



Roj: **SAP V 2976/2022 - ECLI:ES:APV:2022:2976**

Id Cendoj: **46250370042022100008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **4**

Fecha: **18/07/2022**

Nº de Recurso: **9/2022**

Nº de Resolución: **422/2022**

Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**

Ponente: **RAFAEL JUAN JUAN SANJOSE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN CUARTA VALENCIA

Avenida DEL SALER, 14 2º

Tfno: 961929123 Fax: 961929423

NIG: 46190-41-2-2018-0003340

Procedimiento: Procedimiento Sumario Ordinario [SUM] Nº 00009/2022- S-

Dimana del Sumario ordinario [SUM] Nº 403/2018

Del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de DIRECCION000

ACUSADO: Efrain Abogado: D. SERGIO LERMA HERNÁNDEZ Procuradora: Dª. ANA MARÍA ISERTE LONGARES

ACUSACIÓN PARTICULAR: Florinda Abogada: Dª. CONCEPCIÓN GARCÍA SEGURA Procuradora: Dª. ESTHER SERVER LÓPEZ

ACUSACIÓN PARTICULAR: Guadalupe Abogada: D. JOSÉ LUIS GAVIDIA SÁNCHEZ Procuradora: Dª. EVA DOMINGO MARTÍNEZ

ACUSACIÓN PÚBLICA: MINISTERIO FISCAL (ILMA. SRA. Dª. MARTA MAESTRO)

SENTENCIA Nº 422/2022

LMOS. SEÑORES PRESIDENTE: D. PEDRO CASTELLANO RAUSELL MAGISTRADOS: Dª. ISABEL SIFRES SOLANES D. RAFAEL JUAN JUAN SANJOSE (ponente)

En la ciudad de Valencia, a 18 de julio de 2022.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos. Señores reseñados al margen, ha visto en juicio oral y público la presente causa de Procedimiento Sumario Ordinario [SUM] Nº 000009/2022, instruido como Sumario [SUM] Nº 000403/2018 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de DIRECCION000 y seguida contra:

Efrain , con DNI NUM000 , mayor de edad, sin antecedentes penales y cuyos demás datos de filiación obran en la causa.

Han sido partes las más arriba designadas, con la intervención de los profesionales más arriba señalados y ponente el Ilmo. Magistrado Sr. Don Rafael Juan Juan Sanjosé, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sesión que tuvo lugar el día 12 de julio de 2022, se celebró ante este Tribunal juicio oral y público correspondiente al procedimiento sumario ordinario más arriba reseñado, practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas.



SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto del proceso, tal como estimó que habían quedado probados, como constitutivos de:

- a) Un delito continuado de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo normativo, respecto de Mónica
- b) Un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal, respecto de Noemi
- c) Un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal, respecto de Sabina .
- d) Dos delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, previstos y penados en el artículo 189.1 y 189.2 a) del Código Penal.
- e) Dos delitos de exhibicionismo, previstos y penados en el artículo 185 del Código Penal.
- f) Un delito de posesión de material pornográfico infantil previsto y penado en el artículo 189.5 del Código Penal.
- g) Un delito de distribución de material pornográfico a menores, previsto y penado en el artículo 186 del Código Penal
- h) Un delito de amenazas condicionales continuado, previsto y penado en el artículo 169.1 del Código Penal en relación con Noemi y Mónica

Acusando como responsable criminalmente de los mismos en concepto de autor a Efrain , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, solicitando que se le condenara a las siguientes penas:

1. Por el delito previsto en el apartado a), la pena de prisión de diez años y accesoria de inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas
2. Por el delito previsto en el apartado b). la pena de prisión de ocho años y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas
3. Por el delito previsto en el apartado e), la pena de prisión de tres años y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas.
4. Por el delito previsto en el apartado d), la pena de prisión de siete años y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas.
5. Por el delito previsto en el apartado e), la pena de prisión de un año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas.
6. Por el delito previsto en el apartado f) la pena de prisión de un año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas
7. Por el delito previsto en el apartado g), la pena de prisión de 1 año y seis meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas
8. Por el delito previsto en el apartado h), la pena de prisión de 1 año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Pago de costas.

Así mismo y por aplicación del artículo 192.1 y 3 del CP solicitó la imposición de la medida de libertad vigilada de 5 años (que deberá de cumplirse con posterioridad a la ejecución de la pena) y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de 30 años.

Por último solicitó que se indemnizara a Mónica y a Noemi , en la cantidad de 12.000 euros a cada una de ellas.

TERCERO.- La acusación particular ejercitada por la representación de D^a Guadalupe , en nombre de la menor Noemi , en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto del proceso, tal como estimó que habían quedado probados, como constitutivos de los siguientes delitos:

- a) Un delito de agresión sexual con intimidación al menor del artículo 183.2 del Código Penal.
- b) Un delito de elaboración de material pornográfico de menor, de los artículos 189.1 y 189.2.a del Código Penal.
- c) Un delito de embaucamiento de menor o solicitud para proporcionar material o imágenes pornográficas del artículo 183.ter.2 del Código Penal.
- d) Un delito de revelación de secreto del artículo 197.7 del Código Penal.
- e) Un delito de posesión de material pornográfico infantil del artículo 189.5 del Código Penal.



f) Un delito continuado de amenazas del artículo 169.1 del Código Penal.

Acusando como responsable criminalmente de los mismos en concepto de autor a Efrain . sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, solicitando que se le condenara a las siguientes penas:

1. Por el delito previsto en el apartado a), la pena de prisión de nueve años y accesoria de inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
2. Por el delito previsto en el apartado b), la pena de prisión de ocho años y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
3. Por el delito previsto en el apartado c), la pena de prisión de un año y ocho meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
4. Por el delito previsto en el apartado d), la pena de prisión de diez meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
5. Por el delito previsto en el apartado e), la pena de diez meses y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
6. Por el delito previsto en el apartado f), la pena de prisión de un año y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así mismo y por aplicación del artículo 192.1 y 3 del CP solicitó la imposición de la medida de libertad vigilada de 5 años a cumplir una vez extinguidas todas las penas y la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión cargo o actividad retribuidos o no, que conlleven contacto o contacto con menores de edad, durante 30 años.

Por último solicitó que se condenara al acusado al pago de responsabilidad civil por el daño moral ocasionado a la menor Noemi , y el grado de afectación por los hechos vividos en cuantía de 12.000 euros; así como al pago de las costas procesales. incluyendo expresamente las de la acusación particular.

CUARTO.- La acusación particular ejercitada por la representación de D^a Florinda , en nombre de la menor Mónica . en sus conclusiones definitivas, se adhirió a lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La defensa del acusado, en sus conclusiones definitivas, solicitó la absolución de su representado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado, Efrain , en el mes de junio de 2018, conoció a Mónica , de 13 años de edad, a través de un grupo de WhatsApp donde había sido introducida Mónica a través de Blanca , una amiga de DIRECCION001 (Valencia) que se había mudado a vivir a Madrid. Como a ella no le gustaban los temas que se trataban en el mencionado grupo, decidió abandonarlo, momento en que el acusado, Efrain , contactó con ella a través de mensajes privados.

A mediados del mes de junio de 2018, el acusado comenzó a enviarle imágenes de lo que decía que era su pene, requiriéndole a-ella, movido por un ánimo libidinoso, para que le enviara imágenes de su propio cuerpo desnuda, en sujetador y de sus pechos sin cubrir, a lo que ella accedió. A partir de ese momento, continuó requiriéndole insistentemente para que le enviara más imágenes a lo que ella accedió tras manifestarle él que difundiría públicamente las imágenes de ella si no lo hacía. También le obligaba a masturbarse a través de videollamadas mientras él también lo hacía, videollamadas que se hacían a través de las redes sociales DIRECCION002 e DIRECCION003 , realizando la última videollamada entre los días 27 y 30 de agosto de 2018. El acusado, le solicitó la contraseña de DIRECCION003 y publicó una foto suya con el pecho descubierto en su estado de DIRECCION002 junto con el número de teléfono de la menor.

A su vez, el acusado conoció a Noemi , amiga de Mónica a través del teléfono de ésta, en el mes de junio de 2018. Al día siguiente de saludar Noemi a Efrain , éste la agregó a DIRECCION003 y fue a través de esta aplicación donde le facilitó su número de teléfono y le pidió que le agregara al DIRECCION002 para poder hablar más tranquilos. Comenzaron a hablar por DIRECCION002 y movido por un ánimo libidinoso, el acusado le pidió que le enviase un vídeo tocando sus partes íntimas, proposición a la que la menor se negó, momento en 'et que el acusado le solicitó que le hiciera una videollamada y que si no la hacía tendría consecuencias porque era un "hacker" y podía conseguir los números de sus padres y sus amigos. Ante estas manifestaciones Noemi se asustó, se puso muy nerviosa y accedió finalmente a realizar una videollamada masturbándose, mientras él también lo hacía. Al terminar, el acusado le volvió a pedir que le hiciera un vídeo, esta vez haciendo un striptease si no quería que su amiga Mónica , que por aquellas fechas parece ser que era la del acusado,



se enterase. Noemi se negó a ello y el acusado mostró a Mónica el vídeo mencionado, lo que hizo que Mónica se enfadase con su amiga Noemi. A partir de ese momento Noemi bloqueó tanto al acusado como a Mónica vía DIRECCION002. Esa misma tarde, el acusado llamó a Noemi en varias ocasiones para decirle que le desbloqueara.

Sobre las 20:00 horas del día 4 de septiembre de 2018, Mónica recibió, en su cuenta de DIRECCION003 : DIRECCION004, un mensaje privado de otra menor de 13 años, compañera suya de clase llamada Raquel en el que le decía: "ps cámbiate de cuenta chica pk el se puede hacer cuentas falsas escucha pk me dijo ns k de k tu madre y tu hermana ivan a morir"

El día 26 de septiembre de 2018, previa autorización del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de DIRECCION000, agentes del ETPJ de la Guardia Civil de DIRECCION005, llevaron a cabo la entrada y registro en el domicilio del acusado, sito en la CALLE000 NUM001 de DIRECCION006 (Madrid) y entre otros efectos intervenidos se encontraron una "táblet", un teléfono móvil, SIM y tarjeta Micro SD, Analizados los mismos se encontró que en su interior constaba que el investigado utilizó para contactar con las menores las cuentas creadas por él en DIRECCION003 " DIRECCION007 ", " DIRECCION008 ", " DIRECCION009 ", haciéndose pasar por otros usuarios y manteniendo conversaciones entre sus cuentas.

En el interior de la tarjeta de memoria microSD número de serie NUM002 que se encontraba inserta en el teléfono móvil Samsung intervenido al investigado, se encontraron vídeos e imágenes de mujeres de edad indeterminada mostrando sus partes íntimas (pechos y zona de la vagina), acariciándose los pechos y masturbándose.

Cinco de los vídeos corresponden a grabaciones del vídeo correspondiente, videollamadas registradas por el investigado de lo mostrado en su teléfono móvil y muestran chicas de edad indeterminada haciendo striptease, masturbándose y tocándose los pechos.

En todos los vídeos correspondientes a las videollamadas se aprecia la misma habitación del investigado.

Que el investigado conocía la edad de las menores, siendo ellas conocedoras de la edad aproximadamente de éste, si bien no al principio, si a lo largo de las conversaciones que mantuvieron.

Que en el procedimiento se han producido dilaciones indebidas.

Que el acusado tiene la capacidad parcialmente mermada para analizar y reflexionar sobre los actos que realiza y que su madurez psicológica resulta lastrada por su discapacidad mental leve.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la relación de hechos probados se ha llegado habiendo partido del Principio de Presunción de Inocencia del artículo 24 CE y la consiguiente necesidad de un mínimo de actividad probatoria en el acto del Juicio Oral, y tras apreciar en conciencia las pruebas practicadas conforme establece el artículo 741 de la LECRIM, conectado a las garantías prescritas en el artículo 120 de la Constitución Española, y en virtud de los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En consecuencia con los hechos probados, en los siguientes Fundamentos de Derecho procederemos a analizar el encaje de los mismos en los distintos tipos penales que las acusaciones entienden cometidos por el acusado, mediante un análisis de los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo, así como del acervo probatorio obrante en autos.

SEGUNDO.- Un delito continuado de agresión, sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo normativo, respecto de Mónica.

En este sentido, la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal es coincidente con la mantenida por la acusación particular ejercitada por la representación de D^a Florinda, en nombre de la menor Mónica, oponiéndose a la misma la defensa del acusado, al entender que, con la prueba practicada, no ha quedado acreditado que el Sr. Efrain realizara los hechos que se le imputan o al menos que existiera dolo en su actuar, y que, en cualquier caso, estaríamos ante una persona con un trastorno mental que mermaría su capacidad, de tal calado, que acercaría su edad mental a la de las niñas, pese a que su edad real, en el momento de los hechos (agosto de 2018), era de 21 años y la de las víctimas de 13 años, por lo que sería de aplicación el artículo 183 quáter del Código Penal), al no haberse acreditado la intimidación pretendida por las acusaciones; añadiendo que, subsidiariamente, los hechos encajarían en el delito de "child grooming", previsto y penado en el artículo 183 ter.2 del Código Penal.



En consecuencia de las posturas mantenidas por las partes, lo primero que tenemos que determinar es si estamos en un supuesto del artículo 183 ter.2 CP o si por el contrario y a pesar de que no ha existido un contacto directo, sino virtual, entre victimario y víctimas, pudieran ser los hechos calificados de delito de abuso o agresión sexual, y en este sentido, la STS, Sala segunda, de 26 de mayo de 2021, recurso número 3097/2019 (ECLI:ES:TS:2021:2165), ha establecido, en síntesis, que «El escenario ofensivo en el que se produce, marcado por la distancia física entre victimario y víctima, no desnaturaliza la acción en términos de tipicidad ni compromete, en atención a criterios de proporcionalidad, su ubicación y sanción por el tipo de la agresión sexual.

... Los elementos diferenciales entre la ciberviolencia o la ciberintimidación o la ciberintimidación respecto a la violencia o la intimidación ejercida sobre la víctima en un escenario ofensivo de continuidad o proximidad física, no son suficientes para genera categorías normativas de intimidación distintas que impidan la subsunción de tales conductas en los tipos de agresión sexual.

El escenario digital no altera los elementos esenciales de la conducta típica. Es mas, la dimensión social de las TIC, y como desarrollaremos más adelante, al facilitar el intercambio de imágenes y vídeos de los actos de cosificación sexual, puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico. No debe perderse de vista que las TIC han aumentado los modos de accesibilidad a los niños y niñas por parte de personas que buscan, como único objetivo, su abuso y explotación sexual..."

En consecuencia de lo expuesto. y siguiendo los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, es perfectamente incardinable un actuar como el del acusado en el tipo penal del artículo 183 CP, ahora bien, lo que deberemos establecer es si en el presente caso, ha existido la intimidación pretendida por las acusaciones, con lo que serían los hechos calificados como agresión sexual, o si por el contrario estaríamos ante un abuso sexual o ante un acto de embaucamiento del artículo 183 ter. 2 CP, como apunta la defensa, y en este sentido, de las pruebas practicadas y cuyo análisis procederemos a realizar a continuación, entendemos que no estamos ante una conducta de embaucamiento por engaño, sino que nos encontramos ante un marco claramente intimidatorio en el que existen amenazas explícitas e implícitas según las cuales, si la menor no accediera a las conminaciones del Sr. Efrain , este revelaría sus fotografías tanto a familiares como amigos, cosa que finalmente procedió a hacer al subir una foto de la víctima al estado de DIRECCION002 , realizándole llamadas constantes y requiriéndole fotos y vídeos con la amenaza de que en caso contrario haría públicas las que ya tenía.

Todo ello lo entendemos acreditado a través de la prueba practicada y en concreto la declaración efectuada en el plenario por la víctima (VI - 22'55" y ss. aprox.), la cual es coherente y persistente con lo expuesto en sus anteriores declaraciones, una ante la policía judicial (f. 17 y ss.) y dos ante el juzgado de instrucción (el 13 de diciembre de 2018 (f. 135 y ss.) y el 15 de abril de 2021 (f. 349 y ss.); declaración que, a pesar de los reproches efectuados por la defensa, siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo, entre otras en las SSTS, Sala segunda, de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1933) y de 6 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2837), puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, aún cuando sea la única prueba disponible, sin que deje de ser tenida como tal incluso aunque se aprecie en ella fisuras o divergencias, si bien deberá ser valorada con cautela y sometida a criterios de máxima objetivación, acudiendo al aval que puedan aportar determinados elementos de corroboración; afirmando el Alto Tribunal, en las citadas resoluciones, que "En ese contexto encaja bien el triple test antes mencionado establecido por la jurisprudencia para valorar de credibilidad del testigo víctima –persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores (verosimilitud), ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva-. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones que han de ser ponderadas en tanto constituyen herramientas que ayudan a acertar en el juicio. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley (prueba legal negativa) -o de la doctrina legal en este caso- se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible no conferir capacidad convictiva de forma razonada a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr), pese a que ha sido persistente, congruente y coherente; cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla; y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es perfectamente imaginable que una sentencia condenatoria tome como prueba esencial la única declaración de la víctima huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a identificarse una animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique de forma convincente y racionalmente compartible



por qué, a pesar de ellos, no tiene dudas sobre la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuesto de este tenor)».

Es por ello por lo que entendemos necesario, a fin de valorar la persistencia en la incriminación, examinar las distintas declaraciones que han realizado la víctima en las distintas instancias del proceso y así, la víctima Mónica, en todo momento ha sido persistente y coherente en sus manifestaciones lo que se puede observar si tenemos en cuenta que en su declaración efectuada ante la policía judicial (f. 17 y ss.) manifestó, en síntesis, que: Efrain le pidió que le enviase videos masturbándose, indicando que si no accedía a realizar estos tocamientos publicaría fotos de la menor desnuda. (f. 18); la menor no accedió a esta propuesta y bloqueó a Efrain; luego se puso en contacto con ella por DIRECCION003 y accedió a darle las contraseñas porque si no lo hacía le dijo que subiría fotos de la menor desnuda; Efrain publicó una foto de la menor con el pecho al descubierto a su estado de DIRECCION002 y puso el número de teléfono de la menor, durante la madrugada la menor y DIRECCION010 tenían videollamadas en las que le solicitaba que se masturbase, que la menor no quería masturbarse pero Efrain le decía que si no lo hacía publicaría sus fotos desnuda o que entraría en su cuenta de DIRECCION003 y modificaría sus datos y, por este motivo la menor accedió a masturbarse mientras Efrain se masturbaba también y le mostraba la imagen de su pene (f. 18).

Lo dicho fue reiterado en la primera de las exploraciones ante el Juzgado de instrucción, el día 13 de diciembre de 2018 (f. 135 y ss.), manteniendo que: Sabía la edad Efrain (21 años); que, en principio, Efrain no sabía su edad, pero que luego le preguntó y ella le dijo que tenía 13 años; que él le decía que le enseñase las tetas, que si se negaba subiría una foto retocada, que le bloqueó; que la foto que subió era una foto de una chica desnuda con la cara de ella; que luego sí que le envió una foto mostrando los pechos; que le dijo que se masturbara; que le amenazaba con subir fotos suyas que ella no quería; que le dijo que entraría en DIRECCION003, que se hizo pasar por la declarante e insultó a sus amigas.

Posteriormente, en la segunda de las exploraciones ante el Juzgado de instrucción, el día 15 de abril de 2021 (f. 349 y ss.), la menor insistió en lo referido al afirmar que: Efrain pretendía tener una relación con ella, pero ella no quería; que tuvieron alguna videollamada de tipo sexual que a través de estas llamadas mostraba partes íntimas de su cuerpo, o las de abajo o las de arriba; que llegó a grabarse masturbándose; que Efrain en esas llamadas también se mostraba y se masturbaba; que él le chantajeaba, diciéndole que tenía que enviarle más imágenes o que si no subiría a internet las que tenía, a DIRECCION002, a DIRECCION003 o a una cuenta porno; que en ese momento le daba miedo que se difundieran sus imágenes, que por eso le mandó más; que en principio no le mandó ninguna, pero que Efrain hizo un Photoshop y también conseguían imágenes de partes íntimas de arriba y que podía decir que eran de la declarante; que nunca le dijo que había grabado las videollamadas.

Finalmente, y como colofón, en las pruebas testifical practicada en la sesión del juicio oral (VI - 22' 55' y ss. aprox.), Mónica afirmó que: Lo conoció por DIRECCION003; Mantiene relación también por DIRECCION002; No se acuerda muy bien la edad que dijo que tenía él, pero cree que 19 años; Ella sí le dijo que tenía 13 años; Primero empiezan una relación normal y luego ya pasa a los chantajes; Ella se realizaba tocamientos; Él le dijo que se masturbase y ella no sabía, pero él le insistía y se puso a llorar; Él le chantajeaba con subir fotos suyas; Lo hizo, subió al estado de DIRECCION002; Las llamadas eran todos los días a todas horas; Estuviera donde estuviera recibía una llamada y le requería fotos; Ella estaba muerta de miedo cuando le decía esas cosas.

De la comparativa efectuada, por tanto, se acredita que la declaración efectuada en el plenario y que ha de servir de prueba, en su caso, para enervar la presunción de inocencia de la que goza el acusado, reitera lo dicho desde el principio, siendo persistente en su incriminación y manteniendo sus argumentos, lo que dota de credibilidad a las manifestaciones de la víctima, cumpliendo con los parámetros de verosimilitud exigibles por la jurisprudencia.

Además de las declaraciones de la víctima, contamos en el acervo probatorio obrante en autos con otras pruebas que avalan sus afirmaciones, como son las declaraciones de la otra víctima, Noemi, así como los informes periciales efectuados por la Guardia Civil (f. 153 y ss.; 192 y ss.; 238 y ss.; 260 y ss.; y 353 y ss.), en los que además de determinadas fotografías y vídeos, se transcriben sendas conversaciones en las que se puede observar el modus operandi del Sr. Efrain que describen las menores en sus declaraciones, en el cual se autocalifica como "hacker" e intenta intimidar a varios usuarios con hackear sus cuentas de DIRECCION003 y subir imágenes, números de teléfono,... a DIRECCION002, haciéndose pasar incluso por otra persona utilizando un sistema de multicuentas.

Todo ello hace que este tribunal, teniendo presente el denominado "triple test" de valoración de la declaración de la víctima, ha considerado que es creíble en su declaración, ya que existe verosimilitud y persistencia en la incriminación, así como corroboraciones periféricas respecto a lo que declara; dándose, por ende, en la misma,



una coherencia interna en su relato, sin que se aprecie ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en su declaración.

Por todo lo expuesto, entendemos que respecto a la actuación del acusado en relación con la menor Mónica, los hechos encajan en el tipo penal de agresión sexual del artículo 183.2 del Código Penal.

Una vez determinado este aspecto, debemos pasar a analizar si dada la relación de hechos acontecidos, se da un delito continuado, como pretenden las acusaciones, en aplicación del artículo 74 CP, y al respecto, siguiendo la doctrina expuesta, entre otras, por la STS. Sala segunda, del 18 de mayo de 2022, recurso número 4468/2021 (ECLI:ES:TS:2022:2035), entendemos que asiste la razón a las acusaciones, puesto que los hechos a los que hemos hecho referencia, según se desprende de las pruebas practicadas y cuyo análisis acabamos de realizar, tuvieron lugar en repetidas ocasiones, es decir, el requerimiento mediante intimidación de la realización de actos de carácter sexual de la menor fue en repetidas ocasiones, como aseveró la menor y como se corrobora por el resto de pruebas, las llamadas eran constantes, y le fueron remitidas más de una foto y vídeo, bajo la intimidación descrita y en un estado de miedo patente por parte de la menor.

Así las cosas, es claro que no nos encontramos aquí ante una reiteración de hechos antijurídicos producidos en un estrecho contexto temporal, que aun constituyendo conductas independientes en cuanto escindibles en un plano estrictamente físico, pudieran reputarse como una sola acción típica, sobre la base de la invocada doctrina de la unidad natural de acción o unidad jurídica de acción. En el caso, aprovechando idéntica ocasión, existía una inequívoca censura temporal entre cada uno de los repetidos comportamientos que, en cada ocasión, eran reproducidos por el acusado, presididos por una suerte de dolo de continuación. Existía entre cada uno de los actos, un prolongado interregno en el que, a los ojos de cualquier observador, la situación antijurídica generada por ellos había cesado; para reproducirse después, aprovechando el acusado la ocasión que las circunstancias existentes le brindaban, para implementarlos nuevamente.

En este sentido la STS de 17 de marzo de 2022, con número 261/2022, estableció que: "En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión especial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010).

...En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos...

Supuesto de unidad de acción que no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituye acciones autónomas,... Entender que todas se llevaron a cabo en unidad de acto, forzaría de modo inadmisiblemente el concepto racional y natural de acción y se vaciaría el concepto jurídico del delito continuado».

En consecuencia de lo expuesto y en relación a la conducta de Efrain respecto a Mónica, entendemos que la misma ha de calificarse como un delito continuado de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo normativo.

En este sentido descartamos la pretensión de la defensa del acusado respecto a la aplicación del artículo 183 quáter del Código Penal, independientemente de la valoración que sobre el DIRECCION011 alegado podamos hacer posteriormente, por cuanto que dicho precepto devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es la próxima la menor en edad y madurez, descartándose por la jurisprudencia su aplicación cuando entre el acusado y la menor ha habido violencia o intimidación, y así lo podemos ver, entre otras, en la STS, Sala segunda, de 19 de mayo de



2022 (ECLI:ES:TS:2022: 1987), que con referencia a las SSTS 694/2021 de 15 de diciembre, 659/2020 de 3 de diciembre y 1001/2016, 18 de enero de 2017, viene a afirmar, reproduciendo lo expuesto por la STS 828/2021, de 20 de octubre, en relación a la número 478/2019, de 14 de octubre de 2019, que «la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez».

TERCERO.- Un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 183. I del Código Penal o un delito de agresión sexual del artículo 183.2, respecto a la conducta del acusado en relación a la menor Noemi

En lo relativo a la conducta llevada a cabo por Efrain en relación con la menor Noemi , nos encontramos con que, en sus conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal la califica de abuso sexual, a lo que se adhiere la acusación particular de Mónica , mientras que la acusación particular que defiende los intereses de Noemi , mantiene la calificación de agresión sexual, siendo los argumentos defensivos idénticos que los expuestos anteriormente respecto a la menor Mónica ; por lo que tendremos, en el presente Fundamento de Derecho, que determinar, en primer lugar, si nos encontramos ante un abuso o si por el contrario se dan los presupuestos como para poder calificarla como agresión; partiendo de la base de que, como hemos expuesto en el Fundamento anterior, ambas conductas pueden producirse de forma "virtual" y sin ser necesario un contacto físico directo.

Así las cosas la citada STS, Sala segunda, de 26 de mayo de 2021, recurso número 3097/2019(ECLI:ES:TS:2021:2165) nos recuerda que "la actual regulación dual de las formas de acción en los delitos contra la libertad sexual obliga a trazar una frontera, que no siempre resulta sencilla, entre la forma de abuso y de agresión, en la medida en que no se define en la norma penal en qué consiste el primero. El legislador opta por una suerte de fórmula de tipicidad negativa; serán abusos sexuales los actos realizados sobre una persona sin su consentimiento y sin mediar intimidación y violencia.

Por tanto, la distinción obliga a identificar qué factores causales y mediales determinan la sujeción de la víctima a la voluntad cosificadora del victimario siendo, sin duda, el elemento de la intimidación, el que ofrece más dificultades de delimitación.

Para interpretar su alcance no debe prescindirse del significado que adquiere en el conjunto del sistema penal. En efecto, si bien el Código Penal renuncia a definir la intimidación como fórmula de acción, ello no quiere decir que no puedan ni deban extraerse rasgos constitutivos y comunes que permitan delimitarla de cualquier otra fórmula expresiva con intención conminatoria.

1.9.El primero de esos rasgos viene marcado por su funcionalidad para lo que resulta imprescindible utilizar criterios relacionales de medición. Esto es, si el legislador parifica, como exigencia del injusto típico de la agresión sexual, la intimidación con la violencia, parece razonable concluir que la primera debe nutrirse de fórmulas expresivas que tengan la misma capacidad conminatoria que la segunda. Lo que sugiere, que estas deben anunciar un mal grave que infunda miedo a la persona destinataria, que por ello pierde toda alternativa distinta a la de someterse a la voluntad del victimario.

Es cierto que el Código Penal tampoco hace equivalente la intimidación con la amenaza, pero si estamos al alcance relacional, parece razonable considerar que el mal grave debe aproximarse en consistencia conminatoria a la amenaza grave y relevante contra la persona del destinatario o de sus próximos.

1.10.En segundo lugar, la calificación como intimidatorio del mal conminado no puede hacerse depender exclusivamente del valor que le otorgue el destinatario del mismo. Los indicadores de adecuación de una conducta típica reclaman fórmulas de medición que reduzcan la incerteza mediante cánones o estándares objetivos que atiendan al contenido.

Ello no supone que deba prescindirse, en todo caso, de factores subjetivos a la hora de valorar la idoneidad conminatoria de la intimidación, pero sí que deba exigirse una suerte de potencial intimidatorio objetivo, de tal modo, que en circunstancias similares pueda provocar las mismas consecuencias. Como se sostiene por esta Sala de Casación, "el miedo es una condición subjetiva que no puede transformarse en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente" -vid. SSTS 511/2019 de 28 de octubre y 446/2029 de 6 de febrero de 2020-

1.11. El tercer rasgo, también en términos relacionales, reclama, al igual que la violencia, una suerte de relación de causa y efecto actual entre el mal conminado y la consecuencia buscada por el agente. Una relación de inminencia que, prima facie, excluye conminaciones con males respecto de los que el agente carezca de toda capacidad de causación o de control.



Ello no significa que en supuestos de sujeción prolongada no quepa establecer esa relación causal a partir de contextos intimidatorios graves, que trasladen al sujeto pasivo la clara convicción de que el victimario puede llevar a cabo el mal amenazado en cualquier momento o circunstancia, si no se somete a su voluntad.

Los llamados marcos de intimidación ambiental son un buen ejemplo. El anuncio de un mal grave apoyado en comportamientos expresos o simbólicos que transmitan al destinatario un miedo estructural, un temor a optar por cualquier otra alternativa, no reclama que en cada acto sexual el victimario deba repetir la fórmula intimidatoria. El componente comunicativo receptivo que exige toda intimidación viene sustituido por una fórmula equivalente también comunicativa, pero con un componente más simbólico, que permite representarse a la víctima que el victimario en cualquier momento puede llevar a cabo el grave mal con el que le conminó. Pero, insistimos, ello no disculpa de la necesidad de identificar en el caso qué mal actúa como factor que determina la sujeción de la víctima a la voluntad sexualmente cosificadora del victimario.»

En consecuencia de lo expuesto y teniendo presente la doctrina que respecto a la declaración de la víctima hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior, entendemos que en el presente supuesto, de la misma forma que con la menor Mónica, con Noemi, también se utilizó la intimidación para que realizara los actos de contenido sexual descrito, puesto que si vemos las declaraciones realizadas por la menor, la misma ha sido coherente en todo momento, puesto que si bien es cierto que en su declaración ante este tribunal, en el acto del juicio oral, la misma no pudo explicarse de forma adecuada, fruto quizá del nerviosismo propio de la intervención ante un tribunal e incluso del hecho de tener que revivir la experiencia traumática que relata, no es menos cierto que aseveró que desde la primera foto ya estaba amenazada, aunque no recuerda con qué mal le estaba conminando.

Por ello hay que tener presente el relato que la menor efectuó en los distintos momentos del proceso a fin de poder determinar si su declaración vertida en el juicio oral es suficiente como para poder considerarse prueba de cargo que permita enervar la presunción de inocencia de la cual es acreedor el acusado y así, comparando de forma cronológica sus manifestaciones, en primer lugar, en la Declaración de Noemi ante la Policía Judicial (f. 22 y ss.), afirmó que: Al rato de estar hablando Raquel le dice que le envíe un vídeo tocándose y Noemi le dice que no, por lo que Efrain le dijo que le hiciera una videollamada y que si no lo hacía tendría consecuencias porque era hacker y que como tal podía conseguir el número de sus padres y de sus amigos, a lo que Noemi se asustó mucho por lo que al final accedió a realizar una videollamada en la que se masturbó para él y que al acabar Efrain le dijo que si no quería que se enterase Mónica le hiciera un vídeo haciendo un striptease, a lo que Noemi se negó y bloqueó a Efrain. (f. 22); Solo realizó una videollamada con Efrain y que en la misma se masturbaba

En la primera de las exploraciones ante el Juzgado de Instrucción el 13 de diciembre de 2018 (f. 137 y ss.), mantuvo que: tiene 13 años; Que Efrain le dijo que si no quería que pasara nada que le mandara un vídeo de contenido sexual; Que desconoce la edad de Efrain, que le dijo que tenía 15 y ella le dijo que tenía 13 años; Que ante las negativas de enviar un vídeo y hacer una videollamada, le amenazó que si no lo hace tendría consecuencias para su familia y amigas; Que le dijo que era hacker, que podía conseguir los teléfonos de su familia y amigas; Que con esto se asustó y accedió a masturbarse.

El día 15 de abril de 2021, en la segunda exploración ante el Juzgado de Instrucción (f. 351 y ss.) declaró: Que solo tuvo una llamada; Que Efrain sabía en ese momento que tenía 13 años; Que le pedía que le enviara imágenes o vídeos suyos y que le decía que si no se los enviaba la amenazaba con pasarle la grabación de la videollamada a algún familiar; Que lloraba porque estaba obligada. Que ella no quería grabar esos vídeos; Que él le propuso una videollamada y empezó a amenazarle y que la declarante accedió; que las amenazas eran que lo publicaría, que era hacker y que podía enviarlo a familiares.

Por último y en cuanto a la prueba testifical practicada en la sesión del juicio oral (vl - 36'26" y ss. aprox.), que es la que debe servir de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, destacamos que la menor afirmó que: Conoció a Efrain a raíz de Mónica; Al principio todo muy normal, le contó su edad y él la suya; Le pide un vídeo y ella se negó, en la videollamada le pidió que se tocara (estaba desnuda la parte de abajo); Ese vídeo se lo enviaron a Mónica; No sabía que estaban grabando; Ella accedió a la videollamada por las amenazas; Además de ese vídeo no había más cosas similares; Las amenazas consistían en que el vídeo lo podía pasar; Previo al vídeo no recuerda cuál era la amenaza; No envió fotos antes; Desde la primera foto ya estaba amenazada, pero no recuerda con qué le amenazaba; No había antes fotos suyas; Le amenazó que si no le enviaba otro lo difundiría.

Por todo ello, y teniendo presente la comparación realizada, a fin de constatar la pertinencia en la incriminación que pueda otorgar fuerza suficiente a la declaración de la víctima en la sesión del juicio oral, concluimos que la misma está dotada de la suficiente coherencia, persistencia y lógica interna, como para darle la credibilidad suficiente a fin de entender que cumple con las exigencias determinadas al efecto por el Tribunal Supremo.



Pero es que, además de lo expuesto, nos encontramos con los mismos elementos de corroboración que los expuestos en relación con la otra menor, que avalan sus afirmaciones, destacando, entre otros, las amenazas explícitas que se contienen en el folio 368 de las actuaciones, esto es, en la transcripción de las conversaciones realizada por la Guardia Civil, donde el Sr. Efrain le amenaza para que lo desbloquee; lo que junto al video unido a autos dónde aparece llorando la menor y diciendo que no se quería tocar todos los días, hace ver la clara intimidación que el acusado ejerció sobre Noemi , hasta el punto de forzarla a realizar el acto sexual que está siendo examinado.

Por lo tanto, de igual forma que con Mónica , con Noemi , partiendo de dichos indicadores, no podemos encajar la conducta del acusado con un embaucamiento por engaño para obtener las grabaciones en las que la menor aparece realizándose tocamientos sobre su propio cuerpo con un claro contenido sexual, por cuanto que identificamos un marco de intimidación plagado de amenazas explícitas, reales y graves, que incluso llegaron a materializarse al remitir el video en cuestión a la otra menor, tal y como la propia Mónica reconoció.

Como dice el Alto Tribunal, entre otras, en la Sentencia de 26 de mayo de 2021, mencionada anteriormente, "El riesgo para cualquier persona, pero muy en especial para una mujer menor de edad, de que la imagen de su cuerpo desnudo, mostrando, además, actos de contenido sexual sobre el mismo, pueda ser distribuida por una red social de la que participan muchas personas de su entorno social y afectivo, adquiere una relevante gravedad. No solo por lo que pueda suponer de intensa lesión de su derecho a la intimidad sino, además, de profunda alteración de sus relaciones personales y de su propia autopercepción individual y social.

Para muchas personas, y especialmente para los niños y niñas, sobre todo a partir de la preadolescencia, las comunidades virtuales se han convertido en un espacio de interacción social decisivo, abierto a un número indeterminado de personas. La inmersión en entornos virtuales se convierte en una norma de socialización, pero también, en cierto sentido, de percepción de la propia realidad. A medida que el usuario se sumerge en la realidad virtual, esta acaba convirtiéndose en una decisiva referencia, desplazando a la propia realidad.»

Por lo tanto, en palabras del Tribunal Supremo, como quiera que «El hecho de que fuera la propia niña, bajo intimidación, quien realizara los tocamientos con contenido sexual explícito sobre sus partes íntimas -y como de forma reiterada hemos afirmado, vid. SSTS 1397/2009, 301/2016, 450/2018, 159/2019 - no afecta a la idoneidad de la acción para lesionar el bien jurídico protegido: la libertad de autodeterminación personal proyectada sobre el derecho de toda persona a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién mostrar su cuerpo o manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales.

Insistir que lo que el tipo prescribe, es que mediante violencia o intimidación se atente contra la libertad sexual de la víctima, lo que incluye, por tanto, en su contorno descriptivo la agresión a distancia, también la on line.

Así las cosas entendemos que la conducta realizada por el acusado respecto a la menor Noemi , debe ser calificada como un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal, sin que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 183 quáter al concurrir intimidación, tal y como hemos expuesto en el Fundamento de Derecho anterior.

CUARTO.- Un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 183.1 del Código Penal, respecto de Sabina .

El Ministerio

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, a las que se adhirió la acusación particular que defiende los intereses de la menor Mónica , mantuvo la acusación respecto del delito descrito en relación con la menor Sabina , hermana de Mónica , por lo que en este fundamento procederemos a analizar la prueba que al respecto obra en autos a fin de analizar su concurrencia, o no, en este caso.

Así las cosas, a diferencia de los dos casos anteriores, no encontramos en las declaraciones vertidas en el plenario, así como tampoco en el resto de las pruebas documentales con que contamos, prueba suficiente, ni siquiera indicios, que puedan llevar a la conclusión de que el Sr. Efrain cometiera un delito de abuso sexual sobre la menor Sabina , puesto que si bien es cierto que en el sumario su hermana Mónica dio a entender dicho extremo, en el acto del juicio a preguntas, tanto del Ministerio Fiscal como de la defensa del acusado, aseveró de forma tajante y sin ningún género de dudas que, aunque el Sr. Efrain sí le solicitó fotos de su hermana y le pidió que "tocase a su hermana", ello no lo realizó, sacando, según expone, únicamente una fotografía en la que Sabina aparecía durmiendo.

Además de lo expuesto, no hay ningún otro elemento probatorio que permita atisbar que realmente se llegaron a efectuar las fotos de Sabina , supuestamente pretendidas por el acusado, quedando totalmente huérfanas de aval las manifestaciones que al respecto vertió Mónica en fase de instrucción y que no han sido reiteradas en el plenario, por lo que en tal caso debe primar el principio de presunción de inocencia y por tanto no podemos dar



por acreditado, a pesar de la insistencia por las acusaciones, el delito que es objeto de análisis en el presente Fundamento de Derecho.

QUINTO. Dos delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, previstos y penados en el artículo 189.1.a) y 189.2.a) del Código Penal.

Tanto las acusaciones particulares, como el Ministerio Fiscal, sostienen que la conducta realizada por Efrain , consistente en la obtención bajo intimidación de los videos y fotografías de las menores. Mónica y Noemi , debe calificarse como dos delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, frente a lo que la defensa del acusado entiende que debería subsumirse en el delito de agresión sexual por el que ha sido acusado; por lo que en el presente Fundamento de Derecho, procederemos a analizar la conducta del acusado y si la misma pudiera ser calificada de uno o dos delitos de elaboración de material pornográfico; para, a continuación, examinar si dicha conducta quedaría o no subsumida en los delitos de agresión sexual a que hemos hecho referencia en los Fundamentos precedentes.

El artículo 189.1.a) del Código penal sanciona al "que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas", previéndose como subtipo agravado aquellos supuestos en los que se utilice menores de 16 años (art. 189.2.a CP).

En este sentido, como apunta la STS, Sala segunda, de 14 de abril de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:821), la reforma operada por la LO 1/2015 incorporó una interpretación auténtica respecto a lo que deba considerarse pornografía infantil. Y así señala el mismo artículo 189.1, que se considera como tal todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, además de cualquier representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. Definición, como aclara el Preámbulo de la citada ley, "tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida".

Así las cosas, de las pruebas practicadas, se desprende claramente que el Sr. Efrain , procedió a elaborar material pornográfico, tanto de la menor Mónica , como de la menor Noemi , lo que entendemos acreditado del relato efectuado por ambas en el plenario, que, como hemos referido en los Fundamentos de Derecho precedentes, lo consideramos suficiente dada su verosimilitud, persistencia y coherencia, como para poder enervar la presunción de inocencia de la cual es acreedor el acusado, el cual, además viene corroborado por las pruebas documentales que al respecto figuran en los informes periciales efectuados por la Guardia Civil (f. 163 y ss.; 192 y ss.; 238 y ss.; 260 y ss.; y 353 y ss.) y que constan unidos a autos; y en concreto de la menor Noemi se constata la existencia de, al menos, dos fotografías y un vídeo; vídeo que incluso fue enviado a la otra menor. Y de Mónica , una pluralidad de fotografías y vídeos cuya acreditación viene evidenciada por su declaración en el sumario, subiendo incluso una de las fotografías al estado de DIRECCION002 . Siendo todas esas imágenes de contenido sexual incorporando una significación suficiente como para entender colmados los presupuestos de tipicidad; teniendo en cuenta además, que, como afirma la STS, Sala segunda, del 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4370), para la apreciación de este delito no es necesario que el material pornográfico sea aprehendido físicamente, puesto que la posesión puede acreditarse por otros medios, tal y como ha ocurrido en este caso.

Además de lo expuesto, hay que tener presente que, tal y como establece la STS, Sala segunda, de 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1737), en el tipo que estamos examinando existirá un delito por cada persona que es captada, sin que pueda configurarse el delito continuado sobre la base de acciones reiteradas que, sin embargo, ofenden a diferentes sujetos pasivos, dándose, por ende, un concurso real de tantos delitos cuantas personas sean objeto del delito; descartándose la posibilidad de la existencia de un delito continuado, salvo en aquellos supuestos en los que la repetición de la acción presenta una entidad autónoma y claramente diferenciada, de modo que la conducta nuevamente desplegada introduce la capacidad de tallar el comportamiento futuro del menor de manera profunda y significativa.

Respecto a la subsunción del tipo del delito de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años en los delitos de agresiones sexuales anteriormente examinados, tal y como pretende la defensa del Sr. Efrain , hay que partir de la base de que el non bis in idem exige no sancionar doblemente un mismo comportamiento, pero en este caso hay que precisar que el delito de agresión sexual y el de elaboración de material pornográfico no contiene un mismo comportamiento, es decir, no existe una misma conducta o circunstancia que sea valorada dos veces; y así lo ha establecido, respecto a los dos delitos examinados el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 9 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3424) o la de 23



de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:258), que determina, ante la posible interdicción del bis in ídem en una condena por los delitos de los artículos 183, 186 y 189 CP, que "El que los tres delitos objeto de la condena estén englobados en un mismo título o capítulo, como delitos contra la indemnidad sexual, no quiere decir otra cosa que la rúbrica del Título o la del capítulo acoge varias tipicidades y modalidades delictivas contra el mismo bien jurídico protegido. Se trata de diversas modalidades de conducta atentatoria al bien jurídico objeto de protección y que engloba diversos comportamientos típicos. Es evidente que la conducta de agresión sexual, o la de abuso sexual o la derivada de la toma de fotografías o la de tenencia de las mismas para la producción de material pornográfico son distintas conductas que aparecen englobados bajo una rúbrica pero no permiten la unificación de las conductas en la más grave de las declaradas probadas.»

En consecuencia de lo expuesto concluimos que no existe la subsunción pretendida de los delitos de elaboración de material pornográfico en los de agresiones sexuales, al tratarse de conductas autónomas, e independientes, además de que los bienes jurídicos protegidos en ambos delitos son diferentes; mientras en el deliro de agresión sexual se protege la libertad e indemnidad sexual del menor, en el delito del art. 189 CP de elaboración de material pornográfico se protege también el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor en su vertiente de derecho al adecuado proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual.

Por ello entendemos que el acusado es penalmente responsable de dos delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, previstos y penados en el artículo 189.1 y 189 a) del Código Penal.

SEXTO.- Dos delitos de exhibicionismo, previstos y penados en el artículo 185 del Código Penal.

En este caso es el Ministerio Fiscal y la acusación particular que defiende los intereses de Mónica las que sostienen que el Sr. Efrain debe ser condenado como autor de dos delitos de exhibicionismo del artículo 185 CP, al entender que de la prueba practicada se ha acreditado que Mónica vio como el acusado se masturbaba, a lo que la defensa contrapone que, de la misma forma que el anterior, debería subsumirse en la agresión sexual anteriormente analizada.

Así las cosas, y teniendo en cuenta, las manifestaciones de las menores en el acto del juicio oral, sobre todo la efectuada por Mónica, que reitera lo manifestado en las distintas declaraciones que efectuó a lo largo del proceso, tal y como anteriormente ha sido estudiado, entendemos acreditado que la menor vio, en reiteradas ocasiones, al Sr. Efrain desnudo y realizando actos sexuales, lo que conllevaría, en principio, a incardinarse en el tipo penal previsto y penado en el artículo 185 CP, según el cual se castiga a quién "ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección".

No obstante lo expuesto y siguiendo la tesis mantenida por la defensa hay que tener presente lo expuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4949), que con cita de su Sentencia nº 35/2012 de 1 de febrero, determina que: «La regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, con arreglo al cual, "el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél", exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (lex consumens), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (lex consumpta). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado- el acto de exhibición de la propia desnudez es el hecho acompañante de las distintas acciones, en que se concretaban los abusos sexuales. Se trata de una modalidad de progresión delictiva que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor.»

Así las cosas y partiendo de la doctrina expuesta, en el presente caso y teniendo en cuenta el relato de la menor que hemos dado por probado, la conducta de exhibicionismo realizada por el acusado y que podría calificarse en el tipo de artículo 185, entendemos que se integra en el delito de abusos sexuales que hemos examinado anteriormente, al abarcar el mismo todo el desvalor de los actos ejecutados por el Sr. Efrain; por lo que debemos absolverle del delito de exhibicionismo por el que venía acusado.

SÉPTIMO.- Un delito de posesión de material pornográfico infantil previsto y penado en el artículo 189.5 del Código Penal.

Todas las acusaciones sostienen que el Sr. Efrain debería ser condenado por un delito de posesión de material pornográfico infantil previsto y penado en el artículo 189.5 del Código Penal, por cuanto que de la entrada y registro efectuada en el domicilio del acusado se desprende que el mismo tenía en su poder vídeos en los que participaban niñas con comportamientos de carácter sexual; manteniendo la defensa respecto a las personas que intervienen en dicho vídeos que se desconoce la edad real de las mismas.

Hay que tener presente que el artículo 189.5 CP castiga a quien para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección; siendo por tanto determinante para la comisión de dicho ilícito que las persona que participen en dichas grabaciones sean menores o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Así las cosas entendemos acreditado por el informe NUM003 del Equipo de Policía Judicial de DIRECCION005 (V) (f. 353 y ss.) que en la tarjeta de memoria tipo Micro SD, serie nº NUM004, encontrada en el domicilio del acusado, se hallaron veinte vídeos, cuatro de ellos duplicados y otros cuatro imposibles de visionar en los que se observan, tal y como afirma el referido informe (f. 3,366), en ocho vídeos, (sic) "mujeres adolescentes, pudiera tratarse de menores, mostrando sus partes íntimas (pechos y zona de la vagina), acariciándose los pechos y masturbándose videos de similares características a los solicitados por el Sr. Efrain a las menores denunciadas...

Cinco (5) vídeos pertenecen a video llamadas..., y tres a vídeos..., vídeos en los cuales, al igual que las video llamadas, se puede observar a mujeres adolescentes haciendo streptese, masturbándose y tocándose los pechos...

Se desconoce la identidad de las chicas grabadas y si las mismas han sido forzadas a mostrar sus partes íntimas, acariciarse o masturbarse delante de la cámara..."

Ante estas afirmaciones debemos tener presente que, si bien tenemos por acreditada la tenencia de dicho vídeos, no podemos tener una certeza absoluta y sin ningún género de dudas, como así se refleja también por la Policía Judicial, que las personas que participan en los mismos sean menores de edad; por un lado, puesto que en varios de los vídeos no se puede ver todo el cuerpo y ni siquiera la cara de la interviniente, y por otro, puesto que en los supuestos en que sí se puede observar, no resulta concluyente que las mismas sean menores de edad.

Así las cosas, habrá que tener en cuenta que los Tribunales Constitucional y Supremo han declarado reiteradamente que el principio de presunción de inocencia significa el derecho de todo acusado a ser absuelto en un proceso penal si no se ha practicado en legal forma en el mismo una prueba de cargo suficiente, racionalmente acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en ellos del acusado. Y la carga material de dicha prueba de cargo corresponde exclusivamente a la parte o partes acusadoras y no a la defensa, que puede también proponer medios de prueba, pero no se ve sometida a la probatio diabólica de tener que demostrar que no ha ocurrido el hecho del que se le acusa, incluyendo, a su vez, el principio in dubio pro reo, con arreglo al cual no debe considerarse probada la existencia de un hecho constitutivo de ilícito penal, si subsiste la duda racional de si se cometió o no, una vez aplicadas al enjuiciamiento las pertinentes reglas de lógica, ciencia y experiencia.

Por todo lo expuesto y considerando que no existe prueba de cargo suficiente como para tener por acreditado que las personas que intervienen en los vídeos referidos sean menores de edad, debemos absolver al Sr. Efrain del delito de posesión de material pornográfico infantil previsto y penado en el artículo 189.5 del Código Penal, por el que venía siendo acusado.

OCTAVO. Un delito de distribución de material pornográfico a menores, previsto y penado en el artículo 186 del Código Penal o un delito de revelación de secreto del artículo 197.7 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal, con la adhesión de una de las acusaciones particulares, sostiene que el Sr. Efrain es autor de un delito de distribución de material pornográfico a menores del artículo 186 CP, al afirmar que en dicho tipo encajaría el hecho de que el acusado remitirá a Mónica el vídeo que grabó de Noemi y al que hemos hecho referencia al estudiar la concurrencia del delito de elaboración de material pornográfico, sosteniendo a la vez, que el delito del artículo 186 CP no quedaría subsumido en el del artículo 189.1 al proteger, ambos preceptos, bienes jurídicos distintos. Por su parte, la acusación particular que defiende los intereses de Noemi, defiende que los hechos deberían tener encaje, no en el artículo 186 CP, sino en el delito de revelación de secretos del artículo 197.7 CP.



En este caso, y aun dando por acreditado, como lo hacemos, por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho precedentes, es decir, principalmente por las declaraciones de ambas víctimas, que el vídeo grabado con imágenes que reflejan actos sexuales de Noemi fue enviado a Mónica, en cuanto al delito de difusión de imágenes de pornografía infantil, entendemos que no concurre, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que, cuando una misma persona realiza las acciones de elaboración y posterior difusión, se ha de entender que se trata de un único delito, sin que ello contradiga lo expuesto en el Fundamento de Derecho quinto y en concreto en la referencia establecida a la STS de 23 de enero de 2020, ya que en aquél supuesto estábamos examinando la subsunción del delito de elaboración del material pornográfico en las agresiones sexuales.

Y así la STS, Sala segunda, del 10 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4539), determina que: «Como podemos observar, el referido art. 189.1 a) escoge un tipo mixto alternativo, pues, siempre referido a la captación o utilización de menores, por un lado sanciona conductas propias de esa captación o utilización para fines pornográficos, mientras que, por otra parte, castiga si es para la elaboración de material pornográfico, con lo que cualquiera de las conductas completa el tipo, si bien en ambos casos, se trata de un delito de mera actividad, que se consuma en sí mismo, sin necesidad de que llegue a tener lugar la difusión o exhibición a terceros.

...estamos ante un delito de mera actividad, que se consuma con la simple captación y/o utilización del menor con fines pornográficos aunque sean para autoconsumo, o bien para elaboración de material pornográfico por parte de quien lo elabora, lo haga directamente él o valiéndose del propio menor, que es conducta distinta a la de quien, para su uso, adquiere o posee ese material ya elaborado, que, si es el mismo sujeto que lo elabora, esta posesión quedará absorbida en la elaboración, pero que, si no, cada cual adquirirá su propia sustantividad, y sucede que, en el caso, el acusado captó la voluntad de una menor a la que utilizó para elaborar material pornográfico sobre sí misma, cualquiera que fuera el destino o difusión que hiciera de él, incluso aunque no lo difundiera. Esto es, lo que castiga el tipo es bien utilizar a menores con fines pornográficos, o bien la producción de material pornográfico, sin necesidad de ir más allá, como sería mediante su difusión, aunque dicho material lo elabore la propia víctima, cuya voluntad ha conseguido doblegar el sujeto activo a través de cualquier medio de presión, embaucamiento o incitación, captándola a tal efecto., que es el verbo nuclear que emplea el tipo.

Sucede, además, que también emplea el legislador como verbo nuclear el de utilizar, con lo que, como decíamos en nuestra STS 332/2019, de 27 de junio de 2019, recordando la 1632/2000 y puesto que es delito de mera actividad "para la consumación del delito, puede ser suficiente la utilización del menor con esa finalidad exhibicionista o pornográfica, con independencia de la reproducción gráfica que pueda obtenerse de los hechos en los que el menor ha sido utilizado", idea en la que se incide más adelante en la misma STS 332/19, que considera acertada la subsunción en el tipo básico del art. 189.1 b) CP "por cuanto este delito de elaboración de material pornográfico utilizando menores de edad, no requiere para su consumación, la distribución ulterior de las imágenes, que puede realizarse por personas que no han participado en dicha elaboración o producción".

Y esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa; por eso decíamos más arriba que compartíamos las consideraciones del M.F. cuando exponía que el recurrente ha ejecutado las dos posibilidades del tipo, pues captó a la menor y la utilizó no ya para fines pornográficos, sino, para con esas imágenes, elaborar material de este tipo, que son las dos finalidades perseguidas con la doble acción que contempla el tipo.

Lo anterior no quita para reconocer que quien capta a un menor para la elaboración de material pornográfico tenga como objetivo utilizarlo para ello, con cualquiera de cuyas alternativas queda consumado el tipo base del art. 189.1 a), que también absorberá una eventual distribución por parte de quien lo produce, en la medida que cabe considerarla como una fase de agotamiento (así en STS 947/2009, de 2 de octubre de 2009); ahora bien como también cabe la posibilidad de que, una vez elaborado el material, sea utilizado por otro individuo para su distribución, sin haberse servido del menor, en este caso su conducta habrá que derivarla al art. 189.1 b); se trata de conductas independientes, que puede realizar el mismo o distinto sujeto, de las que la segunda sucede a la primera, en cuyo caso será de aplicación este apartado, para quien realiza las actividades posteriores a la producción del material que elaboró, esto es, a quien difunde el material sin haber participado en su producción, porque en estos casos la distribución adquiere sustantividad propia.

Por último, también puede darse el caso de quien simplemente posee material pornográfico, porque lo ha adquirido para uso propio, que es la conducta del art. 189.2 vigente en la época de los hechos, pero bien entendido que desconectada de la elaboración, porque, si así sucede, esta elaboración, en aplicación del principio concursal contemplado en el art. 8. 3ª CP, absorberá la posesión."

En el mismo sentido, aunque teniendo presente la anterior regulación, la STS, Sala segunda, de 2 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6342), determina que: «Hay que recordar que el delito de corrupción de menores por



elaboración de material pornográfico utilizando a menores o incapaces descrito en el art. 189.1a) del Cpenal tiene los siguientes caracteres:

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

En relación al delito de difusión de ese material --art. 189.1.b), es claro que con independencia de la doble acción de elaboración y difusión por la misma persona puede tenerse en cuenta a la hora de individualizar la pena, es claro que no puede pensarse doblemente, dado que la difusión en este contexto vendría a ser el agotamiento del delito porque se elabora para difundir o --en su caso-- para la exclusiva conservación y visionado.

Por ello, la aplicación del párrafo b) del art. citado solo tiene autonomía cuando el distribuidor no es el que ha elaborado ese material, y lo mismo puede decirse del delito de mera posesión para uso propio, que solo tendría autonomía cuando el poseedor no es el elaborador del material.

Solo cuando el delito de difusión tiene la autonomía que se predica es cuando surge como bien jurídico propio el de la protección de la indemnidad, dignidad y seguridad de la infancia en abstracto y por ello, como bien recuerda la Consulta FGE 3/2006 de 29 de Noviembre, existirá un único delito, aunque aparezcan varios menores, porque en este delito, se protege, como se ha dicho el bien jurídico delictivo de la infancia como tal.

Cuando en casos como el presente se da la identidad en el sujeto activo, solo cabe la sanción por el párrafo 1º del art. 189-1º, pues en el bien jurídico que protege el tipo ya tiene acogida el párrafo b), y por ello la respuesta penal cubre todo el campo de la antijuridicidad y culpabilidad.

Todo lo razonado lleva a la estimación del motivo que también ha apoyado el Ministerio Fiscal con la consecuencia de que el recurrente solo será castigado como autor del delito de corrupción de menores por elaboración de material pornográfico del art. 189.1.a), delito que por haber utilizado a dos menores, supone dos delitos de corrupción de menores, y en ellos queda subsumido el delito de corrupción por difusión de material pornográfico como ya se ha dicho, con lo que quedan sin contenido ni practicidad los motivos primero y segundo ya estudiados, como ya se ha dicho.»

En síntesis, entendemos que el delito de difusión de material pornográfico (art. 186 CP), carece de autonomía penal propia. cuando quien efectúa aquélla es el mismo que lo elaboró empleando a menores (189.1.a y 189.2.a), como es el caso, y en consecuencia de lo expuesto y teniendo presente que es el mismo sujeto el que elabora y distribuye el material pornográfico referido, entendemos que su actuación queda subsumida en el tipo penal del artículo 189.1.a y 189.2.a, siendo por tanto absuelto de la acusación.mantenida contra el mismo por el delito del artículo 186 CP.

Una vez resuelta esta primera cuestión, deberemos determinar si, como sostiene una de las acusaciones particulares, dichos hechos no deberían calificarse como un delito de distribución de material pornográfico a menores del artículo 186 CP, sino como un delito de revelación de secretos del artículo 197.7 CP.

No podemos acoger la tesis de la acusación particular puesto que, como afirma la STS, Sala segunda, del 24 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:492), «La acción nuclear consiste en difundir imágenes «obtenidas» con



el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros....

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.

No podemos aferrarnos, en consecuencia a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundirlas imágenes -obtenidas con la aquiescencia de la víctima- y que afecten gravemente a su intimidad.

Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.

En palabras del Fiscal, sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017.»

Así las cosas y teniendo presente la doctrina expuesta, así como el tenor literal del artículo, en el que las imágenes son obtenidas con anuencia de la víctima, es decir, con su consentimiento, quebrantando, al enviarlas a un tercero, por tanto, la confianza depositada; no podemos acoger la tesis mantenida por la acusación particular puesto que a lo largo de la presente resolución hemos declarado probado que la obtención de las imágenes, y en concreto del vídeo objeto de estudio, ha sido por medio de intimidación, lo que excluye, en todo caso, el consentimiento de la víctima; por lo que debemos, también, absolver al Sr. Efrain del delito de revelación de secretos por el que venía siendo acusado.

NOVENO.- Un delito de amenazas condicionales continuado, previsto y penado en el artículo 169.1 del Código Penal en relación con Noemi y Mónica .

Tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones particulares sostienen que el Sr. Efrain es autor de un delito de amenazas condicionales, por los hechos acontecidos después de los comportamientos sexuales, examinados, al amenazar, el acusado, a los padres de las niñas e incluso a las menores, tal y cómo se acredita mediante los "pantallazos" obrantes en autos; a lo que se opone la defensa afirmando que con éstos no se acredita nada más que una conversación sacada de contexto.

Respecto al delito que estamos examinando y que está previsto y penado en el artículo 169.1 CP, el cual castiga al que "amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra l libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico", debemos decir que todas aquellos actos intimidatorios que podrían encajar en el tipo examinado que fueron ejecutados por el acusado sobre las menores, estarían integrados y subsumidos en la intimidación propia de los delitos de agresión sexual que hemos examinado, quedando, por ende, únicamente aquellas amenazas supuestamente efectuadas a posteriori, y concretadas por el Ministerio Fiscal en aquellas contenidas en la captura de pantalla unida a autos, concretamente en el folio 32 de las actuaciones.

Dicha captura, consiste en una conversación entre Raquel y Efrain , con el siguiente tenor (sic):

Raquel : "ps hoy he hablado con Mónica y me ha dicho k si k te d!jeron k no pa k no sek cosa" Efrain : "Pos me juró porque se muriera su madre y su hermana" Efrain : "Y si me an menrido van a morir porke las cosas ke me juran y no ximplwn pasa" Raquel : "la has amenazdo?" Efrain : No por Efrain : ?? Efrain : "Me están diciendo que no me an denunciado"

Así las cosas y teniendo presente que de las declaraciones de las víctimas no se extraen unas amenazas posteriores a los hechos relativos a las agresiones sexuales, sino que las que el acusado profirió sobre las menores están integradas en la intimidación propia de dichos delitos, y que del tenor de la captura de pantalla transcrita, tampoco se deduce una amenaza, sino más bien una conversación en que el acusado refiere que al incumplir el juramento se morirán su madre y su hermana, a lo que hay que añadir que en la declaración de Florinda (madre de Mónica) en el plenario, a preguntas de la defensa, aseveró que la supuesta amenaza no

era la contenida en el folio 32; debemos entender que no hay prueba de cargo suficiente como para enervar la presunción de inocencia que ostenta el acusado, debiendo, por tanto, ser absuelto del delito de amenazas condicionales.

DÉCIMO.- Un delito de embaucamiento de menor o solicitud para proporcionar material o imágenes pornográficas del artículo 183 ter.2 del Código Penal.

En último lugar, la acusación particular que defiende los intereses de Noemi, mantiene que el Sr. Efrain ha cometido un delito de embaucamiento de menor o solicitud para proporcionar material o imágenes pornográficas del artículo 183 ter.2 del Código Penal, centrado en los hechos posteriores al envío del vídeo al que hemos hecho referencia en reiteradas ocasiones, puesto que el acusado intentó que la menor Noemi le enviara un segundo vídeo.

Hay que tener presente que el delito tipificado en el artículo 183 ter 2 CP, consiste en un acto de embaucamiento o engaño hacia la menor a fin de que le proporcione imágenes de contenido sexual, y en nuestro caso, como hemos dicho, ha quedado acreditada la utilización de intimidación por parte del acusado, lo que excede la esfera punitiva del artículo 183 ter 2 del Código Penal, siendo además que la propia acusación refiere este delito a los actos posteriores a la consecución del primer vídeo, que entendemos todos ellos integrados dentro del iter criminal del Sr. Efrain en la comisión del delito de agresión sexual que hemos analizado en los precedentes Fundamentos de Derecho; por lo que no podemos acoger la tesis de la acusación particular, y por tanto debemos absolver a Efrain del delito de embaucamiento por el que venía siendo acusado.

UNDÉCIMO.- Como corolario a lo expuesto hasta el momento, entendemos que los hechos declarados probados son constitutivos de:

- a) Un delito continuado de agresión sexual previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo normativo, respecto de Mónica.
- b) Un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal, respecto de Noemi.
- c) Dos delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, previstos y penados en el artículo 189.1.a y 189.2.a) del Código Penal.

DUODÉCIMO.- De dichos delitos es responsable en concepto de autor del artículo 28 del Código penal, el acusado, por haber cometido los hechos que lo componen de forma directa, personal y voluntariamente.

DECIMOTERCERO.- En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la defensa mantiene la concurrencia de una atenuante de anomalía psíquica del artículo 20.1 en relación con el 21.1 CP, así como una atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP.

Así las cosas, en primer lugar y en cuanto a la anomalía psíquica del artículo 20.1 CP hay que tener presente que, entre otras, la STS, Sala segunda, del 4 de julio de 2019, establece que «para construir esta situación de afectación mental como eximente del art. 20.1 CP o con relación al art. 21.1 CP operando como atenuante hay que recordar la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1170/2006, de 24-11; 455/2007, de 19-5; 258/2007, de 19-7; 939/2008, de 26-12; 90/2009, de 3-2; 983/2009, de 21-9; y 914/2009, de 24-9, entre otras) tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de atenuaciones de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta:

1.- En primer lugar, que el sistema del Código Penal vigente exige no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" (STS núm. 51/2003, de 20-I; y STS 251/2004, de 26-II).

2.- Centrados así en la cuestión estricta de la capacidad de culpabilidad, es importante subrayar con carácter previo que si bien no suele suscitar graves problemas constatar, con base en las pericias psiquiátricas, el elemento biopatológico de la eximente del art. 20.1º del C. Penal, resulta en cambio bastante más complejo -probablemente por lo abstruso de la materia- realizar un análisis específico del marco o espacio relativo al efecto psicológico-normativo que se plasma en la fórmula legal.

Es decir, establecer pautas o directrices sobre los efectos o consecuencias de la enfermedad o patología psíquica en la comprensión de la ilicitud del hecho por parte del acusado y en la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la ilicitud.



a.- En la práctica se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico, se establece el grado y la intensidad del padecimiento psíquico.

b.- Y después se extrae de forma directa de tal base biopatológica la conclusión sobre si el autor de la conducta delictiva actuó comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas (SSTS 914/2009, de 24-9 ; 983/2009, de 21-9; 90/2009, de 3-2; 649/2005, de 23-5; 314/2005, de 9-3; 1144/2004, de 11-10; 1041/2004, de 17-9; y 1599/2003, de 24-11. entre otras muchas).

Esta conclusión -expresada con una nueva dicción legal que viene a sustituir a lo que antes, con menor rigor técnico, se cifraba en la merma o anulación de las facultades intelectivas o volitivas- suele estar en relación simétrica directa con el grado de limitación psíquica del sujeto. De modo que ante una enfermedad mental grave que cercena de forma severa o relevante las facultades intelectivas o volitivas, sin anularlas, lo razonable parece ser que el sujeto actúe también con un conocimiento más limitado de la antijuridicidad de su acción y con una capacidad sustancialmente disminuida, pero no excluida.

En la misma línea, esta sala del Tribunal Supremo, sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 983/2009 de 21 Sep. 2009, Rec. 11557/2008 señala que:

"Por lo que se refiere a la exención por enfermedad mental, el sistema mixto del Código Penal está basado en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, de forma que no es suficiente el diagnóstico de la enfermedad, resultando imprescindible la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el caso concreto, lo que sucede en el presente caso siguiendo la evolución de los hechos en relación con los parámetros de conducta definidos en los informes psiquiátricos".

Debe, pues, realizarse un esfuerzo en la prueba pericial para apreciar ambas circunstancias en estos casos, a fin de que proceda la apreciación de la eximente por el Tribunal.»

Así las cosas, en el presente caso nos encontramos con una falta de acreditación, mediante una pericial directa, de la alteración psíquica mantenida, no obstante lo cual, al inicio de la sesión del juicio oral, el letrado de la defensa aportó, como prueba documental que fue admitida, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (nº 352/2022), del 13 de junio de 2022, en la que, como hecho probado se establecía que "El acusado está diagnosticado de DIRECCION012 . Asimismo, presenta una discapacidad mental leve de etiología desconocida. Tiene la capacidad parcialmente mermada para analizar y reflexionar sobre los actos que realiza. Su madurez psicológica resulta lastrada por su discapacidad mental leve y por la falta de apoyos en su entorno familiar, de modo que es una persona inmadura con capacidad de autonomía limitada".

Si bien es cierto que la carga de la prueba de las circunstancias modificativas de las responsabilidades penal compete a la parte que las alega (vid. SSTS 138/2002 de 8 de febrero, 716/2002 de 22 de abril, 1527/2003 de 17 de noviembre, 1348/2004 de 29 de noviembre, 369/2006 de 23 de marzo), y que en el proceso penal las sentencias carecen de la eficacia de cosa juzgada material positiva que sí se da en otros ordenes jurisdiccionales (vid. SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003; de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero), entendemos que en este caso y pese a la falta de una acreditación directa mediante pericial practicada en las presentes actuaciones dicha falta de pericia por parte del letrado de la defensa no debe perjudicar al acusado y en virtud del principio in dubio pro reo, entendemos ajustado a derecho estimar la concurrencia de una atenuante de alteración psicológica del artículo 21.1ª en relación con el artículo 20.1ª CP, puesto que la lastrada madurez del acusado, si bien no le exime de responsabilidad, sí que merma sus facultades intelectivas y volitivas, haciendo que el mismo tenga un conocimiento más limitado de la antijuridicidad de su acción, pudiéndose establecer una relación causal, dadas las características del diagnóstico establecido, entre la enfermedad mental y el acto delictivo.

En segundo lugar y en relación a las dilaciones indebidas alegadas por la defensa, hay que tener presente que el Tribunal Supremo en Sentencia del 22 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2648), determina que «A la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas, hemos destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2: La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda tener obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las "dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de



lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 21/10, de 15.2 o 416/13, de 26.4). En todo caso, ambas lesiones el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/05, de 2012) tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/02, de 16.9) como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/08, de 10.12)

Complementariamente, nuestra jurisprudencia destaca que la circunstancia atenuante puede y debe estimarse como cualificada cuando los elementos que configuran la razón atenuatoria concurren de manera relevante e intensa en la hipótesis concernida, esto es, superando en mucho lo que sería la normal exigencia para que la atenuación se considere estimable con carácter genérico (STS 668/08, de 22-10). Y dado que la atenuante ordinaria precisa que las dilaciones sean extraordinarias o "fuera de toda normalidad", la atenuación cualificada exige una desmesura que se identifique como fuera de lo corriente, bien proyectada en una duración que es radicalmente inasumible por los justiciables en todo caso, bien haciendo referencia a paralizaciones que no se aciertan a entender, resultan excepcionales o -como hemos indicado gráficamente en alguna ocasión superextraordinarias (STS 251/12, de 20-3).

Como recordábamos en nuestra Sentencia 388/2016, de 6 de mayo, nuestra Jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos en los que se habían producido dilaciones de notable consideración. Así, en casos de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo, y 506/2002, de 21 de marzo); también se ha apreciado como muy cualificada en la STS 291/2003, de 3 de marzo, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001. En STS 896/2008, de 12 de diciembre, por hechos ocurridos 15 años atrás. En STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral terminada la instrucción; y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones. Finalmente, la STS 132/2008, de 12 de febrero, estimó la atenuante muy cualificada al tratarse de una causa iniciada en el año 1990.

Teniendo presentes las peculiaridades de este proceso, el cual se inició en septiembre de 2018, siendo las sesiones de juicio oral en julio de 2022, esto es, con una duración prácticamente de cuatro años, sin que el proceso se haya visto paralizado por causa imputables al acusado, ni tuviera su tramitación una especial complejidad, entendemos que si bien no ha existido una duración desmesurada o "superextraordinaria" en palabras del Tribunal Supremo, si debemos acoger la pretensión de la defensa en cuanto a la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6ª del Código Penal.

DECIMOCUARTO.- Penalidad y medidas de seguridad En cuanto a la pena, imponemos al acusado las siguientes:

a) Por el delito continuado de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo normativo, respecto de Mónica , hemos de partir de la pena prevista en el artículo 183.2 CP, esto es, de prisión de cinco a diez años, y dado que estamos en presencia de un delito continuado, por imperativo del artículo 74.1 CP la pena ha de ser impuesta en su mitad superior, lo que nos sitúa en la de prisión de 7 años y 6 meses a 10 años, asimismo y ante la concurrencia de dos atenuantes, en virtud del artículo 66.1.2ª CP, dada la entidad de las mismas, sobre todo de la alteración psicológica del acusado, entendemos adecuado aplicar la pena inferior en dos grados, esto es, la de prisión de 1 año, 10 meses y 15 días a 3 años, 8 meses y 29 días; individualizando la pena en la de prisión de dos años, muy cercana al mínimo imponible ante la ausencia de antecedentes penales y de motivos para la imposición de pena mayor; así como en virtud del artículo 56 CP la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

b) Por el delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal, respecto de Noemi , hemos de partir de la pena prevista en el artículo 183.2 CP, esto es, de prisión de cinco a diez años, y ante la concurrencia de dos atenuantes, en virtud del artículo 66.1.2ª CP, dada la entidad de las mismas, sobre todo de la alteración psicológica del acusado, entendemos adecuado aplicar la pena inferior en dos grados, esto es, la de prisión de 1 año y 3 meses 2 años, 5 meses y 29 días; individualizando la pena en la de prisión de 1 año y 6 meses, muy cercana al mínimo imponible ante la ausencia de antecedentes penales y de motivos para



la imposición de pena mayor; así como en virtud del artículo 56 CP la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

c) Por cada uno de los dos delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, previstos y penados en el artículo 189.1.a y 189.2.a) del Código Penal, hemos de partir de la pena prevista en el artículo 189.2.a) CP, esto es, de prisión de cinco a nueve años, y ante la concurrencia de dos atenuantes, en virtud del artículo 66.1.2ª CP, dada la entidad de las mismas, sobre todo de la alteración psicológica del acusado, entendemos adecuado aplicar la pena inferior en dos grados, esto es, la de prisión de 1 año y 3 meses a 2 años, 5 meses y 29 días; individualizando la pena en la de prisión de 1 año y 6 meses, muy cercana al mínimo imponible ante la ausencia de antecedentes penales y de motivos para la imposición de pena mayor; así como en virtud del artículo 56 CP la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En aplicación del artículo 192.1 del Código Penal, se impone además la medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. que tendrá una duración de cinco años.

Conforme a lo establecido en el artículo 192.3 del Código Penal, procede igualmente la imposición de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 20 años.

DECIMOQUINTO.- Responsabilidad Civil

Respecto a la responsabilidad civil, conforme al art. 109 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

El Código Penal contempla además expresamente la indemnización en estos tipos penales (art. 193 CP) como regla general. La indemnización por daños morales viene impuesta no solo por el genérico art. 113 CP, sino también de forma específica para estas infracciones por el art. 193 CP (SSTS 327/2013, de 4 de abril, 733/2016, 5 de Octubre de 2016, recurso nº 10293/2016, entre otras), aunque sea de difícil cuantificación. Como señala la STS. 2ª, de 11-10-2002, núm 164/2002, rec 4116/2000 "si las lesiones físicas pueden ser más fácilmente evaluadas, no suelen disponer de pruebas que permitan su cuantificación económica y no podrán expresar más que la gravedad de los hechos".

En cuanto al concepto en sí de daño moral está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos, no siendo necesario, como declara el Tribunal Supremo, que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas en las víctimas. Estos bienes morales dañados, no son evaluables dinerariamente, pero deben, sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente, como compensación a los sufrimientos de la perjudicada por el delito. Además, en los delitos de índole sexual, el daño moral es inherente, y así lo establece el Tribunal Supremo, entre otras muchas en la STS, Sala 2, Sección 1, núm. 1335/2011, de 26-04-2012, en la que declara que «es obvio que actos como el que se imputan al recurrente producen por su mera existencia un daño moral ínsito en la humillación y el temor que ocasionan».

Ya en STS de 16 de mayo de 1998, en relación con los delitos de violación o agresión sexual con acceso carnal, se señalaba por el Tribunal Supremo: «Florecen, sin necesidad de prueba como se ha dicho antes, los daños morales, de altísima consideración en infracciones de esta naturaleza en las que se menoscaba frontalmente la dignidad de la persona humana, vejada gravemente en este caso. Pero más allá de la justificación de semejante opción indemnizatoria, lo verdaderamente importante es la imposibilidad de fijar los parámetros para la fijación de una cuantía concreta. De ahí que, en conclusión, la doctrina jurisprudencial (sentencias de 28 de abril de 1995, 26 de septiembre y 2 de marzo de 1994) tenga señalado que el daño moral, de acuerdo con lo también antes expuesto, solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas" Tratándose además de menores, el daño a su indemnidad sexual adquiere una dimensión especial y debe ser indemnizado en cualquier caso.

También el TSJCV se ha pronunciado en el sentido de la necesidad de señalar responsabilidad civil en el ámbito de los delitos sexuales, al fluir la existencia del daño moral de los mismos hechos. Así, la STSJ, Penal sección 1 del 21 de septiembre de 2020, Nº 169/2020, rec. Nº 84/2020, rec. Nº 84/2020 declara: "Sabido es que la existencia de un daño moral, que es lo acaecido, fluye de manera directa y natural de hechos delictivos como el ocurrido (abuso sexual) y no requiere un específico establecimiento de bases para su



cuantificación, pues la indemnización que deba señalarse no puede ser calculada con criterios objetivos sino únicamente a través de un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva atendiendo a la naturaleza del hecho, reiteración y contexto en el que se desarrolla (STS núm. 855/2016, de 11 de noviembre), pudiendo ser objeto de revisión, de ordinario, únicamente, cuando la cantidad señalada sea manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada. Y, en el caso presente, la indemnización acordada por el Tribunal se estima correcta y proporcionada a las circunstancias del hecho, no cabe duda que una conducta de contenido sexual como la recibida por la menor puede afectar a su formación y desarrollo, y por ello sujeto a indemnización por daño moral, no revistiendo las cantidades del carácter de desproporción ni son arbitrarias. En este sentido, la STS 396/2002 de 1 de marzo, recuerda que "la cuantificación de la indemnización por el daño anímico, moral o psicológico que aquellos producen en la víctima, al no ser traducibles económicamente "corresponde a la prudente discrecionalidad del Tribunal de la instancia" (por todas, STS de 10 de abril de 2000), y no es cuestionable en casación la fijación del "quantum", salvo que el criterio valorativo se apoye en datos objetivos erróneamente establecidos, o que la valoración misma se sitúe fuera de los límites mínimos o máximos dentro de los cuales resulta razonable el ejercicio de la discrecionalidad prudencial del Tribunal", lo que no acontece en modo alguno atendida la conducta, la menor edad de la menor y afectación que conlleva para la misma tal comportamiento. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.»

Deben fijarse, en consecuencia, indemnizaciones a favor de las menores víctimas, las cuales se han visto fuertemente afectadas por los hechos enjuiciados, tal y como las mismas declararon en el juicio oral, por lo que, en cuanto a las cantidades indemnizatorias concretas, y teniendo presentes los parámetros establecidos por la jurisprudencia, estimamos correctas las apuntadas por el Ministerio Fiscal, y por tanto, el acusado debe ser condenado a indemnizar a las menores, por los daños psicológicos sufridos por los hechos denunciados, en la cantidad de 12.000 euros a cada una de ellas.

Dichas cantidades devengarán los intereses procesales del art. 576 LEC, consistentes en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta la de su total ejecución.

DECIMOSEXTO.- Costas:

En cuanto las cosas de este procedimiento deberán imponerse al enjuiciado, a tenor de lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de lo establecido en los arts. arts. 123 y 124 del Código Penal.

Respecto a las costas de las acusaciones particulares, deben entenderse incluidas en la condena en costas, habiendo declarado el Tribunal Supremo que el pago de las costas de la acusación particular debe corresponder a los procesados como regla general, salvo supuestos excepcionales en los que la intervención de la parte haya sido notoriamente superflua, inútil e incluso perturbadora, lo que no ha sido el caso, sosteniendo dicho Alto Tribunal un criterio sobre la relevancia de su actuación que se ha ido relajando y matizando en sus sucesivas sentencias hasta poderse calificar de prácticamente abandonado, en pro de una postura ampliamente favorable a su inclusión, como se reconoce, entre otras, en STS 2ª, S 25- 01-2001, núm. 1980/2000, rec. 3869/ 1998.

Debe, por último, tenerse en cuenta, que cada vez más se empieza a considerar la naturaleza "indemnizatoria" de las costas, como un perjuicio más del delito que debe ser resarcido o indemnizado, y así se señala en la STS 2ª, de 25-01-2001 que la inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada, constituye la aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad, siendo el efecto de este principio el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

DECIMOSÉPTIMO.- Notificación y recursos:

La presente sentencia se deberá notificar al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

En cuanto a los recursos, conforme al art. 846 ter. 1 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras su reforma por la ley 41/2015 de 5 de octubre las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia son recurribles en apelación ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio, que resolverán las apelaciones en sentencia. Esto se aplica a los procedimientos penales incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la referida ley, lo que aconteció el 6 de Diciembre de 2015. Por tanto, contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, que podrá interponerse en el plazo de 10 días.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

PRIMERO.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Efrain , como autor criminalmente responsable de los delitos que a continuación se dirá:

1) De un delito continuado de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal en relación con el artículo 74 del mismo cuerpo normativo, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes analógica de anomalía o alteración psíquica y de dilaciones indebidas, a la pena de 2 AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2) De un delito de agresión sexual, previsto y penado en el artículo 183.2 del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes analógica de anomalía o alteración psíquica y de dilaciones indebidas, a la pena de 1 AÑO y 6 MESES DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3) De DOS delitos de elaboración de material pornográfico que representa a menores de 16 años, previstos y penados en el artículo 189.1.a y 189.2.a) del Código Penal, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes analógica de anomalía o alteración psíquica y de dilaciones indebidas, a la pena, CADA UNO DE ELLOS, de 1 AÑO y 6 MESES DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente y en aplicación del artículo 192.1 del Código Penal, se impone, además de las penas descritas, la medida de libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, que tendrá una duración de 5 años y conforme a lo establecido en el artículo 192.3 del Código Penal, procede igualmente la imposición de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 20 años.

SEGUNDO.- Que asimismo, CONDENAMOS a Efrain a INDEMNIZAR a las víctimas en las siguientes cantidades:

1) A Mónica en la cantidad de 12.000 euros por los daños psicológicos sufridos.

2) A Noemi en la cantidad de 12.000 euros por los daños psicológicos sufridos.

Dichas cantidades devengarán los intereses procesales del art. 576 LEC, consistentes en el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta la de su total ejecución.