



Roj: **STS 3627/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3627**

Id Cendoj: **28079120012022100782**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2022**

Nº de Recurso: **4706/2020**

Nº de Resolución: **807/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 807/2022

Fecha de sentencia: 07/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4706/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

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

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4706/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 807/2022

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 7 de octubre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación 4706/2020 interpuesto por Rodolfo , representado por el procurador D. RICARD SIMÓ PASCUAL bajo la dirección letrada de D. Albert González i Jiménez, contra la sentencia dictada el 25/07/2020 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 80/2018, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de los delitos de producción y distribución de pornografía infantil del artículo 189.3 a) y f) en relación al 189. 1ºb) en concurso ideal con un delito de abusos sexuales sobre menor de edad descendiente de los artículos 183.1 y 183.4 d) del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION005 incoó Diligencias Previas 607/2015 por delito de producción y distribución de pornografía infantil y abusos sexuales a menor de edad, contra Rodolfo , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª. Incoado el Procedimiento Abreviado 80/2018, con fecha 25/05/2020 dictó sentencia número 146/2020 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO.- Que durante los años 2013 a 2015 el acusado D. Rodolfo , con DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo conversaciones a través de la red social DIRECCION000 , vía DIRECCION001 o a través del programa DIRECCION002 con otros usuarios, todas ellas de contenido pedófilo, enviando y recibiendo imágenes de contenido sexual en las que intervenían menores, de edad inferior a los 13 años en su mayoría. Dicha actividad fue observada en la cuenta con nombre de usuario " DIRECCION003 ", vinculada a la cuenta de correo electrónico DIRECCION004 , con URL

El acusado, en la noche del día 10 al 11 de octubre de 2014, aprovechando que su hijo Jesús Luis de 8 años de edad se encontraba pernoctando en su domicilio y estaba profundamente dormido, se dirigió a su cuarto y actuando con ánimo libidinoso, cogió la mano del menor y la puso sobre su pene en erección; seguidamente y con el mismo ánimo colocó su pene erecto sobre la boca del menor, fotografiando estas acciones con su teléfono móvil y enviando luego las fotografías a diversos usuarios.

A raíz de la actuación judicial y en la vivienda del Sr. Rodolfo , sita en la CALLE000 nº NUM001 de la localidad de DIRECCION005 , se encontró el día 2 de julio de 2015 la siguiente relación de efectos:

a) Un ordenador IMAC modelo A1418, con disco duro marca SAMSUNG, modelo ST1000LM024 en el que se hallaron 185 archivos de imagen de carácter pedófilo. Concretamente ruta users/ Rodolfo / DIRECCION006 /fotosdeiphoto/abr2013fotosenstreaming/ había 9 archivos de imagen realizados el día 19 de abril de 2013 por el acusado en las que aparecía posando desnuda la entonces hija menor del acusado, Camino , nacida el día NUM002 de 2001. Asimismo en las rutas users/ Rodolfo / DIRECCION006 /fotosdeiphoto(anterior)/lanolina/ users/ Rodolfo /pictures/pictures/vacaciones2013/lanolina/ se encontraron 15 archivos de imagen, también realizadas por el acusado, los días 4 y 5 de agosto de 2013, apareciendo en ellas semidesnuda la menor Camino y en algunas de las imágenes también el menor e hijo del acusado Jesús Luis . Finalmente y en la ruta users/ Rodolfo / DIRECCION006 /subidasdecamara se hallaron 12 fotografías realizadas por el acusado los días 10 y 11 de octubre de 2014 donde aparece el hijo menor Jesús Luis , nacido el día NUM003 de 2006, dormido y en las que el acusado pone la mano del menor y posteriormente la boca del niño en sus propios genitales, y otras ocho fotografías de contenido pedófilo. Además en dicha ruta se encontraron 142 imágenes de menores cuya edad en la mayoría de los casos es inferior a los 13 años de edad, manteniendo relaciones sexuales con otros menores y con personas mayores de edad.

b) Disco externo de la marca WESTERN DIGITAL, con disco duro de la misma marca y modelo WD20EZR, en el que se encontraron además de los archivos contenidos en el ordenador numerado en el apartado 1, 46 fotografías de contenido pedófilo.

Por otra parte y a través de la aplicación DIRECCION001 , el acusado, utilizando el número de teléfono NUM004 , mantuvo conversaciones con otros usuarios del siguiente tenor:

1) Con el usuario " DIRECCION007 ", desde el 30 de agosto de 2014 hasta el día 5 de noviembre de 2014 mencionó que mantenía relaciones sexuales con sus hijos menores, enviándole 30 imágenes entre las que se encontraban fotos de sus hijos menores y recibiendo del usuario 250 archivos de imagen, todos ellos de contenido pedófilo y en las que aparecían menores con edades inferiores a los 13 años de edad.

2) Con la usuaria " DIRECCION008 ", desde el día 3 al 30 de octubre de 2014, en las que la usuaria le envió 36 imágenes y 5 vídeos donde aparecía la hija menor, de 3 años de edad de la usuaria en actitudes de carácter sexual.



3) Con la usuaria " DIRECCION009 ", el día 10 de octubre de 2014, a la que envió 6 imágenes de su hijo menor edad Jesús Luis , y en las que refiere mantener relaciones sexuales con éste.

4) Con el usuario de la línea de teléfono NUM005 , le manifestó en una conversación el día 12 de junio de 2015 su deseo de practicar sexo en grupo en unión de la interlocutora en la conversación, sus hijos menores de edad Camino y Jesús Luis y él mismo, dando detalles de las prácticas sexuales que realizarían y en el curso de dicha conversación envió al interlocutor indicado una fotografía de los genitales de su hijo Jesús Luis , acompañada del siguiente texto "cómete la pollita de mi hijo" y "hasta que se ponga dura".

Finalmente, a través de la red social DIRECCION000 , el acusado, con la ID NUM006 , mantuvo durante los años 2013 y 2014 conversaciones con varios usuarios, como "@ DIRECCION010 " y "@ DIRECCION011 " a quienes manifestó mantener relaciones sexuales con su hija menor, y con los usuarios "@ DIRECCION012 " y '@ DIRECCION013 " a los que además enviaba imágenes de la por entonces niña desnuda o semidesnuda.

El acusado ha abonado antes de la celebración de la vista oral la cantidad de 9000 euros, importe al que ascendía la indemnización exigida como responsabilidad civil por daño moral a las víctimas".

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Rodolfo como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos: a) un delito de producción y distribución de pornografía infantil agravado por tratarse de menores de 16 años y/o vinculados al autor por relación paterno-filial (artículos 189.3 a) y f) en relación al 189. 1b) CP) en su redacción correspondiente a la fecha de los hechos y previa a la reforma del año 2015; b) un delito un delito de producción y distribución de pornografía infantil agravado por tratarse de menores de 16 años y/o vinculados al autor por relación paterno-filial (artículos 189.3 a) y f) en relación al 189, 1b) CP) en su redacción correspondiente a la fecha de los hechos y previa a la reforma del año 2015 en concurso ideal con un delito de abusos sexuales sobre menor de edad descendiente de los artículos 183.1 y 183.4 d) CP. Concorre la atenuante de reparación del daño como simple (artículo 21.5 CP) y corresponden al acusado las siguientes penas: a) por el primer delito pena de prisión de 5 años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena del artículo 56 CP; b) por el segundo delito pena de prisión de 6 años, 6 meses y 1 día con la misma inhabilitación durante el tiempo de la condena.

Se imponen al acusado como accesorias la libertad vigilada por tiempo de 5 años y la privación de la patria potestad sobre sus dos hijos menores, Camino / Luis Alberto y Jesús Luis , así como la prohibición al acusado de aproximación a menos de 1000 metros de sus respectivas personas, domicilio, lugar de estudio o trabajo y cualquier otro lugar por ellos frecuentado y la prohibición de comunicación por cualquier medio directo o indirecto con los dos menores, todo ello por tiempo superior en 6 años al de las penas de prisión impuestas".

3. Notificada la sentencia, la representación procesal de Rodolfo , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso formalizado por Rodolfo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por infracción de precepto constitucional, conforme al artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, por motivación arbitraria e irrazonable de la sentencia recurrida.

2. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del conforme al artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

3. Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración a la tutela judicial efectiva provocando indefensión del artículo 24.1 de la Constitución y al derecho a ser informado de la acusación formulada del 24.2 Constitución, con infracción de lo dispuesto en el artículo 733 artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Por infracción de precepto constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, propiciada por la facultad dispuesta en el artículo 701 Ley de Enjuiciamiento Criminal, llevando al quebrantando lo dispuesto en el artículo 704 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la comunicación y contaminación habida entre los testigos, alterándose el resultado probatorio.



5. Por infracción de ley, al amparo del apartado 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.
 6. Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849. 1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los artículos. 189.1 b), 189.3 a) y f, en relación con el artículo. 189.1 aplicados en concurso ideal con los artículos. 183.1 y 183.4 d del Código Penal. Vulneración del principio *non bis in idm*, por el uso doble de la agravación.
 7. Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo. 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del de *non bis in idem* en relación al principio de legalidad penal, del artículo 25.1 en relación con el artículo 24.2, ambos de la Constitución.
 8. Por infracción de ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849. 1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 67.1 del Código Penal en relación con los artículos. 25.1 y 24.2 CE.
 9. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con relación al artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, ambas del artículo 24 de la Constitución.
 10. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal de carácter sustantivo e inaplicación del artículo 21.6ª Código Penal e infracción de los artículos 9, 24 y 117. de la Constitución; con la consiguiente inaplicación indebida del artículo 66. 2º Código Penal.
 11. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.3º Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse resuelto ni existido pronunciamiento sobre la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo. 21.6 del Código Penal.
 12. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21, 5ª Código Penal; infracción de los artículos 9, 24 y 117.1 CE, al amparo del artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal; con la consiguiente inaplicación indebida del artículo 66. 2º Código Penal.
 13. Por quebrantamiento de forma, del artículo 851.3º Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse resuelto ni existido pronunciamiento sobre la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal.
 14. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con con relación al artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la imposibilidad de efectuar en él ninguna entrada o registro sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito contemplado en el artículo 18.2 de la Constitución.
 15. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con relación al artículo 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho al derecho a la intimidad, artículo 18.1 de la Constitución y del secreto de las comunicaciones, artículo 18.3 de la Constitución.
 16. Por quebrantamiento de forma, de conformidad con lo establecido en los artículos 850.1º y al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la defensa, e infracción del artículo 24 Constitución.
 17. Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución, derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, por ruptura de la cadena de custodia.
 18. Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciándose la vulneración del artículo 24 Constitución, en su manifestación del derecho a un juez imparcial.
 19. Por infracción de ley del artículo. 849.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 66 y 72 Código Penal
5. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 20/04/2021, solicitó la estimación parcial y subsidiariamente la desestimación e impugnó de fondo los motivos del recurso. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20/09/2022 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Preliminar

El recurrente ha sido condenado por sentencia 146/2020, de 25 de julio, de la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona y frente a dicho pronunciamiento se alza el recurso que incorpora diecinueve motivos de impugnación.

Atendiendo a razones metodológicas los distintos motivos serán contestados por un orden diferente al que han sido formulados. Primero daremos contestación al motivo referido a la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (18º) y al motivo en que se denuncia la vulneración del principio acusatorio (3º), ya que en caso de estimación habría de anularse la sentencia. Después se dará contestación a los motivos en que se censura el juicio sobre la prueba, bien por la ilegalidad de algunas pruebas (15º, 14º, 17º,) por su indebida denegación (16ª), por la incorrección en su práctica (4º) o por su inadecuada valoración (5º, 1º y 2º). Y, por último, daremos respuesta a los motivos en que se denuncia infracción de ley en la aplicación normativa (6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13º, 11º, 12 y 19º).

2. Imparcialidad del tribunal

En el motivo décimo octavo del recurso, invocando los artículos 849.1 y 852 de la LECrim se denuncia la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Se alega que el presidente del Tribunal realizó permanentes llamadas de atención al letrado de la defensa por llamar a la menor perjudicada Marina, quien a día de hoy está inmersa en una operación de cambio de sexo. Dice la defensa que el nombre utilizado lo fue para una mejor identificación y para no causar confusión al tribunal. Entiende que estas llamadas de atención por razones que no guardan relación con los hechos, unidas a continuos gestos de desaprobación antes los interrogatorios que realizaba el Sr. Letrado comprometen, por su hostilidad, la imparcialidad del tribunal y ponen en duda su objetividad.

Ciertamente la imparcialidad y, por ende, objetividad del Tribunal, aparece no solamente como una exigencia básica del proceso debido (STC 60/1995, de 17 de marzo), derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 117 CE), sino como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales (SSTC 133/87 de 21.7; 150/89 de 25.9; 111/93 de 25.3; 137/97 de 21.7 y 162/99 de 27.9), que se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopta sea conforme al ordenamiento jurídico y exige que se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (SSTC 299/94 de 14.11, 162/99 de 27.9; 154/2001 de 2.7).

Asimismo el TEDH, ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en sentencias como las del caso De Lubre (S. 26.10.84); Hanschildt (S. 16.7.87), Piersack (S. 1.10.92); Sainte- Marie (S. 16.12.92); Holm (S. 25.11.93); Saraira de Carbalnon (S. 22.4.94); Castillo-Algar (S. 28.10.98) y Garrido Guerrero (S. 2.3.2000).

La imparcialidad puede ser analizada en una doble vertiente: subjetiva y objetiva. La imparcialidad subjetiva garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquéllas, y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (por todas STC 47/2011, de 12 de abril).

En todo caso, no basta que las dudas sobre la imparcialidad de un juez o de un tribunal surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril). El análisis de este presupuesto no puede hacerse en abstracto.

Ciertamente la pérdida de imparcialidad en su aspecto subjetivo puede producirse con ocasión de la dirección de los debates del juicio. La Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al presidente de todo tribunal las facultades necesarias para el mantenimiento del orden y para amparar en sus derechos a las personas que comparezcan ante el tribunal (artículo 190) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al presidente del tribunal facultades para que el juicio se celebre en las condiciones adecuadas. Así, el presidente del tribunal tiene, entre otras, potestad para dirigir los debates cuidando de impedir las decisiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad (artículo 683) y tiene facultad para conservar o restablecer el orden debido al tribunal y demás poderes públicos (artículo 684). También puede alterar el orden de los interrogatorios cuando lo considere conveniente para el mejor esclarecimiento de los hechos (artículo 701) y puede evitar la formulación de preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes (artículo 709). Puede evitar



que en los careos medien insultos o amenazas (artículo 713) y puede adoptar las decisiones necesarias para evitar que los procesados se ausenten o dejen de comparecer (artículo 731).

Estas facultades, que deben ejercerse respetando los derechos de las partes y las normas elementales de cortesía pueden, en ocasiones, dar lugar a enfrentamientos con los intervinientes, pero sólo pueden lesionar el derecho a un juez imparcial cuando de su ejercicio se pueda inferir una animadversión o encono que ponga en cuestión la necesaria neutralidad que ha de presidir tanto la celebración del juicio como el posterior dictado de la sentencia.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el de garantizar las condiciones procesales para que los letrados de las partes se sientan adecuadamente protegidos en su actividad profesional de defensa de sus intereses legítimos, naturalmente sin ser hostigados ni intimidados. Y, como dijimos en la STS 243/2020, de 26 de mayo, "(...) el Tribunal es garante del discurrir del juicio oral en condiciones que salvaguarde todos los derechos de los asistentes. De manera que no son tolerables ni reprimendas ni recriminaciones, únicamente admoniciones acerca de la legalidad del desarrollo del acto, sin mayores connotaciones personales de desaprobación (...)".

Sentadas estas premisas y en lo que atañe al caso cuyo control casacional nos corresponde no apreciamos que las advertencias realizadas por el Presidente al Letrado, sobre el modo de dirigirse a la testigo, inmersa en un proceso de cambio de sexo, impliquen la pérdida de imparcialidad o la hostilidad hacia el Letrado. La actuación que se denuncia estaba comprendida dentro de las facultades que la ley otorga al presidente, no presuponen postura o posición sobre el fondo y tampoco suponen limitación o imposibilidad de una correcta valoración de la prueba a que se refiere. Por tanto, no hay vulneración del derecho a la imparcialidad del juez.

El motivo se desestima.

3. Derecho a ser informado de la acusación

En el motivo tercero del recurso, a través del artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración del derecho a ser informado de la acusación y la infracción del artículo 733 de la LECrim.

Entiende la defensa que la tesis del artículo 733 de la LECrim debe ser utilizada por el tribunal de enjuiciamiento no sólo cuando considere que la calificación de las acusaciones es errónea y pretenda imponer una pena superior, sino también cuando, partiendo de ese error, pretenda la imposición de una pena inferior.

Se alega que en este caso no se hizo uso de ese mecanismo y se denuncia que el tribunal tomó parte de los hechos invocados por cada una de las acusaciones para construir un artificioso amachambrado, mezclando los tipos penales de ambas acusaciones, redistribuyendo la penalidad de cada una de ellas.

Para la resolución de esta queja resulta oportuno recordar que la infracción formal que se recoge en el número 4º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha resultado reforzada por el reconocimiento de la vigencia en el proceso penal del principio acusatorio, que impide introducir en la sentencia elementos "contra reo" de cualquier clase, lo que constituye un importante ataque a las garantías del acusado a ser informado de la acusación que contra él se formule y es contrario también a la proscripción de indefensión, principios ambos sancionados en el artículo 24 de la Constitución.

El derecho a ser informado de la acusación exige un conocimiento completo de los hechos de que se es acusado y de la calificación jurídica que a las partes acusadoras merecen y, a su vez, es presupuesto necesario de la evitación de indefensión, que irremisiblemente se produce cuando se realizan condenas por hechos y calificaciones de los mismos en momento en que las posibilidades de defensa ya han pasado. Por ello el tribunal no puede cambiar el objeto del proceso y penar por un delito distinto del que ha sido objeto de acusación y, por supuesto, tampoco penar un delito con sanción superior a la solicitada, ni apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados que no hayan podido ser tenidos en cuenta para haber tenido el acusado la posibilidad de conocerlas y de instrumentar una defensa frente a tales acusaciones (SSTS de 18 de Marzo de 1.992 y de 26 de Febrero de 1.994).

Solo caben dos excepciones: el recurso a la posibilidad que señala el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuestionado en su vigencia por la adopción de la actual Constitución, y la posibilidad de modificar la calificación cuando los delitos sean homogéneos, siempre que no se imponga pena superior (STS 313/2019, de 17 de junio).

En cuanto a la facultad a que alude el artículo 733 de la LECrim, difícilmente compatible con el principio acusatorio y que la propia ley procesal recomienda que se use con moderación, está pensada para los casos en que el tribunal discrepe de la calificación de las acusaciones y entienda que los hechos constituyen un delito diferente y más grave. Esta facultad permite introducir una calificación heterogénea a las de las acusaciones pero no permite introducir alterar el sustrato fáctico aportado por las acusaciones. A fin hacer compatible esa



facultad con el principio acusatorio se arbitra la posibilidad de suspensión del juicio para facilitar el ejercicio del derecho de defensa y, en todo caso, no será efectiva si alguna de las partes acusadoras no asume la tesis propuesta por el tribunal (ATS 08/04/2022- recurso 3923/2021, entre otros muchas).

Cuestión distinta es que con limitaciones el tribunal, sin imponer penas más graves pueda calificar los hechos de forma diferente. Esta facultad del tribunal queda dentro del ámbito propio de la subsunción normativa y, por exigencias del principio acusatorio, tiene un doble condicionamiento: De un lado, la calificación debe referirse a delitos homogéneos al objeto de acusación y no cabe imponer penas más graves.

En este caso es cierto que en la sentencia se ha condenado por delitos que no coinciden exactamente con las pretensiones de cada una de las partes, si bien el tribunal de instancia ha procedido a calificar los hechos sin condenar por delito distinto ni imponer penas superiores a las solicitadas. El tribunal sin alterar los hechos objeto de acusación, que han sido objeto de discusión y prueba, ha efectuado la calificación jurídico-penal que ha estimado procedente sin sobrepasar los límites que impone el principio acusatorio.

En efecto, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como un delito de producción y distribución de material pornográfico (artículos 189.3 a) y f) en relación con los artículos 189.1, 192.1 y 192.2 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos interesando la pena de 8 años de prisión y accesorias y como un delito de abusos sexuales (artículo 183.1 y 183.4 d)) interesando la pena de 5 años de prisión y accesorias. La acusación particular, por su parte, calificó los hechos como dos delitos de posesión y distribución de pornografía infantil (artículo 189.2 a y g) solicitando la pena de 7 años de prisión y accesorias por cada delito.

El tribunal de instancia, por su parte, ha considerado que los hechos son constitutivos de un delito de producción y distribución de pornografía infantil, referente a los archivos de menores no identificados y de sus propios hijos, de los artículos 189 3 a) y f) y 189 1 b) CP, en su redacción previa a la reforma de 2015, imponiendo la pena de 5 años de prisión y accesorias y otro delito de producción y distribución de pornografía infantil en concurso ideal con un delito de abusos sexuales (artículos 183.1 y 4 d), imponiendo la pena de seis años, seis meses y 1 día de prisión y accesorias.

Por tanto, la Audiencia Provincial ha calificado los hechos de acuerdo con las calificaciones de las partes y no ha impuesto pena superior a las solicitadas. Una parte entendía que había dos delitos de pornografía y un delito de abuso sexual y el Ministerio Fiscal entendía que un delito de pornografía y otro de abuso sexual. El tribunal entiende que hay tres delitos, lo que no se aparta de las calificaciones efectuadas por las partes en su conjunto, y ha impuesto penas inferiores a las solicitadas, por lo que no apreciamos la lesión del acusatorio aludida en el recurso.

El motivo se desestima.

4. Secreto de las comunicaciones: Derecho a la intimidad

En el motivo décimo quinto, por el mismo cauce casacional que el anterior, se denuncia la violación del derecho a la intimidad, en su modalidad de derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.1 CE.

Se alega que se procedió sin autorización judicial al rastreo de las conversaciones que el investigado tuvo en la red DIRECCION000 , sin que sirva de justificación el consentimiento prestada por la aceptación de las condiciones generales de pertenencia a la red citada, dado que este tipo de condiciones no se suelen leer y no son comprensibles para un ciudadano medio.

El motivo es improsperable.

La sentencia precisa con todo detalle las reglas de la red y el consentimiento que se presta para acceder a la misma. Una de las reglas de contenido obligatorio para tener cuenta y actuar en DIRECCION000 es la prohibición de participar en conductas relativas a la explotación sexual infantil. El propio recurrente reconoció el consentimiento que prestó para acceder a la red, sometiéndose a su política de privacidad. Para este tipo de situaciones, la red anuncia que se suspenderá de forma inmediata y permanente la cuenta, se eliminarán los contenidos y se denunciarán los hechos ante la NCMEC en USA (Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados) o ante las autoridades policiales locales.

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, el recurrente asumió y aceptó libremente estas condiciones y prestó su consentimiento a que, en caso de incumplir las reglas de DIRECCION000 en este concreto particular, la información que obrara en la red, tanto de acceso público como de acceso privado pudiera ser trasladada a las autoridades para su persecución y castigo.

Sobre la relevancia y operatividad del consentimiento del usuario para permitir la vigilancia de la ilegalidad de los contenidos de las comunicaciones en redes como la que utilizada en este caso nos hemos pronunciado extensamente en la STS 694/2020, de 15 de diciembre.



De otro lado y aun prescindiendo de la existencia del consentimiento, el procedimiento seguido para la detección de las comunicaciones de contenido ilícito no es contrario a derecho, conforme a las normas de la Unión Europea.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, garantiza el derecho a la intimidad y la confidencialidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales en los intercambios de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Es cierto esa Directiva no contenía ninguna disposición específica relativa al tratamiento de datos personales por los proveedores en relación con la prestación de servicios de comunicación electrónica con el fin de detectar abusos sexuales de menores en línea cometidos en sus servicios, a fin de denunciarlos y de retirar el material de abuso sexual de menores en línea de sus servicios. Sin embargo, dispone, de conformidad con el artículo 15, apartado 1, que los Estados miembros pueden adoptar medidas legislativas para restringir el alcance de los derechos y obligaciones establecidos, entre otros, en los artículos 5 y 6 de dicha Directiva, que se refieren a la confidencialidad de las comunicaciones y los datos de tráfico, con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos relacionados con el abuso sexual de menores.

En ese contexto la propia Unión Europea aprobó el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en cuyo artículo 6 se establecía una habilitación para emplear medidas voluntarias para detectar abusos sexuales de menores en línea cometidos en sus servicios y denunciarlos y retirar el material de abuso sexual de menores en línea de sus servicios.

Dicho Reglamento tuvo como finalidad establecer un marco de protección común del derecho a la protección de datos para todos los ciudadanos de la Unión, dado que los distintos Estados habían establecido un nivel de protección diferente, como consecuencia de divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva 95/46/CE, de Protección de Datos, lo que podría constituir un obstáculo al ejercicio de las actividades económicas a nivel de la Unión, falsear la competencia e impedir que las autoridades cumplan las funciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión.

Con posterioridad la Directiva 2018/1972 del Parlamento y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, ha establecido el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (CECE), derogando las distintas Directivas que establecían la normativa aplicable a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones y electrónicas (2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE).

Y para hacer posible que siguiera siendo de aplicación Reglamento (UE) 2016/679 y para hacer posible la investigación de los delitos de abusos sexuales sobre menores ha establecido un marco normativo preciso, que permite la remisión de la información disponible a las autoridades competentes para la investigación de esta clase de delitos.

El Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de julio de 2021, ha establecido una excepción a la aplicación de la mencionada Directiva 2002/58/CE. En el artículo 1 del Reglamento se expone que la nueva norma *"introduce normas temporales y estrictamente limitadas que establecen una excepción a determinadas obligaciones impuestas por la Directiva 2002/58/CE, con el único objetivo de permitir a determinados proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración (en lo sucesivo, "proveedores") usar, sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, tecnologías específicas para el tratamiento de datos personales y de otro tipo en la medida estrictamente necesaria para detectar abusos sexuales de menores en línea cometidos en sus servicios y denunciarlos y para retirar el material de abuso sexual de menores en línea de sus servicios"*.

Por lo tanto, la normativa europea viene autorizando a los proveedores de servicios a almacenar de forma segura el material de abuso sexual de menores en línea (pornografía infantil, espectáculos pornográficos con menores, embaucamiento y abuso sexual de menores), para dar traslado de ellos a las autoridades policiales y denunciar los hechos, así como para bloquear la cuenta del usuario y/o suspender o poner fin a la prestación del servicio.

Esa actuación, que es lícita en el territorio de la Unión Europea, fue la seguida por las autoridades americanas, por lo que ninguna tacha de ilicitud puede oponerse a la misma, máxime si se atiende, además, a que en este tipo de actuaciones se aplica el llamado principio de "no indagación".

En efecto, la regla de la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales (artículo 11 LOPJ) no debe llevar necesariamente la indagación de la forma de obtención de pruebas por las autoridades gubernativas de otros países, (singularmente de aquellos que comparten nuestro sistema de derechos fundamentales), salvo cuando se atisbe o denuncie una grave y flagrante violación de esos derechos.



En la STS 116/2917, de 23 de febrero ("Caso de la lista Falciani"), con cita de otros precedentes, se argumenta que es lógico que la validez en el proceso penal español de actos procesales practicados en el extranjero no se condicione al grado de similitud entre las reglas formales que, en uno y otro Estado, singularizan la práctica de esa prueba.

Al juez español no le incumbe verificar un previo proceso de validación de la prueba practicada conforme a normas procesales extranjeras, si bien esta regla anclada en el principio "*locus regit actum*", no puede convertirse en un trasnochado adagio al servicio de la indiferencia de los órganos judiciales españoles frente a flagrantes vulneraciones de derechos fundamentales, lo que resultaría incompatible con algunos de los valores constitucionales comprometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por tanto, si bien es cierto que el principio de no indagación no puede interpretarse más allá de sus justos términos, también lo es que en este caso no se justifica una grave violación del derecho a la intimidad que obligue a indagar la forma de obtención de la información que dio lugar al inicio de las presentes actuaciones.

Al margen de lo anterior y en lo que atañe a la actuación de las autoridades españolas, tanto en el acceso al domicilio como en el acceso al contenido de los ordenadores del acusado, lo fueron mediante autorización judicial motivada, cumpliendo con las exigencias establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Constitución, razón por la que no se ha producido la lesión del derecho constitucional a que alude el recurso.

El motivo se desestima.

5. Entrada y registro

5.1 En el apartado décimo cuarto del recurso se denuncia la ilegalidad del auto de entrada y registro por carencia de indicios justificativos de delito.

Se señala, en apretada síntesis, que las informaciones policiales iniciales no fueron objeto de comprobación alguna. El atestado policial, se dice, fue elaborado sin una base real fáctica y teniendo como soporte únicamente especulaciones. No hubo vigilancias, no se incorporó prueba documental alguna (emails, mensajes de DIRECCION000, capturas de pantalla), no se hizo indagación alguna sobre los supuestos interlocutores y sólo se unió a la denuncia la *notitia criminis*. La medida adoptada no fue proporcionada, carecía de indicios y era prospectiva.

Para dar respuesta al reproche que se formula no está de más recordar que el domicilio de cualquier ciudadano es objeto de protección constitucional en el artículo 18.1 de la Constitución en el que se dispone que "*el domicilio es inviolable y que ninguna entrada y registro podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*".

La LECrim, en concordancia con el mandato constitucional, exige que la restricción de este derecho se realice por auto motivado, según dispone el artículo 550 de la LECrim.

El deber de motivar consiste en exteriorizar la concurrencia de los requisitos que exige la injerencia y plasmar el juicio de ponderación que necesariamente debe hacerse entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, de forma que se pueda comprender la necesidad de la medida (STC 37/1989 y 7/1994).

La doctrina del Tribunal Constitucional ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva y ese contenido debe abarcar los siguientes aspectos: Debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4; y 14/2001, de 29 de enero, FJ 8).

El órgano judicial deberá concretar las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro y, de ser posible también, las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

A esta primera información, indispensable para precisar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal.



Tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala venimos reiterando que para acordar la injerencia no bastan simples sospechas, se exigen indicios.

Profundizando en esa distinción hemos señalado que las sospechas que pueden servir de fundamento a la injerencia no son simples hipótesis subjetivas, sino que deben estar apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. Deben ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

También hemos dicho, precisando lo anterior, que no es necesaria la aportación de pruebas acabadas, ya que en tal caso no sería necesaria la diligencia, sino sospechas con una base objetiva, que precisen confirmación a través de la diligencia. Quedan, por tanto, fuera de toda cobertura, las intervenciones de carácter prospectivo, basadas en simples sospechas y no en una investigación previa con aportación de datos contrastados. Aún hemos dicho que no es una técnica correcta, se admite la motivación por remisión al oficio policial en el que se interesa la diligencia.

También resulta exigible la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, es decir, debe existir una sospecha fundada (en el sentido antes expuesto) de que mediante el registro pueden encontrarse pruebas o que éstas pueden ser destruidas, todo ello unido a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos. Por último, se requiere que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro.

5.2 En el presente caso y frente a lo que se argumenta en el recurso, la entrada y registro no se acordó en base a simples especulaciones sino a indicios muy serios que fueron objeto de previa comprobación policial.

El equipo policial de investigación recibió una información, a través de la Embajada de los Estados Unidos, procedente de la red social DIRECCION000, que había recibido a su vez una denuncia del Centro Nacional de Niños Explotados y Desaparecidos (NCEMC) que es la institución que en EEUU se encarga de recibir y canalizar las denuncias ciudadanas y de los diferentes proveedores de internet. En la información se daba cuenta de la distribución pública de imágenes de menores desnudos realizando prácticas sexuales con otros menores o adultos. Constan en el Anexo I esas imágenes y son muy explícitas en cuanto a la intervención de menores y su contenido sexual y pornográfico.

Igualmente DIRECCION000 aportó un anexo de archivos de texto de la cuenta utilizada que son claramente expresivos de conversaciones en la que el investigado manifestaba a otras personas que tenía relaciones sexuales con sus hijos menores, ofreciéndolos para tener relaciones del mismo tipo con sus interlocutores, enviando fotos de sus hijos (Anexo II y III) de contenido erótico o pornográfico (fotos de su hija en ropa interior o semidesnuda y una foto de quien parece ser su hijo durmiendo con un pene junto a su boca).

El equipo de investigación policial realizó gestiones para identificar al posible autor, comprobando que tenía dos hijos menores, lo que confirmaba la veracidad de la información.

En el auto judicial que acordó la entrada y registro se refirió de forma singularizada a todas estas evidencias e incluso se justificó por qué razón era razonable excluir que se tratara de simples fantasías o de informaciones falsas para procurarse una relación sexual con los terceros. El auto concretó la eventual tipicidad penal de los hechos y la gravedad de las conductas investigadas (artículo 178 y siguientes CP, referidos a delitos contra la libertad sexual, castigados con penas elevadas de prisión), justificando sucintamente la proporcionalidad y necesidad de la injerencia, en cuanto se deducía de la información que las fotografías fueron tomadas en el domicilio del investigado y que su difusión se realizó a través de equipos informáticos que se suelen tener en los domicilios.

Para completar la investigación era preciso acceder a esos equipos, por lo que la medida cumplía con la exigencia de necesidad. También era proporcionada, en función de la gravedad de los hechos investigados y en modo alguno era prospectiva, porque tenía como fundamento sólidos indicios.

Se afirma que no hubo ninguna comprobación previa a la solicitud, lo que no es cierto, ya que se realizaron indagaciones para determinar la identidad del investigado y sus circunstancias familiares, lo que permitió corroborar la solidez de la información. Y se alega también que no se aportó justificación documental que acreditara la veracidad de la información. Tampoco esta afirmación es cierta, dado que se aportaron las fotografías a que aludía el oficio policial. Es cierto que no se aportaron capturas de pantalla de los mensajes, pero tampoco era imprescindible, dado que podían ser objeto de aportación posterior.

En definitiva, la injerencia en el domicilio se produjo mediante autorización judicial motivada, cuyo soporte fue una información debidamente contrastada y sólida, que hacía necesaria y proporcionada la entrada y registro en el domicilio del investigado.



El motivo se desestima.

6. Cadena de custodia

En el motivo décimo séptimo del recurso se denuncia la ruptura de la cadena de custodia porque la policía judicial en oficio de 26/08/2015 comunicó al Juzgado el cambio de numeración de algunas de las evidencias obtenidas de la entrada y registro porque, a su juicio, la numeración que dio a esas evidencias la Sra. Letrada de la Administración de Justicia que intervino en las diligencias era errónea.

Comprobadas las actuaciones (folios 185 y 186) se aprecia que en el oficio policial se da cuenta de un error de numeración en dos de los ordenadores. En el primero se pone indebidamente una N en vez de una J, en una numeración que consta de 12 caracteres y en el segundo se pone una J y un 5, cuando debería ser una V y un 8, en las dos numeraciones que incorpora el ordenador. También se da cuenta de unos números de identificación de las evidencias 3 y 4 obtenidas en el registro.

No hay ningún indicio o dato que permita suponer siquiera que las evidencias fueran manipuladas o cambiadas. Lo único que consta es la subsanación de unos errores numéricos de escasa significación en las evidencias incautadas.

El contenido de lo que se entienda por cadena de custodia comprende el conjunto de actuaciones tendentes a asegurar que el material intervenido, los vestigios del delito que pueden ser pruebas de su comisión es el que realmente se presenta en el juicio como el que realmente se intervino.

La regularidad de la cadena de custodia constituye un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido ya que la existencia de una regular conservación del elemento de prueba asegura que no ha sufrido alteración alguna. La ruptura de esa cadena repercute sobre la fiabilidad y autenticidad de las pruebas (STS 1029/2013, de 28 de diciembre). Y también se ha advertido que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco acerca de que fue lo realmente intervenido o cualesquiera otros datos que resulten decisivos para el juicio de tipicidad. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo (SSTS 884/2012, de 8 de noviembre; y 744/2013, de 14 de octubre). En cualquier caso, esta Sala mantiene una concepción material y no formal de la cadena de custodia de forma que no toda irregularidad o incidencia constituye un vicio invalidante. Ha de analizarse caso por caso y determinar si la irregularidad, caso de existir, genera algún tipo de equívoco respecto de la identificación o integridad del elemento de prueba correspondiente.

Pues bien, en este caso, lo único que consta es la rectificación de unos pequeños errores materiales, en la identificación de dos pruebas, de escasa significación si se tiene en cuenta que las numeraciones de los efectos eran muy extensas y sólo se produjeron dos pequeñas erratas, siendo coincidentes los restantes datos. También la policía procedió a añadir datos de numeración en dos evidencias que eran útiles para una más completa identificación de las mismas.

No hay ningún dato que induzca o permita inferir algún tipo de equívoco sobre la identidad o integridad de los efectos intervenidos en el domicilio, por lo que la queja no puede ser atendida.

El motivo se desestima.

7. Denegación de pruebas

En el motivo décimo sexto del recurso, utilizando la vía casacional del artículo 850.1 de la LECrim se denuncia la denegación indebida de dos pruebas: Un requerimiento al Centro Nacional de Niños Explotados y Desaparecidos (NCMEC), a través de la Embajada de Estados Unidos, para que se remitiera copia de la denuncia formulada contra el Sr. Rodolfo y otros datos (número de cuenta, fecha, forma de acceso y conocimiento) y un oficio a la compañía DIRECCION000 para que informara a cerca de las denuncias formuladas desde la cuenta " DIRECCION003 " (DIRECCION004 <mailto: DIRECCION004 >) así como contenido y destino que se dio a tales denuncias.

Se alega que esta información habría permitido conocer el fundamento de los indicios valorados, si se produjo alguna injerencia indebida en el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de sus comunicaciones. Esta información era imprescindible para comprobar la legalidad de la entrada y registro y no se opone al llamado principio de "no indagación", aplicable cuando la información proviene de autoridades policiales y tiene relevancia para conocer si las diligencias de investigación tienen su origen, no en las denuncias antes mencionadas, que no dieron resultado, sino en las denunciados que formuló el propio recurrente.



En buena medida este alegato ya ha sido contestado en el fundamento jurídico cuarto.

7.1 Esta Sala se ha pronunciado respecto a la necesidad o no de comprobar la regularidad de las informaciones obtenidas por agentes policiales o de otro orden extranjeros a fin de que esa información pueda servir de soporte a injerencias de derechos fundamentales en España. Resulta paradigmática a este respecto la STS 635/2012, de 17 de julio, que si bien se pronunció en relación con las intervenciones telefónicas, tiene igual proyección en casos de entradas y registros en domicilio.

Dice la sentencia:

" (...) En el ámbito de la cooperación penal internacional en el que se juega el enfrentamiento contra los graves riesgos generados por la criminalidad organizada transnacional, y en el que nuestro país tiene asumidas notorias obligaciones adaptadas a un mundo en el que la criminalidad está globalizada (Convención de las Naciones Unidas de 1988 sobre estupefacientes, entre otras), no pueden imponerse las reglas propias determinadas por problemas legislativos internos a los servicios policiales internacionales, por lo que ha de respetarse el ordenamiento de cada país, siempre que a su vez respete las reglas mínimas establecidas por el Tratado de Roma o el de Nueva York. Y de la misma manera que no es posible ni exigible imponer a otros sistemas judiciales la autorización judicial de las escuchas, tampoco lo es imponer a servicios policiales que no trabajan así, como sucede con el ICE o la DEA, por ejemplo, las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial interna ha establecido para los servicios policiales españoles.

En consecuencia, la exigencia de que el servicio policial español que interesa la escucha proporcione sus fuentes de conocimiento, no implica necesariamente que también deba proporcionar obligatoriamente, con el mismo detalle y en los mismos términos, las fuentes de conocimiento de sus fuentes de conocimiento.

Cuando éstas fuentes de conocimiento externo de la solicitud de nuestros servicios policiales procedan de investigaciones legalmente practicadas por servicios policiales extranjeros, se debe consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia de la droga hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio Juez Instructor en función de:

1º) Los datos objetivos existentes y su concreción, 2º) Los cauces oficiales de recepción y verificación de la información, 3º) Las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación, 4º) La verosimilitud de la información y 5º) Sus propias normas de experiencia. (En igual sentido STS 841/2016, de 8 de noviembre . (...)"

En este caso se han cumplido con estas exigencias. No era necesario para autorizar la entrada y registro que se confirmara la información remitida por las autoridades norteamericanas, sino comprobar su verosimilitud a través de la confirmación de aspectos periféricos, tal y como se hizo.

Cuando la resolución judicial que autoriza la injerencia explícita los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, y cita una fuente de conocimiento que ha sido razonablemente valorada en su fiabilidad, conforme a sus reglas de experiencia, nada cabe objetar y no es indispensable que deba indagarse la regularidad de la obtención de la información presumiendo, sin dato alguno que lo justifique, la posible irregularidad de la actuación de las autoridades extranjeras, de ahí que el requerimiento al Centro Nacional de Niños Explotados y Desaparecidos (NCMEC) fuera correctamente denegado.

7.2 En relación con la denegación del oficio a la compañía DIRECCION000 para comprobar el comportamiento del recurrente, dirigido a comprobar si las indagaciones iniciales tuvieron como fundamento la propia denuncia del recurrente en la red social tampoco es indispensable para la resolución del caso.

En efecto, siendo cierto que el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, también lo es que cuando esta queja se formula en un recurso de casación, no basta con que la prueba denegada fuera pertinente, es necesario que sea indispensable y sólo en tal caso se entenderá vulnerado el derecho fundamental aludido.

El carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada (STS 44/2015, de 29 de enero, por todas).



En este caso la prueba pretendida no es imprescindible para el pronunciamiento judicial. Carece de utilidad alguna indagar si el propio recurrente denunció hechos constitutivos de delito, ya que tal denuncia, caso de existir, no excluye que fuera protagonista de los hechos investigados.

El motivo se desestima.

8. Comunicación y contaminación de los testigos

En el motivo cuarto se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE porque el presidente del tribunal alteró el orden de prestación de testimonios, haciendo uso de las prerrogativas que le concede el artículo 701 de la LECrim y dio lugar a que el testigo que figuraba el primero de la lista aportada por el Ministerio Fiscal (policía nacional NUM007), que debía declarar en primer lugar y que era el testigo policial más relevante, prestó su testimonio después que sus compañeros de forma que ya sabía lo que éstos habían declarado.

El motivo no puede ser acogido. Es cierto que el artículo 701 de la LECrim dispone que las pruebas se practicarán según el orden por el que se hayan propuesto, sin perjuicio de la facultad del presidente de alterar ese orden *"cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad"*. También es cierto que los testigos que hayan de declarar permanecerán en un local a propósito hasta que sean llamados *"sin comunicación con los que ya hubieren declarado"*.

La razón de esta previsión legal es evitar que el testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que haya oído declarar a otro o, en su caso, a los acusados. Ahora bien, sólo tiene sentido en caso de juicios que se celebren en una sola audiencia. Como con acierto se señala en la STS 552/2020, de 28 de octubre *"la incomunicación de testigos en juicios previstos en varias sesiones no existe al modo y manera que la incomunicación de los miembros del jurado, que, nótese que se produce, solo una vez que se les va a entregar el objeto del veredicto, pero no antes, pudiendo los mismos regresar a su casa, leer y escuchar lo que los medios de comunicación señalan y exponen sobre el desarrollo de las sesiones, etc. Con ello, en la misma medida los testigos que van a declarar en días distintos pueden llegar a conocer por múltiples formas y conductos lo que se ha expuesto, incluso por traslado de las partes, pero la prohibición ex art. 704 LECrim se concentra en las sesiones de cada juicio en aras a evitar una aparente "contaminación" que, como hemos señalado, tiene otras formas y fórmulas de producirse"*.

Por otra parte, la incomunicación de los testigos, que exige el art. 704, la Ley, es una norma llena de sentido común, pero como recordó la STS 153/2005, de 10 de febrero *" (...) la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de tal medida y por tanto situada extramuros de la validez del testimonio. Ello supone que la quiebra de la incomunicación sólo puede tener incidencia del testimonio que le venta a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente. La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días. La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generaliza retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y, precisamente por orden del Tribunal sentenciador. En tal sentido se pueden citar las SSTS de 5 de abril de 1989 de 30 de enero de 1992, la 32/95 de 19 de enero, 908/99 de 1 de junio, 15 de noviembre de 1996 y 26 de marzo de 2001 (...)"*.

Por otro lado y como criterio general no toda irregularidad procesal en la práctica de las pruebas tiene como consecuencia la nulidad. La Constitución prohíbe categóricamente la indefensión del justiciable, que se produce - según el Tribunal Constitucional- si se le priva de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, es decir, que la vulneración de las normas lleve consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC nº 155/88 y nº 290/93, entre otras).

A partir de estas precisiones conceptuales la queja no puede ser atendida. No consta y no se alega tampoco que se formulara protesta por la alteración del orden de los interrogatorios, realizada de acuerdo con las facultades que la ley concede al presidente, y, en todo caso, la eventual comunicación entre los testigos en ningún caso sería causa de nulidad de la diligencia probatoria sino una circunstancia a valorar a lo hora de ponderar la credibilidad de los testimonios.

Señala la defensa que el orden de declaración determinó que el agente de policía número NUM007 declarara conociendo lo que habían dicho sus compañeros y ofreciera una versión nada creíble de las circunstancias



que rodearon a la expedición del oficio obrante al folio 185, en el que se comunicó al juzgado el error de la Sra. Secretaria Judicial al transcribir la numeración de algunas evidencias y sobre el que nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico anterior. Sin embargo, no consta que los demás policías fueran interrogados sobre ese extremo, por lo que difícilmente su testimonio podía estar contaminado por lo dicho por sus compañeros. La declaración prestada se refirió a la rectificación de unos errores materiales advertidos por el agente policial y comunicados al Juzgado en el oficio antes referido, sin que se haya apreciado falta de credibilidad alguna, ni por posible contaminación ni por cualesquiera otras circunstancias. No alcanzamos a comprender en qué medida la prestación del testimonio por este agente pudo estar influido por lo declarado por sus compañeros con anterioridad y, desde luego, el recurso no precisa en qué consistió esa contaminación y que elementos existen para afirmar su existencia más allá de la alteración en el orden de los interrogatorios, sobre el que tampoco se ha formulado alegación alguna tendente a justificar que fuera acordada de forma improcedente.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

9. Error en la valoración de la prueba derivada de documentos obrantes en autos (artículo 849.2 LECrim)

En el motivo quinto del recurso se recopilan todas las deficiencias probatorias invocadas por la defensa y que hemos referido en los fundamentos jurídicos anteriores y se alega que valorando los documentos obrantes en autos se evidencia la errónea valoración de la prueba.

El motivo está destinado al fracaso. Nuestra reciente sentencia número 354/2021, de 29 de abril, con cita de muchas otras, explica que " (...) el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim se circunscribe "al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron". Error que ha de tener la suficiente relevancia para alterar precisamente la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida. Pero, además, el éxito del motivo reclama que se den determinadas condiciones de producción:

1. Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.
2. Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. El motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para de ahí atribuir el valor reconstructivo que la parte pretende atribuir al documento.
3. Muy vinculado al anterior requisito, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración.
4. El dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción (...)"

Proyectando esta doctrina a este caso advertimos que no se citan documentos concretos que evidencien por sí el error en un determinado dato del relato fáctico. Lo que se pretende es una completa revaluación de la prueba para llegar a un resultado diferente del establecido por el tribunal de instancia, pero semejante pretensión desborda claramente los estrechos márgenes de revisión que permite este motivo casacional.

El motivo se desestima.

10. Presunción de inocencia

En los motivos primero y segundo, que el recurrente ha refundido, se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a través del artículo 852 de la LECrim.

10.1 Se inicia el alegato afirmando que la motivación de la sentencia es arbitraria e irrazonable y esa gruesa calificación se apoya en la afirmación de que el recurrente no es un pedófilo ya que nunca ha abusado de menores y del conjunto documental incautado (12.000 fotografías) sólo 142 de ellas integran su universo pedófilo, y muchas de ellas están duplicadas o se refieren a imágenes del entorno familiar, lo que reduciría la cifra a 70 fotografías. Se alega que las conversaciones o mensajes realizadas por el acusado de naturaleza sexual siempre se han motivo en el ámbito de la fantasía. Analiza el recurso el contenido de la fotografía de un menor durmiendo con un pene cerca de su boca para concluir que no existe prueba suficiente que acredite que fuera su hijo y tampoco consta que a partir de esas imágenes pueda afirmarse la existencia de un abuso sexual. En este punto se destaca el resultado de los informes periciales sobre los menores: La hija negó la existencia de cualquier abuso y los informes destacan su tendencia a la fabulación, contradicciones y escasa

fiabilidad de su testimonio y respecto del hijo se dice que no objetivaron ninguna situación compatible con un abuso sexual infantil.

10.2 Son muchas las sentencias en que hemos fijado el ámbito de control que nos corresponde cuando se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia en un recurso de casación que no ha tenido el previo filtro de la apelación. Citaremos, por todas, la STS 216/2019, de 24 de abril, en la que hemos reiterado que el principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira en torno a las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues únicamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente comprobación:

- 1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).
- 2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).
- 3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse bastante para justificar la condena (prueba suficiente).
- 4ª. Comprobación de que tal prueba ha sido razonadamente tenida como de cargo en función del análisis del cuadro probatorio en su conjunto (prueba de cargo razonada).

10.3 Proyectando estos presupuestos al caso que centra nuestra atención casacional apreciamos, en primer término y conforme a lo razonado en fundamentos jurídicos anteriores, que la prueba de cargo valorada por el tribunal es lícita y ha sido aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales. Por otra parte la prueba valorada por el tribunal ha sido suficiente para la subsunción normativa realizada que se integra por dos delitos: Producción y distribución de pornografía y abusos sexuales.

La sentencia dedica en extenso apartado para valorar la prueba (fundamento jurídico tercero). En relación con el primero de los delitos la prueba es abundante:

- (i) La prueba documental unida a autos (CD remitido por DIRECCION000 y documentos intervenidos en la entrada y registro procedentes del volcado del ordenador utilizado por el recurrente) acredita las fotografías de contenido pedófilo que el recurrente tenía en su ordenador y que compartía con terceras personas y el contenido de las conversaciones que tuvo con terceros de naturaleza sexual. Se encontraron multitud de fotografías de contenido pornográfico, algunas de ellas con menores, según se refleja en el anexo del atestado policial obrante al folio 19 de las actuaciones;
- (ii) Dentro de ese material se localizaron fotos de los hijos del acusado, también pornográficas (Anexo II y III del atestado, folios 21 y 23), si se atiende a su contenido y al contexto en el que se producen. Tanto estas fotos como las anteriores se corresponden con las remitidas inicialmente por la policía y obtenidas como consecuencia de los instrumentos de cooperación internacional. En estas fotos se observa la imagen de su hija, una en bañador y otra desnuda de cintura para arriba y se observa la imagen de su hijo durmiendo con un pene rozándole los labios.
- (iii) Las fotografías en cuestión se relacionan con la mensajería intervenida, también de contenido claramente pedófilo. En esas conversaciones el acusado se jacta de haber mantenido relaciones sexuales con sus hijos, explica el modo de obtención de sus imágenes. Una de estas conversaciones la mantiene al tiempo que envía la fotografía de su hijo con un pene cerca de su boca, habiendo identificado al menor los agentes policiales por el estudio de la imagen así como del cuarto en el que estaba dicho menor.
- (iv) Comparecieron los distintos agentes policiales encargados de la investigación, explicando con detalle su desarrollo y resultado;
- (v) La identificación de la imagen de los hijos menores fue ratificada por la madre, salvo la relativa a la última fotografía reseñada, manifestando que su hija Marina se resistía a ir con su padre.



(vi) Se valoró como prueba de cargo la declaración de los menores. En concreto, resultó de interés la declaración de Camino quien manifestó que tenía una relación conflictiva con su padre y dio algunos detalles que reflejan el contenido sexual de su relación. Manifestó que se duchaban juntos y que en una ocasión le había hecho una "paja"; que vio la foto de su hermano durmiendo muy fea y quiso arrancarle la cabeza, lo que evidencia que identificó a su hermano en la foto.

(vii) Se valoró la pericial sobre el testimonio de la menor, concluyendo los peritos que la menor entraba en contradicciones y confusión y presentaba tendencia a la fabulación;

(viii) Se tuvo en cuenta la pericial informática de la policía científica que dio cuenta de la intervención del material incautado (fotografías y metadatos), de su coincidencia en localización con la cercanía con el domicilio del acusado (ya que el material no admitía una precisión mayor) así como la correspondencia de fechas entre los registros informáticos y las que constaban en los mensajes. Identificaron 142 archivos de contenido pornográfico.

(ix) Otra prueba analizada por el tribunal fue el informe médico forense sobre la imputabilidad del acusado, concluyendo que no existían evidencias de afectación de las facultades intelectivas y volitivas, así como el informe pericial propuesto por la defensa en el que se dictaminó que éste padecía un DIRECCION014 con rasgos esquizoides y narcisistas.

(x) Por último se valora la declaración del acusado, que dio explicaciones sobre los distintos hechos por los que se le acusaba.

El tribunal de instancia, por tanto, ha sopesado un conjunto de pruebas que acreditan sin margen razonable de duda que el acusado poseía un buen número de archivos fotográficos, que compartía con terceros y que, en ocasiones, él mismo generaba, de contenido pornográfico en el que intervenían menores y también prueban que utilizó a sus propios hijos para esos fines, manteniendo conversaciones con terceros en las que compartía sus deseos sexuales hacia sus propios hijos y alentaba a sus interlocutores a tener relaciones sexuales con menores, compartiendo las fotografías de sus hijos de contenido pornográfico.

La sentencia también precisa las evidencias que acreditan que sometió a su hijo Jesús Luis de 8 años de edad a tocamientos sexuales según consta documentado al folio 408 de las actuaciones, acreditándose el hecho no sólo por el material fotográfico, relacionado con los metadatos de los archivos que acreditan su localización y fecha, por las conversaciones mantenidas con terceros en la que el propio acusado reconoce lo realizado y lo comparte y por las propias manifestaciones del acusado que reconoció en instrucción estos hechos, por más que en el acto del juicio se retractara y los negara.

Frente a este cuadro probatorio, profusamente analizado en la sentencia de instancia, se alega falta de motivación. Basta leer la sentencia para comprobar que esa alegación carece de todo fundamento. Esa lectura conduce igualmente a apreciar que la valoración de la prueba realizada responde a criterios de racionalidad que compartimos. Las explicaciones ofrecidas en el recurso para cuestionar la valoración probatoria tienen escaso recorrido.

Se viene a decir que el material incautado es escaso y no se corresponde con el perfil propio de un pedófilo, pero basta acudir al material incautado, descrito y analizado en el informe policial obrante a los folios 394-481 para comprobar la diversidad de ese material, la utilización de menores y su contenido pornográfico.

En cuanto a las fotografías tomadas a su hija semidesnuda, compartidas con terceros a los que expresa haber tenido relaciones sexuales con ella, por su contenido y contexto eran también pornográficas. Carece de todo soporte y credibilidad la excusa ofrecida por el acusado de ser fotografías tomadas en un entorno familiar, sin ánimo libidinoso.

Por último, en relación con las fotografías tomadas al menor Jesús Luis, al que se sometió a tocamientos sexuales, la prueba aportada acredita que esos tocamientos se produjeron de forma efectiva, según se deduce del análisis conjunto de las fotografías, metadatos, conversaciones mantenidas al enviar las fotos a terceros y de la declaración sumarial del acusado.

Para terminar nuestra exposición y justificar nuestro criterio nada mejor que transcribir los párrafos más significativos de la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia que permite comprobar la suficiencia de la prueba tomada en consideración y la razonabilidad de su discurso. Dice la sentencia:

" (...) El conjunto probatorio demuestra sin lugar a dudas que el acusado recibió, almacenó y compartió con terceros archivos fotográficos en los que aparecen niños ostensiblemente menores de edad manteniendo relaciones sexuales entre sí y con adultos o mostrando desnudos sus órganos genitales con finalidad de procurarse excitación y placer sexual. Así lo demuestra el contenido de sus dispositivos, incautados en el registro de su vivienda y la actividad en sus redes sociales y aplicaciones de móvil y ordenador. El número de archivos



y sus propias menciones en conversaciones mantenidas con terceros descartan que se tratase de remisiones erróneas y no queridas por el acusado de archivos que luego eliminó, como pretendió en el plenario. Por otra parte los datos de tiempo y geolocalización en las fotografías tomadas a sus hijos en diversas fechas y lugares en las que aparecen los dos menores desnudos o semidesnudos, mostrando sus órganos genitales, los glúteos en posados provocadores sexualmente hablando o los pechos de Camino, dada a conducta coetánea, previa y posterior del acusado, no pueden reputarse fotografías anodinas ni de la vida diaria. Independientemente del juego o excusa que el acusado emplease para convencer a sus hijos de posar de esa guisa, extremo que no podemos reputar complicado de obtener dada la edad e inocencia de ambos menores por una parte, y por otra la evidente posición de superioridad que en relación a ellos ejercía como padre, el significado sexual de las fotografías nos lo da el contexto en que las mismas fueron, en ocasiones, compartidas con terceros y utilizadas para procurar satisfacción sexual a su progenitor. La conclusión del ánimo libidinoso concurrente en su obtención se deduce de las evidentes inclinaciones del acusado en la época en que fueron tomadas por obtener el placer sexual a través del uso de menores de edad, inclinaciones que le llevaron a una conducta que en ocasiones podemos reputar como compulsiva como lo demuestra el hecho de haber mantenido el mismo día 10 de octubre de 2014 conversaciones de tipo sexual utilizando las fotografías obtenidas de Jesús Luis mientras estaba dormido con dos usuarios distintos a quienes envió tales fotografías y con los que habló de mantener relaciones sexuales con su hijo menor, de lo que esas personas le harían al niño y de lo que él mismo le haría (y le había hecho ya, glosado por los archivos fotográficos). En ese contexto la obtención de fotografías en las que se muestran los glúteos desnudos de los dos menores, en poses sexualizadas de exhibición, fotografías furtivas de Camino en la que se aprecian sus incipientes pechos desnudos, de la misma en el lavabo mientras se bañaba o hacía sus necesidades, totalmente desnuda o realizando otras tareas de la casa en ropa interior no pueden reputarse anodinas, como decíamos pues cobran sentido en un contexto que el adulto les proporciona y que es claramente un contexto dirigido a la obtención de su propio placer sexual. La misma consideración hemos de reservar para la serie de fotografías en el baño de Jesús Luis (su identidad se ve confirmada por diversos indicios: los metadatos como recoge el informe pericial, abona la tesis de que fueron tomadas con el móvil y en la vivienda del acusado o sus inmediaciones y la complejidad del menor y su edad son idénticas a las del hijo menor del acusado, Jesús Luis; las fotografías se ubican en un baño con azulejos y muebles de baño idénticos a los que figuran en otras fotografías tomadas a Camino, con la misma localización, por idéntica época y también desnuda mientras se baña) en la que se aprecian perfectamente sus genitales; la ampliación de tales genitales fue remitida por la aplicación DIRECCION001 a otra persona con un comentario claramente sexual como hemos visto más arriba.

Por otra parte y sobre la existencia de tocamientos sexuales del acusado sobre sus hijos, sólo subsiste la acusación en relación a Jesús Luis habiendo las partes retirado la que afectaba a Camino extremo sobre el que no versa por tanto la presente resolución. Los citados tocamientos de índole sexual en el caso de Jesús Luis están documentados fotográficamente por las series de fotografías halladas en los dispositivos informáticos del acusado, antes referidas. Tomadas el día 10 de octubre de 2014, el menor dormido (extremo confirmado en conversaciones que el acusado tuvo con terceros y arriba referidas) fue sometido a diversas manipulaciones por parte de su padre (que fue éste y además sucedió en su casa mientras el menor estaba bajo su custodia lo confirman los metadatos obrantes en las fotografías indicadas, como acredita la pericial practicada y a la que nos referimos antes) tomando su mano y acercándola hasta el pene del acusado hasta fotografiarle con la mano apoyada en dicho miembro y acercando el pene erecto del acusado hasta la boca del menor hasta apoyarla en él, extremo igualmente fotografiado por el adulto. Estas mismas fotografías fueron enviadas a terceros con intención de obtener placer sexual en el curso de conversaciones de tal índole mantenidas a través de la aplicación DIRECCION001 y que han sido también glosadas más arriba. Ninguna duda ofrece que se trate de fotografías tomadas a Jesús Luis, que entonces contaba con 8 años de edad pues por una parte alguna de las fotografías relevantes desde un punto de vista típico fueron exhibidas a su madre, Marí Juana, en el plenario (y antes en fase de instrucción) reconociendo en ellas a Jesús Luis; el propio acusado (que sólo contestó a preguntas de su Letrado parte de las cuáles versaron precisamente sobre este punto, lo que habilita a considerar las declaraciones previas del mismo en las que se corregía, tomadas en fase de instrucción) dijo inicialmente que era su hijo Jesús Luis para matizar en el plenario (con evidente interés y escasa credibilidad) que ya no estaba tan seguro de que lo fuera; los metadatos de las fotografías según la pericial practicada demuestran que se tomaron en la vivienda del acusado o sus inmediaciones (y no consta que ningún otro niño de complejidad y edad semejantes pernoctase en tal vivienda como no fuera el hijo del acusado); la sábanas que aparecen en las fotografías lo hacen también en otras en las que la persona fotografiada fue Camino, no habiendo puesto en duda el acusado en momento alguno que en tal caso se tratase de su hija menor y por último tales sábanas fueron halladas en el registro practicada en la vivienda del acusado, siendo fotografiadas por los agentes y obrando tal fotografía en autos, como ya se ha visto. No hay duda pues de que se trata de fotografías de Jesús Luis y de que éste tenía en la fecha en que se tomaron 8 años de edad (...).

El motivo se desestima.



11. Juicio de tipicidad

El recurso unifica los motivos sexto y séptimo anunciados en el escrito de anuncio del recurso. Después de hacer consideraciones acerca de la vulneración del principio acusatorio, cuestión ya resuelta en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, se alega que la subsunción típica realizada en la sentencia no es correcta en cuanto que condena por dos delitos de producción y distribución de pornografía, separando la conducta relativa al menor Jesús Luis, por un lado, y al resto de menores, por otro, desconociendo que se trata de una misma conducta

El motivo debe ser estimado.

La calificación jurídica que corresponde al juicio histórico es la de un delito de abusos sexuales sobre menor de edad, agravado por ser el autor padre de la víctima, conforme a lo previsto en los artículos 183.1 y 183.4 d) en concurso real con otro delito de producción y distribución de pornografía infantil, también agravado por ser la víctima menor de 13/16 años y por ser el autor padre de dos de los menores, según lo tipificado en el artículo 189.3 a) y f), en relación con el artículo 189.1 b) del Código Penal vigente al tiempo de los hechos

Al margen de la calificación de estos hechos como delito de abuso sexual, también constituyen un delito de producción y distribución de material pornográfico con utilización de menores de edad en su elaboración, concurriendo las circunstancias de que el menor tenía una edad inferior a 13 años y la autora de la producción era su madre, de conformidad con el artículo 189.1. b) y 3, apartados a) y f) del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos (texto aprobado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).

El citado precepto castiga con pena de uno a cinco años de prisión al que *"que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido"*, agravando la conducta con penas de cinco a nueve años de prisión *"cuando se utilicen a menores de 13 años"* y también *"cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz"*.

Todos y cada uno de los elementos típicos de este delito han sido convenientemente acreditados. Según hemos razonado en el fundamento jurídico precedente.

La prueba aportada al proceso y correctamente valorada por el tribunal de instancia acredita con suficiencia que el acusado poseía material pornográfico, que elaboró parte de él y que lo difundió a través de DIRECCION000.

En cuanto a la naturaleza pornográfica del material no ofrece duda alguna no sólo en relación con los menores cuya identidad se desconoce, sino también en relación con sus propios hijos. Ciertamente la distinción entre pornografía y erotismo es compleja y depende de múltiples factores de tipo cultural, pautas morales y comportamientos sexuales, pero la pornografía puede distinguirse a partir de dos criterios: El contenido exclusivamente libidinoso del producto tendente a la excitación sexual y la carencia de valor literario, artístico o educativo.

En la STS 803/2010, de 30 de septiembre de 2010, dijimos que siguiendo a las definiciones del Consejo de Europa, es pornografía infantil *" (...) cualquier material que utiliza a niños en un contexto sexual (...) "*. Y, siguiendo los criterios del Convenio de Budapest de 23/11/2001 y otros instrumentos internacionales se considera pornografía infantil *" (...) la representación visual de: a) Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita y c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita (...) "*.

En este caso y en relación con los menores no identificados el carácter pornográfico del material intervenido es indudable y basta ver las imágenes que se contienen en el informe policial obrante a los folios 394 y siguientes para establecer esa conclusión. En cuanto al material en que se utilizó a los hijos del acusado, no cabe duda que la difusión de imágenes de la hija menor semidesnuda con fines libidinosos y la difusión de imágenes del hijo menor con un pene rozando sus labios o realizando tocamientos a un adulto constituyen pornografía, por lo que la producción y difusión del material incautado es constitutivo del delito previsto y penado en los artículos 189.1. b) y 3, apartados a) y f) del Código Penal vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

Sin embargo, no puede apreciarse la existencia de dos delitos de producción y distribución de material pornográfico, uno el referido al menor víctima de abusos sexuales y, otro, el referido a los restantes menores.

La propia literalidad del precepto aplicado, que establece como elementos de agravación la gravedad del hecho en función del valor económico del material pornográfico, la utilización de la dicción *"niños o incapaces"* en



plural, o la pertenencia a una organización o asociación sugiere una conducta caracterizada por la reiteración. Y así, esta Sala viene declarando que este tipo penal se caracteriza por la reiteración de conductas, excluyendo la continuidad delictiva dado que, de apreciarse, se produciría una doble valoración punitiva de un mismo hecho (STS 829/2008 de 5 de diciembre).

Por lo tanto, y de conformidad con lo interesado por el Ministerio Público, procede estimar el recurso en este particular, apreciando la existencia de un único delito agravado de producción y distribución de pornografía infantil en concurso real con un delito de abusos sexuales.

El motivo se estima.

12 Penalidad: Indebida aplicación del artículo 67.1 CP

En el apartado octavo se denuncia que se ha aplicado indebidamente el artículo 67.1 CP, que excluye la aplicación de agravantes o atenuantes cuando la circunstancia determinante de las mismas se integre dentro del tipo penal correspondiente. Entiende que se ha procedido a aplicar una agravación incluida en el tipo.

Sin embargo, el motivo no determinar respecto de qué tipo penal puede apreciarse esa deficiencia ni qué agravación ha sido supuestamente aplicada doblemente.

Ante la falta de justificación del motivo no procede más que su desestimación.

13. Dilaciones indebidas

El recurrente utiliza tres motivos (9º, 10º y 13º) y tres vías casacionales diferentes para censurar la sentencia por la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Descartamos la denuncia de incongruencia omisiva del artículo 851.3º de la LECrim porque el recurrente no ha formulado el previo recurso de nulidad ante el tribunal sentenciador para corregir esa deficiencia antes de la interposición del recurso de casación dado que, conforme a un criterio jurisprudencial reiterado, ese presupuesto procesal es inexcusable para la estimación del motivo y descartamos también la denuncia de violación de un derecho fundamental ya que, aun siendo cierto que las dilaciones indebidas lesionan el derecho fundamental a un proceso justo, su falta de reconocimiento en sentencia es un problema de legalidad ordinaria ya que supone, en definitiva, la inaplicación de una norma de derecho sustantivo, la contenida en el artículo 21.6º CP que establece como atenuante "la dilación extraordinaria e indebida del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpaado y no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El artículo 24.2 CE reconoce como fundamental el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. El sometimiento a un proceso penal es de por sí un gravamen, una carga que no debe durar más de lo imprescindible, de ahí que su prolongación indebida comporte una suerte de pena natural y por tal razón, primero la doctrina de esta Sala, y luego el propio Código Penal, han establecido que la excesiva duración del proceso sea compensada con el reconocimiento de una atenuante. Y así, el artículo 21.6 CP prevé como causa de atenuación "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del proceso, siempre que no sea atribuible al propio inculpaado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa".

Esta previsión normativa es conforme con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable (por todas, SSTDH, caso Milovanovic c. Serbia, de 8 de octubre de 2019; caso Raspopovic y otros c. Montenegro, de 26 de marzo de 2020).

El concepto de "dilación extraordinaria e indebida" no se corresponde con el incumplimiento de los plazos procesales. Se precisa algo más. Se requiere de un retraso prolongado e injustificado que sea contrario a la normativa procesal, que no aparezca suficientemente justificado por la propia complejidad del proceso o por otras razones, y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan, y STS 126/2014, de 21 de febrero y, entre las más recientes, la 805/2021, de 20 de octubre).

Por tanto, la duración de un proceso podrá ser calificada como dilación indebida cuando carezca de toda justificación razonable ya sea por inacción, por paralizaciones procesales innecesarias, por una tramitación desordenada, por deficiencias estructurales de la administración de justicia o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación. En todo caso, venimos reiterando que quien invoca la atenuación tiene la carga de describir las concretas circunstancias por las que estima producida la dilación indebida y que no



basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se deben concretar los períodos y demoras producidas (STS 805/2021, de 20 de octubre).

En este caso y para justificar la procedencia de la atenuación en el recurso se destacan los siguientes datos: La causa se inició el 29/06/2015; se concluyó la fase de instrucción por auto de 20/06/2016; el 20/09/2016, se declaró la apertura de juicio oral y el 13/09/2018 se dictó el auto de admisión de pruebas: el juicio se celebró el 8, 9 de octubre y 6 de noviembre de 2019 y la sentencia se dictó el 25/07/2020.

Se denuncia la paralización del proceso desde el 20/09/2016 al 13/09/2018 pero en ese ínterin se sustanció una petición de nulidad de actuaciones, resuelta por auto de 23/11/2016; se denegó la suspensión del trámite de calificación de la defensa a su instancia y por enfermedad del abogado, recurriéndose dicha decisión, siendo resuelta por Decreto de 22/08/2017, presentándose el escrito de calificación de la defensa el 25/09/2017, acordando de inmediato la remisión de actuaciones a la Audiencia Provincial. La recepción de actuaciones se produjo el 17/07/2018, por lo que se advierte una paralización de 10 meses.

Con posterioridad se suceden actuaciones (personación, auto de admisión de pruebas) y el 09/10/2018 se señala el juicio para un año después, el 08/10/2019. La tardanza en la celebración del juicio no puede considerarse en sí como dilación indebida porque la fecha del señalamiento depende del número de asuntos pendientes y la disponibilidad temporal del tribunal. No consta que esa tardanza haya sido debida a circunstancias ajenas a esa disponibilidad temporal.

Celebrado el juicio, la sentencia se dicta con una tardanza de 8 meses.

A la vista de cuanto se ha expuesto la duración total del proceso fue de 5 años y sólo se han producido paralizaciones que no tengan una justificación razonable de 10 y 8 meses. En atención a los criterios temporales que venimos utilizando para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, un plazo de 5 años para el enjuiciamiento de una causa con un cierto grado de complejidad como ésta y en la que sólo se han producido dos paralizaciones no justificadas no muy relevantes no lesionan el derecho a un juicio en plazo razonable y no justifican el reconocimiento de la atenuante pretendida.

El motivo se desestima.

14. Atenuante de drogadicción

En el motivo décimo primero, por infracción de ley, se denuncia la inaplicación indebida del artículo 66.2º del Código Penal.

Se interesa la apreciación de la atenuante de drogadicción y en el desarrollo argumental del motivo se viene a decir que en relación a la imputabilidad del acusado hubo dos informes periciales contradictorios. Sin embargo, entiende la defensa que la adicción invocada por el acusado y reconocida en uno de los informes está acreditada objetivamente y es un dato en el que convergen los dos informes porque consta y se ha acreditado que el acusado recibe tratamiento de deshabituación en el CAS de BANYNS NOUS de Barcelona y porque el informe pericial aportado por la defensa acredita que las rojeces que presenta en la membrana nasal se derivan del consumo de sustancias estupefacientes.

Se alega, en fin, que el consumo prolongado de cocaína y alucinógenos de larga trayectoria es compatible o sugestivo de una afectación de sus capacidades cognitivas y volitivas.

El motivo es improsperable. Siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, "(...) el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado (...)".

En este caso el relato fáctico no afirma que el acusado tuviera limitadas sus facultades intelectivas o volitivas por el consumo prolongado de drogas por lo que no cabe apreciar la atenuante de drogadicción regulada en los artículos 21.1 y 20 del Código Penal.

Se ha planteado por una vía procesal inadecuada una queja sobre la valoración de la prueba y es lo cierto que tampoco por este cauce el motivo puede ser admitido. En nuestro sistema rige el principio de libre y



conjunta valoración de la prueba y en la sentencia así se ha procedido, considerando que la pericial de parte y la documental no acreditan que el acusado fuera un consumidor habitual de drogas y que, como consecuencia de ese consumo, tuviera de algún modo limitadas sus facultades mentales.

El informe pericial del médico forense, que ha merecido crédito por su objetividad y por la competencia profesional de su autor, excluye la existencia de trastorno mental alguno y afirma sus dudas sobre la existencia de un consumo prolongado de drogas. No hay documentación médica que acredite que el recurrente haya sido objeto de ingresos hospitalarios o tratamientos por esa causa con anterioridad a los hechos y el simple dato de que actualmente esté en tratamiento de deshabituación no acredita un consumo prolongado ni, mucho menos, que éste sea grave y tenga algún tipo de influencia en las capacidades intelectivas y volitivas

Hemos declarado que el mero consumo o la mera adicción al consumo de drogas no implican por sí atenuación alguna. Para ello sería necesario que la adicción pudiera considerarse grave y se acreditara algún efecto causal en relación con el delito cometido o bien que quedara probada la existencia de alguna perturbación mental relevante a consecuencia de la adicción (SSTS 877/2005, de 4 de julio; 1101/2005, de 30 de septiembre; 1321/2005, de 9 de noviembre; 912/2006, de 29 de septiembre; 1071/2006, de 8 de noviembre; 444/2008, de 2 de julio). Y también hemos precisado que no basta con ser drogadicto, cuando no alcanza una gravedad que le compele a la conducta delictiva, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia de la ingestión de la droga en sus facultades intelectivas y volitivas del sujeto y esa afectación de la capacidad de culpabilidad del acusado ha de constar suficientemente probada (SSTS 1167/2004, de 22 de octubre; 842/2005, de 28 de junio; 223/2007, de 20 de marzo; 524/2008, de 23 de julio y 16/2009, de 27 de enero).

El motivo se desestima.

15. Atenuante de reparación del daño

En el motivo décimo segundo se interesa la aplicación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada porque el acusado ha satisfecho la totalidad de la cantidad reclamada en concepto de responsabilidad civil y el esfuerzo reparador realizado debe ser considerado en su justa medida si se atiende a que ha permanecido preso durante 8 meses, ha perdido su trabajo, ha respetado escrupulosamente las medidas que le han sido impuestas y no ha dejado de satisfacer la pensión de alimentos de sus hijos en ningún momento. Para la resolución de la queja conviene citar la doctrina constante de este Tribunal de la que es exponente la reciente STS 179/2018, de 12 de abril, en la que se afirma que "[...] La jurisprudencia de esta Sala ha asociado el fundamento material de la atenuante de reparación a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo , 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre; 2/2007, 16 de enero ; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP , pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio ; 2/2007, 16 de enero ; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero , entre otras) [...].

La cuestión que aquí se plantea es si el pago de la totalidad de la responsabilidad civil obliga a la apreciación de la atenuante como muy cualificada.

Esta Sala en su STS 428/2011, de 12 de mayo, con cita de otra anterior (STS 2/2008, de 16 de enero), que "(...) el simple pago no es suficiente para que se aprecie la atenuante de reparación como muy cualificada, aunque se consigne la totalidad de las responsabilidades civiles. Esta conducta post delictiva encaja perfectamente en la figura de la atenuante ordinaria y, desde luego, no presenta carácter de excepcionalidad que refleje una superior intensidad que avale su apreciación como atenuante muy cualificada, máxime cuando no consta que el acusado haya tenido que realizar un gran esfuerzo o sacrificio para efectuar la reparación y sin que pueda



olvidarse que los delitos cometidos por el ahora recurrente atentan y agreden valores esenciales de la persona como su libertad e integridad física (...).

Dos son, por tanto, los criterios a tener en cuenta a la hora de ponderar la graduación de la atenuante, de un lado, el esfuerzo realizado para reparar el daño y, de otro, la gravedad, entidad del delito cometido y los bienes jurídicos lesionados.

Sería de todo punto desproporcionado una reducción muy elevada de la sanción penal simplemente porque se haya resarcido civilmente a la víctima, cuando el delito cometido es de extraordinaria gravedad. En la STS 654/2016, de 15 de julio tiene dicho esta Sala que "[...] si la reparación total se considerara sistemáticamente como atenuante muy cualificada, se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general definida por el legislador que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12), exigiéndose por ello que concurra un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29-1 ; y 868/2009, de 20-7) [...]".

En este caso, por más que se haya pagado la totalidad de la responsabilidad civil reclamada, difícilmente se podrá compensar el daño que se causa a quienes son víctima de abusos sexuales durante su minoría de edad y en su proceso de formación personal y se han visto sometidos a este proceso y a sus consecuencias familiares, de modo que resulta difícil medir la entidad de la atenuante de reparación a partir de la cuantía de la suma aportada. Además, para apreciar la atenuante como muy cualificada entendemos que es necesario que se acredite que el responsable ha asumido un importante nivel de renuncia para realizar la aportación económica y tal situación no consta.

En consecuencia, en este caso, dada la entidad de la reparación (exclusivamente económica) y la falta de acreditación de un especial esfuerzo reparador, así como la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados por la conducta delictiva, no hay razón alguna para revocar el criterio del tribunal de instancia, que ha apreciado la atenuante como ordinaria.

El motivo se desestima.

16. Individualización de la pena

Por último y como cierre del recurso en el motivo décimo noveno se censura la sentencia por la gravedad de las penas impuestas, si bien no justifica convenientemente las razones de su reproche, dado que se limita a una afirmación general.

Planteada la cuestión en esos términos el motivo resulta improsperable.

17. Determinación de la pena por este Tribunal

Dado que hemos estimado uno de los motivos de casación, modificando la calificación jurídico-penal establecida por el Tribunal de instancia, procede individualizar la pena conforme a la calificación que entendemos procedente.

Las penas que procede imponer son:

Por el delito de abusos sexuales sobre menor de edad (8 años), agravado por ser el autor padre de la víctima, conforme a lo previsto en los artículos 183.1 y 183.4 d), según redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y concurriendo una atenuante, estando el menor dormido y dada la entidad del abuso, procede imponer algo por encima del límite mínimo, por lo que se fija la sanción en cinco años de prisión y accesorias, conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

Por el delito de producción y distribución de pornografía infantil, también agravado por ser la víctima menor de 13/16 años y por ser el autor padre de dos de los menores, según lo tipificado en el artículo 189.3 a) y f), en relación con el artículo 189.1 b) del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, procede imponer la pena mínima de 5 años de prisión y accesorias, al concurrir una circunstancia atenuante.

18. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

FALLO

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



1º.ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Rodolfo contra la sentencia número 146/20, de 25 de julio de 2020, dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, por delitos de abuso sexual y producción y distribución de pornografía infantil, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. DECLARAR de oficio las costas procesales causadas por este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 4706/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 7 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 4706/2020, interpuesto contra la sentencia número 146/20, de 25/07/2020, dictada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que se ha condenado a Rodolfo, con DNI NUM000, hijo Pedro Miguel y Leticia, domiciliado en DIRECCION005, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa. La citada sentencia ha sido recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, la calificación jurídica que corresponde al juicio histórico es la de un delito de abusos sexuales sobre menor de edad, agravado por ser el autor padre de la víctima, conforme a lo previsto en los artículos 183.1 y 183.4 d) en concurso real con otro delito de producción y distribución de pornografía infantil, también agravado por ser la víctima menor de 13/16 años y por ser el autor padre de dos de los menores, según lo tipificado en el artículo 189.3 a) y f), en relación con el artículo 189.1 b) del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.



A diferencia de lo establecido en la sentencia de primera instancia, no hay dos delitos de producción y distribución de pornografía infantil sino un solo delito en concurso con otro de abuso sexual, concurriendo la atenuante ordinaria de reparación del daño, por lo que la condena debe ajustarse a esa calificación.

Según hemos razonado en la sentencia de casación, las penas que procede imponer en congruencia con lo interesado por el Ministerio Público son:

Por el delito de abusos sexuales sobre menor de edad (8 años), agravado por ser el autor padre de la víctima, conforme a lo previsto en los artículos 183.1 y 183.4 d), según redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de producción y distribución de pornografía infantil, también agravado por ser la víctima menor de 13/16 años y por ser el autor padre de dos de los menores, según lo tipificado en el artículo 189.3 a) y f), en relación con el artículo 189.1 b) del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, procede imponer la pena mínima de 5 años de prisión con igual accesoria que en la pena anterior.

FALLO

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

1. Condenamos a Rodolfo , como autor responsable de un delito abusos sexuales sobre menor de ocho años de edad, agravado por ser el autor padre de la víctima, en concurso real con otro delito de producción y distribución de pornografía infantil, agravado por afectar a menores de 13 años y ser el autor padre de dos de los menores, concurriendo la atenuante ordinaria de reparación del daño, a las siguientes penas: Por el delito de abuso sexual a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y por el delito de producción y distribución de pornografía a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN.
2. Se le condena igualmente a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de cumplimiento de las penas antes referidas.
3. Se mantienen la pena accesoria de libertad vigilada, la prohibición de aproximación a las víctimas y la condena en costas, establecidas en la sentencia impugnada.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián