



Roj: **STS 4403/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4403**

Id Cendoj: **28079120012021100921**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2021**

Nº de Recurso: **5415/2019**

Nº de Resolución: **916/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1409/2019,**
STS 4403/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 916/2021

Fecha de sentencia: 24/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5415/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.ARAGON SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5415/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 916/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Susana Polo García



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5415/2019, interpuesto por **Epifanio**, representado por la procuradora D^a. Andrea de Dorremocha Guiot, bajo la dirección letrada de D. Juan Gonzalo Ospina Serrano, contra la sentencia nº 68/2019, de fecha 22 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de Apelación nº 55/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza, instruyó Diligencias Previas nº 1778/2016, contra Epifanio, por delitos de explotación y corrupción de menores, acoso sexual sobre menor de 16 años y tenencia de pornografía infantil y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que en el Procedimiento Abreviado nº 19/2018, dictó sentencia nº 194/2019, de fecha 16 de mayo de 2019, que fue recurrida en apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en el Rollo de Apelación nº 55/2019, dictó sentencia nº 68/2019, de fecha 22 de octubre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<1º.- En fecha no precisada del mes de junio de 2016 la menor Marí Jose, nacida el NUM000 /2001, que contaba, por lo tanto, con 14 años de edad, respondió a un anuncio insertado por el acusado, Epifanio, en una página web de contactos, "pasión-com", tal respuesta la hizo la menor a través de su dirección de correo electrónico, DIRECCION000, tras lo cual pasados unos días, la menor facilitó a aquel su número de teléfono móvil, NUM001, manteniendo ambos desde ese momento numerosas conversaciones por whatsapp, utilizando el acusado su teléfono móvil NUM002, habiendo tenido lugar igualmente contactos por DIRECCION001.

En el transcurso de dichas conversaciones el acusado conoció que su interlocutora citada Marí Jose, era menor, constando que él mismo le preguntó por su edad contestando la citada que tenía 14-15 años, pese a lo cual el acusado, guiado por ánimo libidinoso conminó a la menor a que le remitiera archivos -fotografías y vídeos- en los que se mostrara en actitud explícitamente sexual, quitándose la ropa, apareciendo desnuda e incluso, masturbándose, manteniendo una relación de dominación sobre la menor en la que pretendía que esta adoptase una posición de sumisión, a modo de relación sadomasoquista, llegando la menor a acceder a numerosos requerimientos del acusado.

Así la menor Marí Jose, conminada por el acusado, llegó a enviarle a través de DIRECCION002 numerosas fotografías y algunos vídeos en los que se mostraba semidesnuda o desnuda y en las posiciones y acciones que le indicaba aquel, habiendo mantenido ambas comunicaciones mediante video-llamada por DIRECCION001 en las que la menor se desnudó completamente a petición del acusado, quien le conminó a que se masturbase y se colocara en determinadas posiciones de cariz sexual.

El acusado llegó a enviar a Marí Jose una fotografía de índole sadomasoquista en la que aparecía una joven desnuda, maniatada y amordazada en el maletero de un vehículo, preguntándole a la menor si le gustaría que él mismo le hiciese eso a ella; le inquirió sobre si había leído el libro "50 sombras de Grey", le remitió archivos de audio en los que le imponía realizar determinadas acciones a la menor, dándole ordenes a fin de que le enseñara las "tetas", diciéndole frases del siguiente tenor

"te quiero ver desnuda con las bragas en la boca"

"que te ates las tetas con una cuerda"

"me gusta que me obedezcas, acatarás mis órdenes, ¿quieres que te castigue?"

"bájate las bragas, abre tus piernas ahora mismo, quiero ver ese coño que tienes, enséñamelo ¿, quiero que te desnudes y me mandes un vídeo desnuda...con una pinza en la lengua, haz lo que te he dicho, obedece ya!"

"Foto sin camiseta...ahora tocándote una teta...y hazte una foto en la que se te vea el culo.. foto de rodillas...mete tu mano en el bikini...di dos veces soy obediente, te obedeceré a ti".

La menor Marí Jose, en ciertos momentos, seguía, "dada su edad e inmadurez" el juego que el acusado le proponía, preguntando al mismo qué le haría cuando se vieran o como quería que apareciese en las fotos y vídeos que le enviase, conminándole el acusado a realizar aquello que le ordenara y explicándole abiertamente como sería su encuentro personal con ella con expresiones tales como las que seguidamente se mencionan, atendidas por Marí Jose con las que igualmente se acotan entre paréntesis,



"Te ataría, te vendería los ojos, te ataría a la cama, en forma de cruz, cada brazo y cada pierna a una pata de la cama"

"eres virgen anal? (que es eso?) Si te han penetrado por el culete...querrás que use consoladores? O sólo las manos? (lo que tú quieras) eres virgen (que es?) es que el consolador te desvirgaría (qué es qué?)"

"te dejaré desnuda ante mí como debe ser una sumisa..."

"tengo que ir a comprar las esposas..."

"mejor sería si pudieras ser sumisa real, en mi piso...te compraría ropa de sumisa...si te tuviera delante te pellizcaría tus pezones..."

Consta que el acusado intentó en varias ocasiones convencer a Marí Jose para tener un encuentro personal a fin de llevar a cabo las prácticas sexuales que habían sido objeto de sus contactos por DIRECCION002 y DIRECCION001, bien en su propio domicilio, para lo que le indicó donde vivía, que medio de transporte público tenía que tomar y en qué parada tenía que apearse, bien en un parque, sin que la menor accediera a ello. Y pese a que ella intentó en ocasiones un distanciamiento del acusado, este trató de impedirlo, poniéndose reiteradamente en contacto con aquella con la finalidad de conseguir que Marí Jose le remitiera nuevos archivos de fotografías y vídeos de índole sexual y accediera a mantener encuentros personales con él.

Por Auto de 29 de septiembre de 2016 se autorizó la entrada y registro del domicilio del acusado, sito en C/ DIRECCION003, NUM003, de Zaragoza, así como de sus anexos -garage y trastero-, el acceso a la información contenida en los dispositivos de telefonía e informáticos que se localizarán y a las cuentas de correo electrónico y espacios de almacenamiento virtual, habiéndose llevado a cabo la entrada y registro en la misma fecha, interviniéndose un teléfono móvil Samsung Galaxy S4, que portaba el acusado en el momento de su detención, un ordenador portátil Sony Vaio con su correspondiente cargador y un teléfono móvil Iphone 3.

El análisis forense del terminal telefónico usado por la menor Marí Jose, un Samsung modelo SM -G7105, IMEI NUM004 -EVIDENCIA 142-, en el que se hallaba insertada la tarjeta de memoria MicroSD de la marca Toshiba de 32 GB -EVIDENCIA 142 1- permitió constatar la existencia en la agenda de contactos del teléfono móvil del acusado, + NUM005, nombrado como "Jajaja", de gran cantidad de archivos de fotografías realizadas por la propia menor Marí Jose en ropa interior o desnuda mostrando partes de su cuerpo que había remitido mediante DIRECCION002 al acusado y a otras personas, de dos fotografías remitidas por el acusado a la menor y de tres vídeos enviados por esta a aquél en los que le pregunta que quiere que haga, desnudándose, colocándose pinzas en la lengua y en la cara; y registros de numerosas conversaciones mantenidas por DIRECCION002 con el acusado.

El análisis forense de los terminales telefónicos intervenidos al acusado, Samsung modelo GT-i9505, IMEI NUM006 -EVIDENCIA 145- y Apple modelo Iphone A1303 de 32 Gigas -EVIDENCIA 148- permitió constatar:

En la EVIDENCIA 145, existencia en la agenda de contactos del teléfono móvil de la menor Marí Jose, numerosas conversaciones mantenidas por DIRECCION002 con otras personas en las que abundan las referencias a prácticas sexuales de sumisión e, incluso, alguna de ellas referida a la menor Marí Jose a la que menciona el acusado como la "sumisa jovencita", expresándose en la propia conversación su edad, de 13 o 14 años y las órdenes que le daba, a la preferencias del acusado para dichas prácticas sexuales con "jovencitas", las conversaciones mantenidas con la propia menor Marí Jose, una a través de DIRECCION001 y otras muchas a través de DIRECCION002 con menciones continuas a las prácticas sexuales de índole sadomasoquista que el acusado llevaría a cabo con ella y que antes se han expuesto y a las órdenes que el mismo le daba a fin de que le remitiera archivos de fotografías o videos donde apareciera desnuda, semidesnuda o en determinadas posiciones; y varias cuentas de usuario, entre ellas la de " DIRECCION004" utilizada por el acusado en la aplicación de mensajería y videollamada por DIRECCION001 mantenida con la menor Marí Jose; en el historial de Internet, ingente cantidad de visitas a páginas web, entre ellas a "pasión.com", en particular a la sección de contactos relacionados con el mundo de la sumisión y la dominación; algunos mensajes SMS mantenidos con la menor Marí Jose; una llamada realizada al teléfono móvil usado por esta; los archivos fotográficos y los tres -3- videográficos remitidos por la menor al acusado donde aparece en ropa interior, mostrando sus pechos o desnuda íntegramente, atendiendo las peticiones, que le realizaba el acusado por DIRECCION002; y algunos vídeos en los que se visualiza un pene erecto, en los que aparece una chica desnuda atada con cuerdas y un varón desnudo que comienza a esputar fluidos bucales en la boca de la mujer para, a continuación, introducir su miembro viril en la boca; y hasta doce -12- vídeo llamadas mantenidas con la menor por DIRECCION001.

1.- Existió una extensa conversación entre el acusado y la menor Marí Jose a través de la aplicación de mensajería instantánea de DIRECCION002, conversación que fue borrada por la menor de su teléfono antes



de la entrega de este al grupo de investigación policial, sin que pudiera ser recuperada, pero que consta en el teléfono del acusado.

2.- Hubo un intercambio de archivos de diferente tipo (fotografías, mensajes de audio y videos) dentro de la conversación de DIRECCION002 mantenida entre el acusado y la menor, habiendo sido localizadas hasta 25 fotografías de carácter sexual remitidas por la menor, 2 fotografías del propio acusado, 1 fotografía de carácter sexual sadomasoquista remitida por el propio acusado a la menor, 3 vídeos realizados por la menor Marí Jose en respuesta a las peticiones sexuales realizadas por el acusado, siendo uno de ellos de carácter sexual explícito en el que se observa a la menor desnudándose y mostrando partes íntimas de su cuerpo, 1 vídeo realizado por el acusado mostrando su domicilio a Marí Jose , 25 mensajes de audio remitidos por aquel a ésta y 21 mensajes de audio remitidos por la menor al acusado.

3.- Se constataron conversaciones mantenidas por el acusado con otras personas en las que hace alusiones a la menor Marí Jose en las que alude a ella como sumisa jovencita, con una edad de 13 a 14 años, mencionando lo que el acusado solicitaba a la misma, amén de referencias continuas a cuestiones que evidencian el perfil pedófilo del acusado, interesado en la busca de menores de edad para consumir sus impulsos sexuales de tendencia sadomasoquista, y el contacto con una supuesta menor de 17 años, cuya identidad se desconoce, en la que le solicita fotos en las que aparezca desnuda y en ropa interior, petición del acusado que no fue atendida por aquella.

4.- Constan 12 videollamadas realizadas a través de la aplicación DIRECCION001 por parte del acusado a la menor Marí Jose con la única finalidad de que esta se desnudara para él y realizara actos sexuales de carácter sadomasoquista delante de la cámara siendo ella la sumisa, teniendo que obedecer y realizar todas las peticiones sexuales que le hacía el acusado.

El acusado Epifanio pagó a los padres de Marí Jose 15.000 euros, el día 20-6-2018, dándose por resarcidos y apartándose del ejercicio de la Acusación particular, mucho antes del juicio oral que se celebró el día 20-11-2018. >>

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<A).- Que debemos de condenar y condenamos al acusado Epifanio , como autor responsable de un delito consumado y continuado de explotación y corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico, tipificado en los artículos 189-1 a) y 189-2-a) del Código Penal vigente, en relación con el artículo 74 de dicho Código, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de reparación del daño (5ª del artículo 21 del Código Penal), con las siguientes penas y medidas de seguridad:

1ª.- Tres años y seis meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad.

2ª.- Inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, durante el plazo de cinco años.

3ª.- La medida de libertad vigilada durante el plazo de cinco años, que se ejecutará una vez que el condenado, Epifanio , haya cumplido su condena privativa de libertad.

4ª.- La medida de libertad vigilada de estar obligado el condenado Epifanio a comunicar inmediatamente, cualquier cambio de su lugar de residencia y ello durante un plazo de tres años.

5ª.- Prohibición de desempeñar actividades que puedan facilitar la ocasión de cometer delitos de similar naturaleza al de explotación y corrupción de menores de edad, y ello durante cinco años, medida que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de su condena privativa de libertad de tres y seis meses de prisión.

6ª.- La obligación de participar en un programa completo de educación sexual, con posterioridad al cumplimiento de su condena de prisión.

B).- Que debemos de condenar y condenamos al acusado Epifanio , como autor responsable de un delito continuado de acoso sexual, sobre menor de dieciséis años, en grado de tentativa acabada, tipificado en el artículo 183-ter-1 del Código Penal vigente, en relación al artículo 74-1º y 3º y 62 de dicho Código, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de reparación del daño (5ª del artículo 21) a las penas y medidas de seguridad siguientes:

1ª.- Seis meses de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad.

2ª.- Inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, durante un plazo de tres años.



3ª.- La medida de libertad vigilada durante un plazo de dos años, la cual se ejecutará una vez que el condenado, Epifanio , haya cumplido su condena privativa de libertad.

4ª.- La obligación de comunicar inmediatamente, cualquier cambio de residencia.

5ª.- Le imponemos la medida de seguridad de prohibición de desempeñar actividades que puedan facilitar la ocasión de cometer delitos de similar naturaleza a los de explotación sexual y corrupción de menores de edad durante tres años, medida que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de su condena privativa de libertad.

6ª.- Le imponemos como medida de seguridad la obligación de participar en un programa completo de educación sexual, con posterioridad al cumplimiento de sus condenas privativas de libertad.

C).- Que debemos de condenar y condenamos al acusado Epifanio , como autor responsable de un delito de tenencia de pornografía infantil, tipificado en el artículo 189-5º del Código Penal vigente, con la concurrencia en el mismo de la atenuante muy cualificada de reparación del daño 5ª del artículo 21 del Código Penal, a la pena de cuarenta y cinco días de multa a razón de 6€ por cada día de multa con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal.

D).- Le imponemos al acusado Epifanio la medida de alejamiento respecto de la ahora menor de edad, Marí Jose , prohibiéndole acercarse a ella, a su domicilio, a su Centro de Estudios, a su lugar de trabajo o a cualquier otro sitio que frecuente, a menos de 300 metros y ello durante un plazo de cinco años por causa del delito de explotación sexual y del de corrupción de menores y durante un plazo de tres años por causa del delito de Acoso sexual continuado.

E).- Le imponemos al acusado Epifanio la medida de prohibición de comunicarse por cualquier medio con la ahora menor de edad, Marí Jose , y ello durante el plazo de cinco años por el delito de explotación sexual y de corrupción de menores y durante un plazo de tres años por el delito continuado de Acoso sexual en grado de tentativa acabada.

F).- Decretamos el decomiso de los terminales telefónicos intervenidos al acusado Epifanio , que son el terminal Samsung modelo GT-i9505, IME3 NUM006 , a través del cual se llevaron a cabo los hechos objeto de la presente causa y también decretamos el decomiso del terminal teléfono APPLE modelo IPHONE A1303 de 32 Gigas. Ambos teléfonos serán entregados en propiedad para su uso por el Grupo de Delitos Tecnológicos de la Brigada de Policía Judicial.

G).- Decretamos la cancelación de la cuenta de correo electrónico creada y usada por el acusado, Epifanio , para la comisión de los hechos objeto de la presente causa.

H).- Condenamos al acusado Epifanio al pago de las costas del juicio, por expreso mandato legal y sin incluir las costas de la Acusación particular por haberse retirado, dándose por resarcida en ese concreto aspecto de las costas y también dándose por resarcida respecto de la responsabilidad civil "ex delicto". >>

TERCERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Epifanio contra la sentencia dictada el día 16 de mayo de 2019 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Procedimiento Abreviado 19/2018 debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el trámite de la apelación. >>

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

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Epifanio :

Primero.- Renunciado.

Segundo.- Renunciado.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo del artículo 5 párrafo 4º de la LOPJ y el artículo 852 de la LECrim, por vulneración de precepto constitucional, en concreto del artículo 24 de la Constitución Española que recoge garantías de carácter procesal y entre ellas el derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas



las garantías, a la tutela judicial efectiva y a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa y la prohibición de indefensión.

Cuarto.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim por aplicación indebida de los artículos 189.1 a) y 189.2 a), 189. Ter-1, 189.5 del Código Penal al haber quebrado el principio non bis in ídem y no ajustarse los hechos a la calificación impuesta en sentencia.

Quinto.- Renunciado.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 11 de noviembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Epifanio

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 22-10-2019, Rollo de Apelación 55/2019, que confirmó la sentencia de fecha 16-5-2019 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el Rollo P.A. 19/2018, procedente de las Diligencias Previas 1778/2016 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zaragoza, que condenó al hoy recurrente Plácido por un delito continuado de explotación y corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico, de los arts. 189.1 a) y 189.2 a) CP; por un delito continuado de acoso sexual sobre menor de 16 años, en grado de tentativa acabada, del art. 183 ter 1 CP; y por un delito de tenencia de pornografía infantil del art. 189.5 CP, concurriendo en todos la atenuante muy cualificada de reparación del daño, 5ª del art. 21 CP, se interpone el presente recurso de casación por dos motivos, numerados como tercero y cuarto -al haber renunciado a los motivos primero, segundo y quinto.

El motivo tercero por infracción de ley al amparo del art. 5.4 LOPJ, del art. 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional, en concreto art. 24 CE, que recoge garantías de carácter procesal y entre ellas el derecho a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa y la prohibición de indefensión.

El motivo cuarto por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 189.1 a) y 189.2 a), 189 ter 1, y 189.5 CP, al haberse quebrado el principio non bis in ídem y no ajustarse los hechos a la calificación impuesta en sentencia.

1.1.- Es necesario, por ello, efectuar unas consideraciones previas sobre la reforma operada por Ley 41/2015, de 5-10, que introdujo el previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia y del que conocen las Salas de lo civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este sentido, hemos dicho en recientes sentencias 552/2021, de 23-6; 580/2021, de 1-7; 642/2021, de 15-7; 805/2021, de 20-10, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el derecho a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTS 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza.... la



seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo; 1249/2009 de 9 de diciembre; 882/2016, de 23-11; 236/2017, de 5-4).

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 7 de mayo de 2019, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del derecho que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la



sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como derecho prevén el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de derecho, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la



apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

1.2.- Partiendo de la doctrina expuesta analizaremos el motivo tercero por infracción de ley, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim, por vulneración de precepto constitucional, art. 24 CE, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva y a valerse de los medios de prueba pertinentes para la defensa y la prohibición de indefensión.

Afirma que no existe prueba alguna de carácter fehaciente para determinar que el recurrente conocía que la menor estaba por debajo del umbral de edad de 16 años, dado que no consta en ninguna de las conversaciones entre el acusado y la menor que ésta le indicase que tenía 14 o 15 años.

También considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al no existir prueba alguna dirigida a determinar la experiencia o inexperiencia de la menor en el ámbito sexual. Conocimiento de la menor en materia sexual que excluiría cualquier posibilidad de un delito de corrupción de menores.

Tampoco existió conminación alguna por parte del acusado a que le remitiera archivos -fotografías y vídeos- en actitud explícitamente sexual, siendo la propia menor la que contacta con el recurrente y la que insistía en mantener contacto.

El motivo debe ser desestimado.



1.3.- En relación al desconocimiento de la edad de la menor inferior a 16 años, como hemos dicho en SSTs 392/2013, de 16-5; y 97/2015, de 24-2, el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTs. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTs 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP. se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10) .

En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 16 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 16 años.

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del delito continuado de explotación y corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico, arts. 189.1 a) y 189.2 a), delito continuado de acoso sexual sobre menor de 16 años, art. 183 ter 1, y delito de tenencia de pornografía infantil, art. 189.5 CP, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTs 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTs 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido.

1.4.- En el caso presente la sentencia recurrida, esto es, la del Tribunal Superior de Justicia, se pronuncia sobre tal cuestión y teniendo en cuenta la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Provincial, que afirmó que puede verse perfectamente en las fotografías que se trata de una niña menor de 16 años, e incluso de 15, además de que en una conversación habida entre una tercera persona y el condenado, aquella manifestó como el acusado le había dicho que la menor con la que se relacionaba tenía 13 o 14 años, refrenda tal afirmación al destacar que efectivamente la comprobación de las fotografías obrantes evidencian que, notoriamente, se está ante una menor de 16 años. Su aspecto y desarrollo físico, el modo de vestir o el entorno en que se hace las fotografías no dejan lugar a dudas de que se está ante una menor que no alcanza los 16 años. La corroboración por una tercera persona es también elemento a valorar, tal y como ha hecho la sentencia, pues nada permite pensar que mintiera al recordar que el acusado le había dicho que la niña tenía 13 o 14 años.



Consecuentemente no cabe apreciar error vencible o invencible en la persona del acusado que conocía o pudo conocer la edad de la niña a quien se dirigía. No olvidemos que en los hechos probados como en el análisis de los terminales telefónicos intervenidos al acusado, en la evidencia 145, existencia en la agenda de contactos del teléfono móvil de la menor Marí Jose , numerosas conversaciones mantenidas por DIRECCION002 con otras personas, en las que abundan las referencias a prácticas sexuales de sumisión e, incluso, alguna de ellas referida a la menor Marí Jose , a la que menciona el acusado como "sumisa jovencita" , expresándose en la propia conversación su edad, de 13 o 14 años, y las órdenes que le daba ...".

1.5.- En cuando a la pretensión del recurrente de hacer depender la protección penal de la víctima de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de la experiencia o inexperiencia de la menor en el ámbito sexual, argumentando que nunca conminó a la menor a hacer absolutamente nada, pues era la menor la que le solicitaba al acusado que la pidiese y éste se limitaba a cumplir sus expectativas, fue también planteada en apelación y desestimada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia del TSJ, razonando como señala la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 6-7-2018: <<"lo aducido en torno a la iniciativa para llevar a cabo los hechos es absolutamente indiferente a los efectos de la subsunción penal: el Código presume iuris et de iure la imposibilidad de un consentimiento libre por parte de un menor de trece años (dieciséis a partir de la reforma de 2015) en materia sexual. Los hechos encajan sin dificultad alguna en los tipos penales aplicados por la Sala."

En nuestro caso es el acusado quien comete la acción tipificada, y quien induce claramente a la menor a ejecutar los actos que él, como adulto, le solicita.

Para lo cual es irrelevante que ella, legalmente considerada incapaz de prestar un consentimiento libre, muestre una actitud más o menos colaborativa o, incluso, que tenga en determinado momento alguna iniciativa. Lo determinante es, en fin, la acción del acusado, y en ella está presente la utilización de la menor que tipifica el artículo 189.1 a) del Código Penal.>>

1.6.- Razonamiento correcto. Las figuras delictivas de los arts. 189.1 a) y 189.2 a) -corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico- y 183 ter 1 -acoso sexual sobre menor de 16 años, tratan de procurar y proteger a los menores que al encontrarse en un periodo trascendental de su personalidad, puede ésta verse afectada por actuaciones que puedan condicionar de un modo negativo la vida de futuro de aquellos y de alguna manera, limitada su propia dignidad, por lo que es irrelevante el consentimiento de la menor en este tipo de grabaciones.

En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto.

En efecto, tratándose de menores de 16 años, los artículos citados establecen una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y libre voluntad de acción exigibles.

Hay presunción porque efectivamente se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y siendo iuris et de iure no se permite, en principio, indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de una capacidad que la ley considera incompleta, porque en esas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contra estímulos fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su identidad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda la fuerza el argumento de la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Consecuentemente en los supuestos de menor de 16 años nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido, resultando irrelevante el consentimiento de aquel en mantener relaciones -u otra conducta relacionada con el ámbito sexual- toda vez que por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la voluntad de éste.

En estos supuestos hay una presunción legal de que el menor no está capacitado para prestar un consentimiento válido y, en consecuencia, si lo prestase, carecería de relevancia por estar viciado. Es decir, lo que la ley no presume propiamente es la ausencia de consentimiento en el menor, ya que éste puede consentir perfectamente la realización del acto sexual, esto es, tiene consentimiento natural, pero se presume la falta de consentimiento jurídico y, en virtud de esta presunción legal, éste se tendría como inválido, carente de relevancia jurídica (ver STS 147/2017, de 8-3).



SEGUNDO.- El motivo cuarto por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 189.1 a) y 189.2 a), 189 ter 1, y 189.5 CP, al haberse quebrado el principio non bis in idem y no ajustarse los hechos a la calificación impuesta en sentencia.

El motivo analiza los tres delitos por los que ha sido condenado el recurrente y reproduce diversas cuestiones ya planteadas en anteriores instancias.

2.1.- Analizaremos en primer lugar, la posible comisión del art. 189 ter 1, en grado de tentativa y si ésta, en su caso, debió considerarse como inidónea o imposible.

Pues bien, en relación al delito de acoso sexual sobre menor de 16 años, ya dijimos en nuestra sentencia 97/2015, de 24-2, como: "En España la reforma 5/2010 introdujo un nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el art. 183 bis, con la siguiente redacción:

"el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos".

La Ley Orgánica 1/2015 reformó este artículo que pasó a ser el 183 ter, elevó la edad del menor a 16 años, suprimió la referencia a los arts. 178 a 183 -que había sido criticada por la doctrina, dado que los arts. 178 a 182, se refieren a agresión y abusos sexuales a mayores de 16 años- limitándose a los arts. 183 y 189. Elevó las penas a la mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño y se añadió un segundo apartado, cuando a través de los mismos medios se contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, la penalidad es inferior, 6 meses a 1 año.

El término Child Grooming se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años).

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años) puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años (ahora 16 años). Es referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP "De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años), y con las previsiones del art. 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niño (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 16 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 16 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.



Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

-El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agosta con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

La proposición al encuentro. Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 y 189 responde a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aun su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

-Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un numerus apertus de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro". De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean "materiales" implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como "encaminados al acercamiento", no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189.



2.2.- En el caso que nos ocupa sostiene el recurrente que no hubo acto material de acercamiento, dado que no puede considerarse tal el mostrar la mera intención de quedar y facilitar datos tan abstractos como el barrio donde uno vive o el transporte público que llega hasta el mismo, pero lo que ello implicaría es que el delito no quedó consumado, dado que para ello, hubiera sido necesario que la cita propuesta hubiese sido aceptada por la menor y se iniciaran los actos materiales -en el sentido antes expuesto- de acercamiento, pero no la atipicidad de la conducta.

En efecto, el recurso transcribe lo que recoge la sentencia recurrida en su folio 11 y da su particular interpretación sobre que fue la menor quien insistía en mantener la relación, cuando la sentencia parte de que fue el acusado quien intentó en varias ocasiones convencer a la menor para llevar a cabo las prácticas sexuales que habían sido objeto de sus conversaciones a través de DIRECCION002 y DIRECCION001 y solo se pronuncia sobre la alegación del acusado de que fue él quien intentó distanciarse de la menor y que fue ella quien insistía en mantener la relación, en el sentido de la irrelevancia que la actitud de la menor tiene en la comisión del delito "incluso si, como sostiene el recurrente -no la sentencia recurrida- ella fuera quien insistiera en mantener la relación". Señalando además que frente a los mensajes de DIRECCION002 del 20 al 24 de septiembre que aisladamente transcribe el recurso, existen otros que lo que evidencian es que fue el acusado quien, en todo momento, sostuvo la comunicación.

2.3.- Plantea a continuación el motivo el debate sobre la tentativa que la sentencia considera acabada y que el recurrente entiende mejor como un supuesto no punible de tentativa inidónea y/o delito imposible, dado que no puede ser condenado por proponer un encuentro con la menor de imposible cumplimiento, dado que la inidoneidad fue absoluta, y por tanto no punible, conforme la jurisprudencia de esta Sala.

Pretensión inaceptable. Como hemos dicho en STS 294/2012, de 26-4, con cita de la STS 2122/2002, de 20-1-2003, la polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible es una de las más caracterizadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código Penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunista, se basan en dos fundamentales argumentos: a) La supresión del párrafo 2º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y b) El empleo del adverbio "objetivamente" en la definición de la tentativa -Si los actos no deben producir el resultado objetivamente-independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, solo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e innecesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente "excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa -o delito imposible- no irreal".

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código Penal vigente "atendiendo al peligro inherente al intento".

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1º) Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4º) Presencia de antijuricidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados - imposibilidad de ejecución- o a la inexistencia del objeto -imposibilidad de producción- sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez - sentencias de 24 mayo 1982, 11 octubre 1983, 5 diciembre 1985.

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inidónea en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo



(la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si este fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir se añade, que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 junio 1999, 13 de marzo 2000 según las que la tentativa inidónea, es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio "objetivamente" en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código Penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, "objetivamente" quiere significar que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción.

Ello dejaría impunes los supuestos de tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Sin embargo, se incardinarian en la tentativa punibles los casos de inidoneidad relativa, es decir "aquellos en que los medios utilizados, objetivamente valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, sean abstracta y racionalmente aptos para ocasionara el resultado típico".

En la misma dirección el AT 29-5-2003 C) Con respecto a la alegada existencia de un delito imposible por el empleo en la agresión de un arma de la que su propio poseedor había retirado previamente la munición, la propia Sala de Instancia analiza extensamente tal argumentación, para rechazarla correctamente, y aquí no cabe sino ratificar lo expresado en el fundamento jurídico primero de la Sentencia. Ciertamente esta Sala ha fijado jurisprudencialmente el criterio de que el delito imposible y la tentativa inidónea ya no son punibles -cfr. por todas, Sentencia de 28 de mayo de 1.999-, y se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta, incluyéndose en este concepto -como señala la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1.999 y reitera la 1866/2000, de 5 de diciembre- "los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta.

Sin embargo, no es menos cierto que el Código Penal de 1.995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa "los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito", y el art. 16 del Código Penal ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, "objetivamente" considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado, y son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa -aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada-, es decir, aquellos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que "la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador,



de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción".

La STS 1326/2003, de 13-10, insistió en que el art. 16.1 CP ha reedificado la tentativa al entender que ésta consiste en la realización de actos objetivamente encaminados a la realización plena del delito, si bien éste no llega a producirse, fijando la pena en el art. 62.

Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el art. 16.1, como ya se ha dicho, y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de los medios a fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa por idoneidad relativo no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior CP, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda extramuros del CP, como tentativa quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los "delitos" absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración ex ante y desde una perspectiva general (STS 15-3-2000, 26-6- 200 y 2122/2002, de 20-1-2003)".

Criterio que ha sido reiterado en STS 630/2004, 1329/2004, de 24-11; 289/2007, de 4-4; 861/2007, de 24-10; 822/2008, de 4-12, y 963/2009, de 7-10) de modo que "solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos". La STS 1100/2011 de 27-10, insiste la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados "objetivamente deberán producir el resultado". Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP. 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo, esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos ("ut, quod prelumque accidit"), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa. Y por último el acuerdo de Sala General de 25-4-2012 fijó que "el art. 16 CP no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico".

Ahora bien, la no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el art. 16, "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta". La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un actus contrarius del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico.

2.4.- Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del recurrente, en todos sus actos, hubiese podido llevar inexorablemente a la consumación del resultado.

El plan del acusado era racionalmente apto para la consumación del fin propuesto desde el momento que intentó convencer repetidamente a la menor para realizar las prácticas sexuales que le había detallado en previas conversaciones con ésta a través de DIRECCION002 y DIRECCION001 . Por ello, y así lo recoge la sentencia recurrida, el acusado llevó a cabo todos los actos precisos para cumplir su deseo de concertar la cita, pues hizo la propuesta de verse y comunicó a la menor el lugar donde quedar y cómo llegar al mismo, y si no logró el resultado, lo fue por no haber aceptado la menor, lo que es causa independiente de la voluntad



claramente manifestada del acusado. Y aquellos hechos "objetivamente" hubieran podido producir el resultado perseguido, sin que se trate de una acción objetivamente inidónea, que pueda reputarse de ningún tipo de inidoneidad absoluta, pues el resultado no se produjo por el hecho de la no aceptación de la menor.

En definitiva, teniendo en cuenta por lo tanto que lo relevante es el grado de adecuación para producir el resultado, lo que nos llevaría a excluir solamente la tentativa absolutamente inidónea y el delito imposible, se debe atender a criterios de imputación objetiva para fijar la aplicación de los parámetros punitivos señalados por el legislador y desde luego desde una perspectiva "ex ante" porque "ex post" la no consumación del delito significaría que la tentativa siempre será inacabada o inidónea (SSTS 191/2016, de 8-3; 985/2016, de 11-1-2017; 597/2017, de 24-6).

2.5.- Plantea a continuación el recurrente la aplicación de la garantía del non bis in idem, al entender que no cabe su condena como autor de un delito de captación de menor para elaborar material pornográfico, art. 189.1 a), para luego utilizar el mismo material -y no otro distinto- para condenarle por un delito de tenencia de material pornográfico infantil para su propio uso, art. 189.5, por considerara que la argumentación de la sentencia recurrida para desestimar su pretensión "que una y otra acción fueron hechas de modo independiente por el acusado, pues no se limitó a obtener las fotografías sino que las guardó para tenerlas a su disposición de modo permanente" no es suficiente, pues ambas conductas provienen de una misma acción.

La pretensión del recurrente no debe merecer favorable acogida.

El art. 189.2, introducido por LO 15/2003, castigaba al que para su propio uso poseyera material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.

La STS 674/2009, de 20-5, señaló como elementos de este delito:

a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieran utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía 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.

b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacena, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, algunas de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir, o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines.

c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastaría con la conciencia de que se pone en un sistema o terminal tales archivos que constituyen pornografía infantil.

La reforma operada por LO 1/2015, de 30-3, trasladó este delito al apartado 5º con algunos retoques técnicos, castigando al que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad, necesitadas de especial protección. Añadiendo un segundo apartado, castigando con la misma pena -tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años- a quien acceda a sabiendas de pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La STS 1377/2011, de 19-12, recordó que este delito responde al Convenio de Budapest sobre cibercrimen que recoge la producción, ofrecimiento, difusión, el hecho de procurar a otro, y la posesión de pornografía infantil a través de un sistema informático. Conductas estas que las partes se comprometen a reprimir por medio de sanción penal, siempre que se realicen dolosamente.

La posesión en sí puede materializarse en cualquier clase de soporte que el estado de la tecnología permita y la diferencia de la posesión descrita, en el art. 189.1 b), radica en la presencia o ausencia de un particular elemento subjetivo de lo injusto, la finalidad para uso personal, frente a la finalidad de tráfico o difusión.

El delito consiste en la posesión o tenencia, por consiguiente en las hipótesis de que el sujeto se limite al visionado o audición de contenido pornográfico, como puede ser a través de la técnica conocida como streaming o de material ajeno no dominado por el sujeto, no existirá la conducta típica. Es necesario que se imprima o se grabe de algún modo y el usuario pueda acceder a el automáticamente.

Ahora bien, independientemente de los problemas de prueba que plantea y de las críticas doctrinales a este precepto, pues frente a quienes lo critican por entender que va en contra de los principios de intervención mínima y seguridad del derecho penal, otro sector doctrinal justifica penalizar esta serie de comportamientos, ya que la tenencia de pornografía infantil es peligrosa para el bien jurídico en la medida en que se estimula, mediante su adquisición, posteriores conductas lesivas para la libertad e indemnidad sexual de menores o incapaces, y se trata, en definitiva, de actuar sobre la demanda de pornografía de estas características para influir en la oferta.



En el caso presente, la actuación del acusado no se limitó a captar para la elaboración de material pornográfico utilizando a una menor de 16 años, sino que, obtenido dicho material, lo conservó para tenerlo a su disposición de modo permanente, tal como se constató en los archivos informáticos existentes en los teléfonos móviles del acusado con fotografías y vídeos de la menor (29 archivos fotográficos) en respuesta a las peticiones del acusado, alguno de ellos de carácter sexual explícito en el que se observa a la menor desnudándose y mostrando partes íntimas de su cuerpo.

Conducta esta que excede de la tipificada en el art. 189.1 a), y que como tal debe pensarse por separado.

2.6.- En cuanto a la opción del recurrente de que si la relación virtual mantenida por el mismo con la menor Marí Jose lo que pretendía era el encuentro sexual con ella (no conseguido) y las imágenes pornográficas de la menor (sí conseguidas), la aplicación del art. 8.1 CP implicaría, en virtud del principio de especialidad, que la condena no debió ser por el 183 ter 1 y 189.1 a) penados separadamente, sino por el 183 ter y 183 ter 2 ("el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años") precepto este especial frente a la captación general del art. 189.1, pero del que no se ha formulado acusación alguna, por lo que no sería posible la condena por este delito, y la sentencia solo debió condenar como autor de un delito del art. 183 ter 1.

La defensa pretende que se excluya la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal del art. 189 (apartados 1 a) y 2 a)) dado que la misma debía incluirse en el nuevo delito de embaucamiento previsto en el art. 183 ter 2 -cuya aplicación entiende, no obstante, no factible al no haberse formulado acusación por el mismo-, dado que lo que podría admitirse, en su caso, es que lo realizado por el recurrente fue contactar con la menor de 16 años y ejecutar actos dirigidos a embaucarle para que le facilitara material pornográfico o le mostrase imágenes pornográficas en las que se representa a la menor. Se trataría pues, de acciones embaucadoras para obtener material pornográfico propio del menor, no para la elaboración como expresa el art. 189.1, con lo cual, la penalidad aplicable ha de fijarse en abstracto en un techo de dos años, con la consiguiente reducción derivada de la apreciación de la atenuante cualificada acogida en la instancia.

El nuevo tipo penal art. 183 ter 2, se refiere al fenómeno criminal conocido como sexting, neologismo que aparece integrado por las palabras en inglés "sex" y "texting" -envío de mensajes- en este caso de fotografías propias con contenido sexual que se remiten vía Internet a terceras personas por menor de edad. Sin embargo la calificación jurídica alternativa que propone mediante la aplicación de este precepto es claro que no puede admitirse. Como ya hemos dicho, este nuevo delito tipifica conductas consistentes en contactar con menores de 16 años, a través de internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y realizar "actos dirigidos a embaucarle" para que le facilite o le muestre imágenes pornográficas en los que aparezca o se muestre un menor, ya sea él mismo o, en su caso, un tercero. Y ello no es lo que en nuestro caso sucede, habida cuenta que el acusado no se limitó a realizar actos dirigidos a embaucarle, sino que realmente ha ido mucho más lejos, puesto que consiguió embaucarle y además obtuvo la materialización del resultado del embaucamiento en la medida en que consiguió de la menor imágenes sexuales y otras actitudes calificables como pornográficas, que constan en los hechos probados.

Por consiguiente, el acusado no solo realizó actos preparatorios del tipo penal del art. 189 del texto punitivo (según algún sector doctrinal se trataría de una auténtica tentativa) sino que además ejecutó actos específicamente comprendidos dentro de ese precepto, dado que utilizó a la menor con fines pornográficos o exhibicionistas y para que le elaborara material pornográfico integrado por las imágenes de la propia menor a la que acosaba mediante sus contactos a través de internet. No se limitó, por tanto, a realizar los actos preparatorios previos a la comisión del delito previsto en el art. 189 del CP, que es en lo que sustancialmente consiste el nuevo tipo penal de embaucamiento (vid. STS 151/2019, de 21-3) sino que alcanzó el resultado material de pornografía infantil que prevé el referido precepto y además en la modalidad agravada de su apartado 2 a).

Siendo así, el juicio de subsunción que realizó el tribunal sentenciador se ajusta a las exigencias típicas del art. 189 y rebasa claramente las previstas en el nuevo art. 183 ter 2 CP.

2.7.- En cuanto a la aplicación del delito continuado en relación al delito de elaboración de pornografía infantil, el motivo debe ser estimado en este aspecto. En efecto, tal como resalta el recurrente, la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 244/2014, de 25-3; y 480/2016, de 2-6, señala que: "Es preciso determinar si existió una pluralidad de acciones que determine la subsunción del hecho en el delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, como interesó el Ministerio Fiscal y recogen las sentencias de instancia y apelación o, por el contrario, no existe esa pluralidad de acciones típicas, sino un único delito. Tradicionalmente hemos considerado dos factores para determinar si nos encontramos, o no, ante una unidad

de acción penalmente relevante. De una parte, la voluntad del autor hacia la que rige sus actos, esto es, si dirige su acción hacia un resultado final o a una pluralidad de resultados. En el caso, la voluntad se dirige a la elaboración de varias grabaciones. Aquí se trataría de conseguir fotos, como unidad. El otro factor relevante es el normativo, comprobando si la descripción típica dispone la consideración única de un conjunto de acciones. En el caso objeto de nuestra atención, el tipo penal refiere la elaboración de un material, que da idea de una pluralidad de componentes que integran ese material pornográfico referido a un único sujeto pasivo.

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

En la misma dirección las SSTS 240/2020, de 26-5; 23/2017, de 24-1, que, con cita de las anteriores 244/2014 y 480/2016, señalan que: "el tipo penal del art. 189 CP refiere el objeto de la conducta típica a la elaboración, producción, distribución etc. de "material" pornográfico, expresión que da idea de una pluralidad de componentes que son los que integran este material.

En consecuencia, la utilización (o captación) de una menor de edad para la confección de varios vídeos que graban las relaciones mantenidas con la misma (o para el envío de fotos desnuda por la menor) no constituye un delito continuado de pornografía infantil del art 189, sino un único delito."

En efecto, nos encontramos en el caso de los delitos afectados por los llamados conceptos globales, en donde el tipo penal describe conductas que no pueden ser aisladas en si mismo, dada su descripción típica, sino que forman parte de un mismo delito aunque sean varias las acciones naturales que comporten ese concepto global de acción.

Son delitos en los que la realización de varias acciones integran un solo delito, siempre, naturalmente, que tales acciones sean consideradas dentro de un componente espacio temporal reducido y alentado, de forma idéntica, por el mismo dolo del autor.

Son supuestos en los que los tipos penales utilizan expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir (o su consideración como continuado).

2.8.- Similar pronunciamiento ha de recaer en relación a la continuidad delictiva del delito del art. 183 ter. Este delito conocido con el término Child Grooming, se refiere a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor de 16 años con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor. Es un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos en un proceso que puede durar semanas, incluso meses y que suele pasar por distintas fases o técnicas que utiliza el sujeto activo.

Así, ingresa en salones de chat públicos o páginas web de contactos con nombres llamativos para el menor. El adulto va obteniendo datos personales y de contacto con el menor, utilizando técnicas como la seducción, el envío de imágenes de contenido pornográfico, la seducción y la provocación, hasta que finalmente consigue que el o la menor se desnude o realice actos de naturaleza sexual frente a la webcam o envíe fotografías de igual tipo y finalmente inicia el ciberacoso, pidiéndole más material pornográfico o tener un encuentro físico con el/la menor para mantener relaciones sexuales con él/ella y en su caso los actos materiales encaminados al acercamiento.

Pluralidad de actos que han de ser concebidos como una unidad de valoración típica propia de un único delito no continuado, máxime cuando -y no es objeto de controversia- su grado de ejecución no pasó de la tentativa.

2.9.- Por último, entiende que la sentencia ha incurrido en error de derecho al aplicar indebidamente lo dispuesto en el art. 66.2 a) en relación con el art. 21.5 a) y 21.7 a).

Considera que la sentencia dictada debió rebajar en dos grados la penalidad impuesta al recurrente.

Así, tras analizar el fundamento y naturaleza de esta atenuante de reparación, reitera los argumentos por los que entiende que la rebaja debió ser en dos grados.

Destaca como el Ministerio Fiscal solicitó una indemnización de 3.000 € y el recurrente abonó 15.500 €, incluyendo el pago de las costas de la acusación particular. También ha reconocido su mal actuar e indebido comportamiento. Ha participado en programa de terapia sexual. Insiste en que el consentimiento de la menor debe merecer alguna merma de la pena, entendiendo, para ello, la vía de la atenuante analógica (art. 21.7).

El motivo deviene improsperable.

La doctrina jurisprudencial al respecto contenida, entre otras, en SSTS 24/2017, de 11 de febrero; 125/2018, de 15 de marzo; y 293/2018, de 18 de junio, viene recordando que el artículo 21.5 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima



o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Con esta previsión, recuerda la STS 345/2013, de 21 de abril, se reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a algunos actos posteriores al delito, que por lo tanto no pueden influir en la cantidad de injusto ni en la imputación personal al autor, pero que sin embargo facilitan la protección de la víctima al orientar la conducta de aquél a la reparación o disminución de los daños causados. Pero, aun así, precisa esta resolución, con cita de la STS 1028/2010, de 4 de noviembre, la reparación debe proceder del culpable, aun cuando se admita que la haga efectiva un tercero por encargo de aquel.

La citada STS 1028/2010, indicaba que la jurisprudencia tiene señalado que, en la actual redacción de la atenuante, se prescinde de la existencia del arrepentimiento y que se trata de cumplir una función de reforzar la protección de las víctimas. Aun así, aparece claramente en el Código que la reparación debe proceder del culpable.

En idéntico sentido, la STS 733/2012, de 4 de octubre, señala que debe tratarse de actos personales y voluntarios del responsable del delito, o al menos atribuibles al mismo a través de su participación activa, por lo que quedan excluidas las indemnizaciones entregadas o consignadas por las compañías aseguradoras (por ejemplo, STS nº 1787/2000 y STS nº 218/2003) en cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que les competen. Así, en la STS nº 1006/2006, se señalaba que "Desde una perspectiva subjetiva, la atenuante contempla una conducta "personal del culpable". Ello hace que se excluyan: 1.-los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio 2.-supuestos de constitución de fianza exigidos por el juzgado. 3.-conductas impuestas por la Administración. 4.-simple comunicación de la existencia de objetos buscados, cuando hubieran sido descubiertos necesariamente.

La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre-, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo, 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. 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.

Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre, dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación *post delictum* para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa misma idea se adscriben las SSTS 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero, entre otras muchas.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 957/2010, de 2 de noviembre, que el fundamento de la circunstancia de reparación se traduce en una disminución de la pena a imponer y ello, por dos razones:



a) Porque es necesario -y justo- ofrecer algún premio a quien está dispuesto a dar una satisfacción a la víctima del delito, reparando las consecuencias civiles de su acción. Ciertamente todo delito en cuanto supone una violación de las reglas que permiten la convivencia y libertad de la sociedad, supone que la propia sociedad queda victimizada con cualquier delito, y a ello responde la necesidad de la pena como reparación del daño causado, pero no hay que olvidar, que junto con esa víctima mediata y general, sin rostro, que es la comunidad, existe una víctima concreta, corporal y con rostro que es la que recibe la acción delictiva, pues bien parece obvio que cualquier acto del responsable del delito tendente a dar una reparación a la víctima debe tener una recepción positiva en el sistema de justicia penal, porque admitiendo el protagonismo de la víctima en el proceso penal, hay que reconocer que tiene relevancia el acto de reparación que haya podido efectuar el causante de la lesión, porque se satisfacen y se reparan los derechos de la víctima dañados por el agresor. b) Porque qué duda cabe que el acto del responsable del delito de reparar el perjuicio causado de forma voluntaria, puede tener el valor de un dato significativo de una regeneración y consiguiente disminución de su peligrosidad en el futuro.

Se añade en esa Sentencia que la actual atenuante de reparación está llamada a desempeñar un importante juego en el sistema de justicia penal una vez que se ha despojado en el vigente Código Penal de dos requisitos que limitaban mucho su efectividad. El primero hacía referencia a un fundamento espiritualista: que la reparación lo fuera como expresión de un arrepentimiento espontáneo, lo que obligaba a los Tribunales a indagar en el proceloso mundo de las intenciones del autor del hecho delictivo, y, paralelamente, a escenificar un "arrepentimiento" si se quería uno beneficiar de la atenuante. Con un criterio más objetivo, más laico si se quiere, lo relevante es el hecho de reparar el daño causado a la víctima, quedando para el fuero interno de cada persona los móviles que pudieran estar en el fondo de la decisión. El segundo hacía referencia a un requisito temporal que carecía de todo fundamento: se exigía que la reparación fuera "...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial...". Actualmente se admite que la reparación sea "...en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral...", límite no caprichoso sino justificado porque después del juicio, ya no cabrá la aplicación de la atenuante, aunque pudiera tener algún efecto en la ejecución de las penas.

Recapitulando nuestra doctrina jurisprudencial, tiene establecida una doctrina que resume la sentencia 239/2010, de 24 de marzo, que a su vez se remite a otras resoluciones anteriores (SSTS 225/2003 de 28-2; 1517/2003, de 28-11; 701/2004, de 6-5; 809/2007, de 11-10; 78/2009, de 11-2; 1238/2009, de 11-12), doctrina que se condensa en los siguientes párrafos:

"...la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el C.P. anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política 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.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable, sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución o de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007 de 27 de diciembre.

Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS. 285/2003, de 28-2, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayudas a las víctimas, lograr que el



propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad.

La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril)".

Y en lo que se refiere a su aplicación como atenuante muy cualificada, tiene dicho esta Sala que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12). Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere 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 del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20-7). Si bien se ha matizado que 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 20-10-2006).

En todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29-1; y 868/2009, de 20-7).

Bien entendido que si en una interpretación estricta del precepto pareciera que la reparación del daño como atenuación sólo debería operar en general en los delitos en los que el bien jurídico protegido sufre un perjuicio indemnizable, por lo que su ámbito propio de aplicación serían los delitos patrimoniales. Sin embargo, ningún condicionamiento se establece para aquellos casos en que siendo de naturaleza estrictamente personal, no patrimonial, el bien jurídico protegido por el delito, bien de forma directa o bien indirectamente, se señalan indemnizaciones por daños de carácter moral, no para reparar, sino para que en alguna medida compensar el daño producido por la infracción criminal, aceptándose la ficción jurídica basada en razones de política criminal de incentivar la actuación post delictiva del acusado para compensar de algún modo a la víctima, aunque en muchas ocasiones el daño sea, en su globalidad, irreparable, atendándose para ello a las indemnizaciones dinerarias reclamadas o fijadas por el Juez o Tribunal sentenciador.

- En el caso presente, hemos de partir de que una circunstancia muy cualificada es la que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos pueden detectarse y sean reveladores del merecimiento de la punición de la conducta del inculpado.

Por ello para la aplicación de una atenuante como muy cualificada, la jurisprudencia se ha orientado por criterios de intensidad o relevancia de la actuación del autor, manteniendo que será acreedor de una cualificación, aquel que obre con intensidad superior a la normal, o bien que despliegue una conducta tan relevante que deba ser compensada con la rebaja punitiva prevista por el legislador para dicha conceptualización.

En definitiva, debe estimarse muy cualificada cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intensidad delictiva, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación, habiéndose señalado que para que proceda la estimación de esta especial cualificación es preciso:

1º) Que su intensidad sea superior a la normal respecto de la atenuante correspondiente.

2º) Que se atiende a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso, de manera que tan solo de forma excepcional una atenuante pueda ser estimada como muy cualificada (SSTS 136/2007, de 8-2; 578/2008, de 7-10; 1290/2009, de 23- 12).

Ahora bien, la concurrencia de una única atenuante muy cualificada conlleva como consecuencia más adecuada "ab initio" la reducción de la pena en un solo grado, salvo que existan razones bastantes que justifiquen mayor atenuación punitiva. Por ello es obligatorio rebajar la pena en al menos un grado y es discrecional rebajar la pena otro más, razonándolo en la sentencia. Tanto si se opta por reducir la pena en



un grado como en dos grados, han de expresarse las razones fundamentadoras de tal decisión, so pena de vulnerar la jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales.

No obstante, el Pleno no Jurisdiccional de 22-3-98, dejó sentado que lo que resulta razonado motivar es la rebaja en dos grados, pero no en uno, al ser esta última consecuencia automática de la concurrencia de dos atenuantes (o una muy cualificada, como es el caso) (STS 886/2002, de 15-5).

2.10.- En el caso presente, la sentencia del Tribunal Superior sí se pronuncia sobre esta cuestión, razonando como la sentencia recurrida, tras aplicación de las reglas correspondientes de aplicación de la pena, determinó la pena a imponer en la mínima del grado inferior a la correspondiente al delito cometido. Las razones que expone el recurrente basadas en el importe indemnizatorio abonado a la víctima no cabe admitirlas en contra de la apreciación discrecional del Tribunal al concretar la pena impuesta, pues ya fueron valoradas por la Sala de instancia cuando apreció como muy cualificada la atenuante. Y las fundadas en posible existencia de arrebató mental, tratamiento psicológico que recibe el reo, confesión, o consentimiento de la menor, son cuestiones ajenas a la atenuante de que se trata, basada exclusivamente, conforme al artículo 21.5 del CP en la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos.

2.11.- Razonamiento suficiente, y en cuanto a la aplicación de la atenuante analógica en base al comportamiento de la menor, consintiendo la relación con el acusado, esta Sala ha considerado que pueden ser apreciadas atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque lo contrario equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80 (SSTS. 505/2016, de 9-6; 165/2017, de 14-3; 240/2017, de 5-4).

Siendo así, el invocado consentimiento de la menor en mantener la relación con el acusado -que ya hemos indicado, en modo alguno determina la licitud de éste- no puede tener engarce con alguna de las circunstancias del art. 21.

TERCERO.- Estimándose parcialmente el recurso, se declaran las costas de oficio (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

1º) Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Epifanio** , contra la sentencia nº 68/2019, de fecha 22 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de Apelación nº 55/2019.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Javier Hernández García



RECURSO CASACION núm.: 5415/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de noviembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5415/2019, interpuesto por la representación procesal de **Epifanio**, con DNI nº NUM007, contra la sentencia nº 68/2019, de fecha 22 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de Apelación nº 55/2019, en causa seguida por delitos de explotación y corrupción de menores, acoso sexual sobre menor de 16 años y tenencia de pornografía infantil, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho segundo -puntos 7 y 8- de la sentencia precedente, los hechos son constitutivos de un delito de captación de menores para la elaboración de material pornográfico de los arts. 189.1 a) y 189.2 a), y de un delito de ciberacoso sexual del art. 183 ter, en grado de tentativa, eliminándose en ambos casos la continuidad delictiva, procediéndose a una nueva individualización penológica. En el primer delito, rebajando un grado la pena, al concurrir una atenuante muy cualificada, se considera procedente, a la vista de la repetición de actos, la pena de 2 años y 8 meses de prisión con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad. Y en el segundo, bajando dos grados (uno por la tentativa y otro por la atenuante cualificada) la pena de 4 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de la pena privativa de libertad. Manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

FALLO

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

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia nº 68/2019, de fecha 22 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el Rollo de Apelación nº 55/2019, debemos condenar y condenamos al acusado Epifanio como autor responsable de un delito de explotación y corrupción de menores de 16 años, mediante su captación o utilización para elaborar material pornográfico, tipificado en los arts. 189.1 a) y 189.2 a) del Código Penal, con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de 2 años, 8 meses y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad.

Y como autor de un delito de ciberacoso sexual con menor de 16 años del art. 183 ter CP en grado de tentativa, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de 4 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad.



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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Susana Polo García Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ