segundo el 24 de mayo de 2018, los retrasos denunciados, carecen de entidad suficiente para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas no ya como muy cualificada, sino también como ordinaria. En efecto, en tal sentido, no hay que olvidar que, entre los retrasos denunciados, se encuentra la suspensión de la primera sesión del enjuiciamiento provocado a su instancia. En ese caso, la falta de una de las dos peritos firmantes a efectos de simple ratificación, motivó por solicitud expresa de la defensa la paralización del señalamiento, que comportó un retraso de tres meses, teniendo en cuenta el motivo de salud de la perito encinta y la previsión de su sanidad, así como la disponibilidad del libro de señalamientos, sin que en la segunda fase del plenario, la defensa formulara pregunta alguna a la perito que había considerado imprescindible (además de la que ya estaba presente), para la práctica de, la referida prueba. Tal consideración, unida a la especial complejidad de que se ve revestida la causa, como se avanzaba con anterioridad, priva de sustento la apreciación de la atenuante, incluso ordinaria, de dilaciones indebidas, al no respetar los períodos de paralización ajenos al procesado que fueron atendidos en el Acuerdo de la Audiencia Provincial de 12 de julio de 2012, adoptado por unanimidad".

Refiere el recurrente que los periodos computados en su conjunto asciende a un total 11 meses de paralización, que, en realidad, no lo son tal, ya que se trata de meras tramitaciones puntuales, así como que la circunstancia de que se suspenda un juicio no puede, luego, dar lugar a esta atenuante.

No puede aplicarse ni como simple esta atenuante, ya que los periodos que refiere el recurrente no denotan un abandono procedimental con perjuicio a la parte, y, mucho menos, como muy cualificada.

Como se lee en la STS nº 941/2016, de 15 de diciembre :

"En nuestra STS 578/2016 de 30 de junio, con cita de las STS nº 586/2014 de 23 de julio y nº 126/2014 de 21 de febrero recordábamos la doctrina de esta Sala conforme a la cual: Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria, ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización.



La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria" [...] Para la calificación de la atenuante como muy cualificada, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contemplado demoras o paralizaciones cuya suma sea superior a varios años. En tal sentido, SSTS 655/2003 para nueve años ; 291/2003 para ocho años , en el mismo sentido 71/2009 ; 883/2009 se refiere a la cuasi prescripción o 238/2010 para cuatro años y ocho meses".

Sobre esta cuestión hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la diferencia en la determinación y acogimiento de la atenuante de dilaciones indebidas como simple o muy cualificada, y así, por ejemplo, en el Auto de esta Sala 1782/2014 de 6 Nov. 2014, Rec. 1096/2014 se recuerda que: "El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama ( SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre ).

La nueva redacción del art. 21.6 del CP , exige la concurrencia de tres requisitos para la apreciación de la atenuante:

- a) el carácter extraordinario e indebido de la dilación;
- b) su no atribuibilidad al propio inculpado; y
- c) la falta de proporción con la complejidad de la causa.

El carácter indeterminado de esas pautas valorativas, confieren utilidad a buena parte del cuerpo de doctrina ya proclamado por esta Sala en el marco jurídico previgente. Lo que está fuera de dudas es que los requisitos que ahora se proclaman de forma expresa en el listado de las atenuantes específicas, sólo adquieren sentido como reglas de valoración referidas al caso concreto. No se trata de claves abstractas para resolver sobre la razonabilidad del plazo, sino de pautas para evaluar, una vez el proceso penal ha concluido, si su duración ha sido o no razonable (cfr. STS 385/2011, 5 de mayo entre otras)".

Además, recordemos que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, entre otras, en Sentencia 416/2013 de 26 Abr. 2013, Rec. 10989/2012 que: "En las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio.

Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en:

- a.- Sentencia 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso);
- b.- Sentencia 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación);
- c.- Sentencia 506/2002, de 21 de marzo ( 9 años);
- d.- Sentencia 39/2007, de 15 de enero (10 años);
- e.- Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración);
- f.- Sentencia 132/2008, de 12 de febrero (16 años);
- g.- Sentencia 440/2012, de 25 de mayo (diez años );
- h.- Sentencia 805/2012, de 9 octubre (10 años);
- i.- Sentencia 37/2013, de 30 de enero (ocho años ).

Ahora bien, aunque la jurisprudencia se haya manifestado en el sentido de que el periodo global de duración de un proceso ha de ser especialmente extraordinario para que se aprecie la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, también tiene establecido que en supuestos de procesos cuya duración no alcance los siete años cabe la aplicación de la atenuante como muy cualificada cuando se compruebe que concurren varias paralizaciones de la causa alguna de las cuales superó el tiempo de un año.

De modo que se legitima la cualificación de la atenuante no solo atendiendo al plazo total de tramitación de un proceso (criterio del plazo razonable), sino también cuando sin ser este de una duración singularmente extraordinaria, sí concurren dilaciones concretas que comprenden un periodo importante en concepto de paralización.





Y así, en la sentencia 658/2005, de 20 de mayo , aunque el periodo de duración del proceso en la primera instancia no alcanzó los cinco años, se apreció la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada debido a que la causa estuvo paralizada en exceso en la Audiencia Provincial, transcurriendo casi tres años entre la fecha de remisión y la celebración del juicio.

Siguiendo la misma pauta interpretativa, en la sentencia 630/2007, de 6 de julio , se estimó que una paralización de casi cuatro años en la fase de juicio oral se hacía acreedora a la aplicación de la atenuante como muy cualificada, aunque la duración total del procedimiento no fuera especialmente extraordinaria. Y en la sentencia 484/2012, de 12 de junio , en una causa con un periodo total de tramitación que no alcanzó los seis años, se estimó que la existencia de varios periodos de paralización, uno de ellos superior a un año, justificaba la aplicación de la atenuante como muy cualificada".

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 586/2014 de 23 Jul. 2014, Rec. 263/2014 se recoge que:

"Como dijimos en la STS 126/2014 de 21 de febrero : Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sean extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que sean desmesuradas. Y en la STS 357/2014 de 16 de abril insistimos: si la atenuante simple exige unos retrasos extraordinarios, para su cualificación, habrá de reclamarse mucho más: una auténtica desmesura que no pueda ser explicada. Atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria ("fuera de toda normalidad"); eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable.

Y entre los criterios que debemos analizar para la constatación de esa desmesura, cabe acudir no solamente, en cuanto a la duración, al tiempo extraordinario desde la perspectiva global del total procedimiento, sino a otros más específicos: como la pluralidad y dimensión de los periodos de paralización o ralentización. Estos aquí se centran en esencia en la duración de una concreta actividad cual es la pericial investigadora contable de los acusados.

La cualificación también reclama que la falta de justificación sea más ostensible o de mayor entidad que la considerada para la atenuante ordinaria. Así, atendiendo a la complejidad como referencia de ponderación, hemos de señalar que aquella diligencia pericial retardataria se vino a añadir a otras diligencias de una causa de por sí harto compleja, como se indicará al examinar el paralelo y contrapuesto motivo de las acusaciones".

Con ello, es preciso poner más el acento en las "paralizaciones" del proceso que en la duración global del mismo. Y estas paralizaciones citadas por el recurrente no son ciertamente tales, ni imputables al órgano judicial, además de ser un periodo corto de tiempo y con plazos razonables en la fase de señalamiento del juicio.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO** .- 9.- Al amparo del art 849.1 LECrim por aplicación indebida del art 21.5 CP . Alega el recurrente que debió apreciarse como muy cualificada.

Ante esta petición de que se admita como muy cualificada esta atenuante es desestimada por el Tribunal. Y ante ello, señala que:

"En este supuesto, si bien la madre de Bárbara , Serafina , consideró que los 40.000 entregados por el procesado a ella, como representante legal de la menor la resarcieron civilmente, no es menos cierto que no se ha exteriorizado el procesado petición de perdón alguna respecto de su sobrina, de la que se aprovechó sexualmente de forma ininterrumpida desde que la menor contaba con nueve hasta los trece años de edad, evidenciando así una falta suma de respecto por la menor que con la simple entrega del dinero no puede verse reparada hasta el punto de merecer una rebaja en grado de la pena. Si que procede, por el contrario, apreciar dicha circunstancia como ordinaria en el presente caso respecto del delito de agresión sexual continuado por el que recaerá condena".

Pues bien, debe confirmarse el rechazo de admitir como muy cualificada la atenuante del art. 21.5 CP . Así, ya hemos señalado en esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 481/2008 de 12 Jun. 2008, Rec. 2201/2007 que:

"Ciertamente que la doctrina de esta Sala ha considerado aplicable la atenuante de reparación del daño en los delitos contra bienes personalísimos que producen un grave daño moral al sujeto pasivo del injusto, cuando el autor anticipa la indemnización económica que reclama la acusación.



Pero si el simple pago por el "pretium doloris" permite la aplicación de la atenuante, ello no es suficiente para que se aprecie la misma como muy cualificada, aunque se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles.

Si ya resulta discutible apreciar esta circunstancia ordinaria en delitos como el presente (y no debe olvidarse que la misma no opera en otros tipos delictivos como el tráfico de drogas, el de atentado...), la aplicación de la atenuante en cuestión como muy cualificada no puede sustentarse en modo alguno exclusivamente en el hecho de poner unos billetes encima de la mesa para satisfacer la indemnización por el daño causado, cuando estos daños -como ha quedado dicho- no son evaluables económicamente por afectar a bienes y valores profundamente personalísimos, íntimos y morales no evaluables en dinero ( STS 16-1-08 ). Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege ( STS 27-12-07 ). A pesar de todo no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima ( STS 20-10-06 ).

En efecto, nos encontramos con unos hechos extremadamente graves en un ataque sexual prolongado en el tiempo a una menor de edad, y con una repercusión a la menor que se constata en el informe psicológico expuesto por los peritos, ante una diversidad de delitos cometidos de forma reiterada sobre una menor que se ve obligada a silenciar el ataque sexual del que es víctima por una persona muy cercana de su entorno y en el espacio de su propio hogar, viéndose obligada a silenciarlo ante las amenazas y advertencias del autor de los delitos. Ello provoca un daño físico y moral, no solamente el físico causado por el dolor que ella misma expuso, sino, lo que es más grave en estos casos, el moral de una menor a la que va a afectar psicológicamente para el resto de su vida este ataque a su indemnidad sexual, como es lógico apreciar en unos hechos que se han extendido en el tiempo y de una gravedad y maldad extrema en el sujeto activo del delito, por lo que si se aprecia la mera atenuante simple por la objetiva consignación de una suma de dinero, no puede pretenderse ampliar los efectos atenuatorios con una rebaja en la pena en uno o dos grados que conllevaría apreciarla como muy cualificada.

Señala, así, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 125/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 10693/2017 que:

"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 ( SSTS 2068/2001, 7 de diciembre ; 2/2007, 16 de enero ; 1171/2005, 17 de octubre ). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante ( SSTS 545/2012, 22 de junio ; 2/2007, 16 de enero ; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras).

Pero también hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima".

También, hemos señalado ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 162/2019 de 24 Ene. 2019, Rec. 10609/2018 ) que:

"En cualquier caso, la reparación ha de ser relevante y satisfactoria desde el punto de vista de la víctima, que no tiene culpa de que el autor del hecho delictivo, sea solvente o insolvente.

A su vez, constituye un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza,



etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud.

**No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás.**

El pago de tales perjuicios económicos, aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege. (...) pero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado".

Por último, cabría indicar aquí que, si el fundamento de esta atenuante se concreta en la disminución de la necesidad de la pena a imponer, dado que uno de los factores que determinan tal extensión es el grado de culpabilidad que se patentiza en el autor y, como tal, debe moderarse en atención al abono o reparación del daño, tal facultad moderadora de la extensión de la pena se ha producido en la medida que se ha apreciado su esfuerzo reparador, siquiera mediante la apreciación de la atenuante simple, y, por consiguiente, la extensión de las penas finalmente impuestas ha sido correcta y satisface las exigencias de la equidad que exige una adecuación de la pena al grado de culpabilidad del recurrente".

Si se trata de delitos económicos y/o patrimoniales resultaría absurdo que por consignar "cualquier" cantidad se alegara la aplicación de la atenuante del art. 21.5 CP. Pero peor lo es en delitos contra bienes personales donde ya existe, además, un daño personal y moral muy difícil de reparar incluso mediante el pago. Por ello, **en estos últimos, ni aun pagando la totalidad se debería apreciar como muy cualificada la atenuante** ".

Por ello, y ante la cuestión de si se aplicará siempre y en todo caso la atenuante como muy cualificada si se consigna la totalidad del daño causado debemos descartar esta máxima que pretende el recurrente.

Así, se considera por esta Sala ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 291/2018 de 28 Dic. 2017, Rec. 1641/2017 ) que:

"El Tribunal de instancia aplicó conforme a Derecho la circunstancia atenuante de reparación del daño de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.5 del Código Penal y la jurisprudencia antes expuesta. Los acusados consignaron con anterioridad a la celebración del juicio oral el importe que les era reclamado por el Ministerio Fiscal en concepto de responsabilidad civil, por **este hecho no es suficiente para la aplicación de la atenuante como muy cualificada, que exigirá la concurrencia de circunstancias que reflejan una especial intensidad en la citada reparación, que no se aprecia en el caso de autos.**

En efecto, hemos dicho, entre otras en STS 428/2011, de 12 de mayo que "tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 2/2008, de 16 de enero , que **el simple pago no es suficiente para que se aprecie la atenuante de reparación como muy cualificada, aunque se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles** . Esta conducta post delictiva encaja perfectamente en la figura de la atenuante ordinaria y, desde luego, no presenta carácter de excepcionalidad que refleje una superior intensidad que avale su apreciación como atenuante muy cualificada, máxime cuando no consta que el acusado haya tenido que realizar un gran esfuerzo o sacrificio para efectuar la reparación y **sin que pueda olvidarse que los delitos cometidos por el ahora recurrente atentan y agreden valores esenciales de la persona como su libertad e integridad física**".

Por ello, atendida la gravedad de los hechos y el grave y prolongado ataque en el tiempo a la indemnidad sexual que se ha producido, así como lo prolongado en el tiempo de ataques que no solamente constituyen delitos de abusos sexuales, sino, también, de agresiones sexuales, como se ha detallado, no procede ampliar la rebaja penal más allá de considerar la atenuante como simple, y no como muy cualificada.

El motivo se desestima.

**UNDÉCIMO** .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente ( art. 901 LECrim ).

**FALLO**



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

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN**, interpuesto por la representación del acusado Luis Carlos , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, de fecha 24 de mayo de 2018 , en causa seguida contra el mismo por delitos de agresión sexual, de elaboración de pornografía infantil, de posesión de pornografía infantil y de descubrimiento y revelación de secretos. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ