



Roj: **STS 8/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:8**

Id Cendoj: **28079120012021100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2021**

Nº de Recurso: **795/2019**

Nº de Resolución: **20/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 20/2021**

Fecha de sentencia: 18/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 795/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: IGA

Nota: ATENCION: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS)

Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION núm.: 795/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 20/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 18 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación legal del acusado **Faustino** contra la Sentencia nº 8/2019 de fecha 18 de enero de 2019, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó en apelación (Rollo de apelación núm. 182/2018) el recurso formulado dicho acusado y estimó parcialmente la apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, de fecha 21 de septiembre de 2018, sucesivamente aclarada por autos de 1 y 4 de octubre de 2018, dictada en el Rollo penal ordinario 44/2017 seguido contra el mencionado recurrente por delito de abuso sexual con víctima menor.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal y el recurrente, **Faustino**, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Belén Gargallo Sesenta y defendido por la Letrada D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup>. José Bodi Vaquer.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera, el 21 de septiembre de 2019, se dictó sentencia nº 258/2018 condenatoria para **Faustino** como responsable de seis delitos continuados de abuso sexual a menores de edad, elaboración de pornografía infantil y posesión de material pornográfico, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" I. Faustino , mayor de edad y carente antecedentes penales, en su condición de empleado de la empresa DIRECCION001 , sita en DIRECCION000 , propiedad de los padres de las menores María , nacida NUM000 /2002, Natalia , nacida el NUM001 /2003 e Palmira , nacida el NUM002 /2004, habiéndose ganado su confianza con regalos y atenciones, y claro ánimo libidinoso, entre los años 2007 y 2013 , hizo objeto a las referidas menores de trece años de edad, en las dependencias de la mercantil, de actos de contenido sexual, así, con ocasión de miccionar les mostraba el pene en el cuarto de aseo de la tercera planta del establecimiento, en la que no había trabajadores, y, a veces, hacía que las menores se lo tocaran, al tiempo que profería expresiones como "se pone dura", "esto es una capucha sube y baja pero no toques mucho que se pone dura", y en otra ocasión les pidió que se bajaran los pantalones y braguitas, les hacía comentarios sobre su vagina y otros de tenor sexual, llegando a tomar unas fotografías de María y Natalia desnudas.

II. Aprovechando las mismas circunstancias de confianza acabadas de exponer, entre los días 19 a 24 junio 2009, y el día 6 de julio del mismo año, el acusado, colocó en el aseo de la mercantil mencionada un teléfono móvil a fin de grabar los hechos que iban a tener lugar, y con ánimo de satisfacción sexual, condujo al servicio al menor Fulgencio , de doce años de edad, en cuanto nacido el NUM003 /1996, al que desnudó con el pretexto de tomarle medidas, le tocó en repetidas ocasiones su zona genital y anal, y el pene, mientras le hablaba de "empalmar", y le aplicó una sustancia viscosa en el pene, masturbándole a continuación.

Hechos similares ocurrieron en repetidas ocasiones, durante al menos dos años o más, entre los años 2007 y 2013, sin que consten más grabaciones.

III. Con respecto al menor Horacio , nacido el NUM004 /1998, cuando contaba con 10 años de edad, y tras colocar el acusado previamente el teléfono móvil en el referido aseo, los días 28 de mayo, 23, 25 y 30 de junio, y 8 de julio de 2009, grabó al menor cuando se tocaban los genitales y se masturbaban recíprocamente, poniéndose gel en su pene, testículos y zona anal. En concreto, con fecha 23 de junio de 2009, tras aplicar en el ano del menor con alguna sustancia, y limpiarlo con papel higiénico, Faustino le introdujo su dedo por el ano, gritando y apartándole el menor.

Con fecha 25 de junio de 2009, le abrazó por la espalda situando su pene entre las piernas de Horacio , más abajo del ano, y realizó un movimiento ascendente del pene, regresando a su posición anterior al decirle el menor "no me la metas", continuando con los tocamientos.



El 8 de julio de 2009 Faustino colocó al menor entre sus piernas, rozándolo con su cuerpo y con su pene erecto contra las nalgas del menor, retirándose después.

En otras ocasiones se repitieron tocamientos y acciones análogas a las relatadas en primer lugar, entre los años 2007 y 2013, año en el que cesó su actividad laboral en DIRECCION001 , pero se desconocen las concretas fechas en que tuvieron lugar.

III. Asimismo, el menor Patricio , nacido el NUM005 /2000, a la edad de ocho años de edad, por razón de amistad, acudía a bañarse en una piscina de plástico situada en la azotea de la casa familiar del acusado, de la misma localidad de DIRECCION000 , y, aprovechando la relación de confianza, con el mismo ánimo de satisfacción sexual, en una ocasión le hizo ponerse desnudo en una camilla y le dio un masaje por todo el cuerpo, incluyendo nalgas e ingles, tocándole los genitales, y , el día 27 de junio de 2009 ,grabó al menor cuando se bañaba en la piscina, cuando le secaba con una toalla, primero con bañador y después desnudo, pasando la toalla entre las piernas y nalgas, y también desnudo sobre la toalla mostrando los genitales.

IV. El acusado, con igual propósito de satisfacer su deseo sexual, almacenaba en su domicilio de DIRECCION000 en un ordenador de su propiedad y en diversos soportes informáticos archivos de vídeos de los menores referidos con anterioridad, que él mismo había grabado, y numerosas imágenes y grabaciones de otros menores desnudos, en actitudes sexualmente explícitas.

Faustino padece trastorno de adaptación, con sintomatología mixta ansioso depresiva, en respuesta a factores de estrés identificables y tipo exclusivo con atracción por el sexo masculino, teniendo parcialmente alterada su capacidad volitiva.

Los hechos fueron denunciados por los legales representantes de los menores, Florencia , Herminia y Luz .

Todos ellos, y también Fulgencio , que ya ha alcanzado la mayoría de edad, reclaman".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente fallo: " I. Que, debemos condenar y **condenamos a** Faustino , como autor responsable de:

**1º- Tres delitos continuados de abuso sexual a menor de trece años**, ya definidos, con la circunstancia atenuante analógica de colaboración en todos ellos, a la pena de **cuatro años de prisión** , por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximación, a menos de 300 metros, a María , Natalia e Palmira , en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas, y de comunicar con las mismas por cualquier medio durante un plazo de CUATRO AÑOS, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

**2º- Un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años**, ya definido, con la circunstancia atenuante analógica de colaboración, a la pena de **dos años y medio de prisión** , inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximación a Fulgencio , a menos de 300 metros, en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por él, y de comunicar con el mismo por cualquier medio durante un plazo de CUATRO AÑOS, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad .

**3º- Un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años con introducción de miembros corporales por vía anal**, ya definido, con la circunstancia atenuante analógica de colaboración, a la pena de **siete años de prisión** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a Horacio , a menos de 300 metros, en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por él, y de comunicar con el mismo por cualquier medio durante un plazo de DIEZ AÑOS, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

**4º- Un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años**, ya definido, con la circunstancia atenuante analógica de colaboración, a la pena de **un año, seis meses y un día de prisión**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximación a Patricio , a menos de 300 metros, en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por él, y de comunicar con el mismo por cualquier medio durante un plazo de CUATRO AÑOS, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

**5º- Un delito de elaboración de pornografía infantil**, ya definido, con la circunstancia atenuante analógica de colaboración, a la pena de cuatro años de e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo al amparo del art. 57 procede acordar la prohibición de que el acusado se acerque a Fulgencio , Horacio , Patricio a menos de 300 metros, en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, y de comunicar



con los mismos por cualquier medio durante un plazo de CUATRO AÑOS, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

**6º- Un delito de posesión de material pornográfico**, ya definido, con la circunstancia atenuante analógica de colaboración, a la pena de tres meses de prisión, accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena.

**II.** Absolvemos libremente a Faustino del delito de exhibicionismo del que venía acusado con declaración de oficio de una séptima parte de las costas del juicio

**III.** En concepto de **responsabilidad civil** derivada de los delitos, condenamos a Faustino a indemnizar en 6.000 euros a Patricio , en 12.000 euros a cada una de las menores María , Natalia e Palmira en 15.000 euros a Fulgencio , y en 20.000 euros a Horacio . Estas cantidades devengarán los intereses legales del art. 576 de la LEC, y se entregarán a los legales representantes de los referidos menores.

**IV.** En orden a la protección de la intimidad de las víctimas y sus familiares queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas, o de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

El límite efectivo de cumplimiento de las condenas impuestas es el de 20 años de prisión.

Se acuerda el *comiso definitivo* de los efectos intervenidos que seguirán su legal destino.

Se aprueba el auto de solvencia dictado por el Instructor.

Se imponen al acusado seis séptimas partes de las **costas** del juicio, declarándose de oficio las restantes.

Abónese al acusado el tiempo de privación de libertad sufrido en esta causa.

Notifíquese de conformidad con lo previsto en el art.15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre a las víctimas de los delitos, o a sus legales representantes si fuesen menores".

Por auto de fecha 4 de octubre de 2018 se subsana la omisión involuntaria a la pena de prisión impuesta en el apartado 5º del fallo de la sentencia de la audiencia.

**TERCERO.-** Con fecha 18 de enero de 2019, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, Sección de apelación, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Ilmos Sres Magistrados que al margen se indican, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia Nº 258/2018, de fecha 21 de septiembre, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, en su rollo de Sala 44/2017, dimanante del sumario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de DIRECCION002 con el número 93/2016, por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, sucesivamente aclarada por autos de 1 de octubre y 4 de octubre de 2018.

Han intervenido en el recurso, en calidad de apelantes, D Faustino , representado por la Procuradora de los Tribunales Da BELEN GARGALLO SESENTA dirigido por la Letrada Mal JOSE BODI VAQUER y el MINISTERIO FISCAL representado por la Iltra Sra. Dª CARMEN ANDREU ARNALTE".

La Sala Civil y Penal del TSJ de Valencia, en su sentencia de 18 de enero de 2019 contiene el siguiente fallo:

"PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D Faustino , representado por la Procuradora de los Tribunales Da BELEN GARGALLO SESENTA y dirigido por la Letrada Mª JOSE BODI VAQUER.

SEGUNDO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL frente a la Sentencia nº 258/2018, de fecha 21 de septiembre, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, en su rollo de Sala 44/2017, dimanante del sumario seguido ante el Juzgado de 1º Instancia e Instrucción Nº 3 de DIRECCION002 con el número 93/2016, sucesivamente aclarada por autos de 1 de octubre y 4 de octubre de 2018, y manteniendo el resto del pronunciamientos del mismo - REVOCARLA PARCIALMENTE en el unto 15º de su rollo que se deja sin efecto, de forma tal que Faustino es condenado como autor responsable de tres delitos de elaboración de pornografía infantil previstos y penados en los Arts 189.1 a) y 3 a) del Cuerpo Punitivo, concurriendo la atenuante analógica de colaboración con la justicia, a la pena, por cada uno de ellos, de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con prohibición de que se acerque a Fulgencio , Horacio , Patricio a menos de 300 metros, en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, y de comunicar con los mismos por cualquier medio durante un plazo de CINCO ANOS ( art 57 CP).



TERCERO Se impone, de existir, el pago de la mitad de las costas procesales correspondientes a esta alzada a la parte apelante cuyas pretensiones han resultado plenamente desestimadas".

**CUARTO.**- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de Faustino, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.**- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formaliza su recurso alegando los siguientes **motivos de casación**.

1) Por infracción de ley al amparo del número primero del art. 849 LECrim, por inaplicación del art. 21.4 y 7 del CP.

2) Por quebrantamiento de forma al amparo del número 1 del art. 851 LECrim.

**SEXTO.**- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso y, subsidiariamente, la desestimación de los motivos del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe presentado con fecha 13 de junio de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.**- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de enero de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Cuando del recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia se trata, viene recordando este Tribunal que, tras la reforma operada por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.

Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de esta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia, pero lo que no es correcto es reproducir en casación lo ya desestimado en la apelación, por cuanto que esos mismos argumentos ya ha habrán sido objeto de estudio con ocasión del primer recurso, y obtenido respuesta en él, lo que no quita para que no se deba ignorar la primera sentencia.

Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos una reciente, como la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnado en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación ( art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en esa primera fiscalización realizada en la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo".



Ahora bien, tampoco esta tesis es incontrovertible, porque, como decíamos en nuestra STS 308/2017, de 28 de abril de 2017: "En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación. Pero sí es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación si tiene cabida en uno de los motivos tasados de casación ( arts. 849 a 852 LECrim) en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior de Justicia perpetua el defecto".

Por lo demás, en lo que concierne al control casacional cuando se cuestiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida esa doble instancia, el juicio de revisión de este Tribunal se ha de centrar en el examen de racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación, relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba.

**SEGUNDO.-** El presente recurso de casación, aunque formalmente se presenta en dos motivos, sin embargo se estructura y desarrolla de una manera un tanto asistemática, pues en cada uno de ellos intercala cuestiones jurídicas u fácticas, en cantidad de ocasiones reiterando alegaciones que ya expuso con ocasión del previo recurso de apelación, a las que iremos dando respuesta en los términos que son propios de esta casación, y en aras del respeto a la voluntad impugnativa que late en todo el recurso, aunque sea a costa de desbordar los motivos de casación con la precisión que marca la LECrim; y, en este sentido, consideramos que la mejor guía a seguir es la que encontramos en el suplico del escrito, que se desdobra en cinco pretensiones, que son, a fin de cuentas, las que determinan el objeto del recurso.

**1.-** Como primera pretensión, interesa la representación procesal del condenado que se le absuelva de los tres delitos continuados de abuso sexual sobre las menores María , Natalia e Palmira , por no completarse el tipo penal; subsidiariamente que se absuelva del delito de abuso sexual sobre la menor Palmira y se retire el carácter de continuidad delictiva en la comisión del delito.

Se dedica, básicamente, a esta pretensión el segundo motivo del recurso, intitulado por "quebrantamiento de forma al amparo del número 1 del artículo 851 LECrim., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia". Sin embargo, en su desarrollo, no discurre por dicho motivo, sino que se centra en cuestionar las declaraciones prestadas por las menores, y muestra de ello es que, en lo que parece ser un resumen de lo que sería el discurso relativo a las mismas, acaba de la siguiente manera:

"Por lo manifestado, debe absolverse a mi representado de los tres delitos de abuso sexual continuado, por no adecuarse la conducta al tipo penal del art. 183 CP, o en el caso de que este Tribunal aprecie la comisión del delito, no puede apreciarse la continuidad del delito respecto de las menores, por las contradicciones manifestadas en sus declaraciones, al menos respecto de la menor Palmira , pues ésta únicamente manifiesta que vio o tocó el pene de mi representado en una ocasión".

Por lo tanto, al ser esto así, en realidad, está acudiendo a otra vía impugnativa distinta a la que enuncia; en particular, a la vía del error de hecho, para la que está contemplado el motivo de casación 2º del art. 849 LECrim., al que, por su carácter restrictivo, no podemos acudir, en la medida que ese error en la apreciación de la prueba ha de estar "basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", cuando ni siquiera se menciona qué documento.

Resulta, por lo tanto, que, con la línea argumental de este motivo del recurso, el recurrente está cuestionando la valoración realizada de la prueba practicada por el tribunal ante cuya presencia se practicó, volviendo a solicitar a este Tribunal de Casación algo que ya había solicitado con ocasión del recurso de apelación, y a lo que se da debida y adecuada respuesta en el fundamento de derecho segundo de la STSJCV, donde se verifica la corrección de esa valoración realizada por el tribunal que la presenció, con lo cual ha incurrido en el defecto de pretender convertir esta casación en una nueva apelación.

Consecuencia de lo que antecede, es la inviabilidad de hacer corrección alguna en los hechos que declara probados la sentencia de la Audiencia Provincial, y puesto que tampoco se dedica argumentación alguna para rebatir las consideraciones jurídicas que se exponen en la sentencia de apelación, hemos de asumir las que en ella se hacen para ratificar la corrección hecha por la sentencia de instancia, al calificar como continuados los tres delitos de abusos sexuales continuados cometidos sobre las tres menores de 13 años.

En todo caso, reiterar que la sentencia de instancia va analizando sus declaraciones, explicando el Tribunal la garantía de verosimilitud, la persistencia en la incriminación y la ausencia de móviles espurios que él mismo pudo apreciar en sus testimonios, así como los elementos que las vinieron a corroborar, ante lo cual, en el juicio de revisión que nos corresponde hacer, consideramos que responden a una valoración razonada y razonable, que por lo tanto ha de ser mantenida.

Solo una cuestión más, pese a que ya ha obtenido respuesta tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación, como es la relativa a la falta de concurrencia del elemento subjetivo del delito, pues en el



recurso se vuelve a insistir, en este caso, "que sería el obtener una satisfacción sexual en el tocamiento", que se niega en el recurso que se diera, puesto que, aun cuando pudiéramos asumir tal aseveración (lo que no es posible desde el momento que en los hechos probados se habla del "claro ánimo libidinoso" del acusado), es absolutamente irrelevante de cara a definir el delito por el que se condena, porque el recurrente confunde el móvil de la acción con el dolo del autor, que este no cabe negar en modo alguno, habida cuenta que el acusado, consciente de la indebida conducta sexual que desplegaba, quiso llevarla a cabo sobre las tres menores, con lo cual, esto es, de manera consciente y voluntaria, por lo tanto dolosamente, cubrió los elementos precisos para definir el delito, con independencia de los motivos que le llevaran o dejaran de llevar a ello.

En definitiva, la pretensión contenida en el recurso relativa a que se absuelva al condenado de los tres delitos de abuso sexual sobre las tres menores, y subsidiariamente del delito de abuso sexual a una de ellas y se retire la continuidad delictiva, ha de ser rechazada.

**2.-** Como segunda pretensión, se solicita que se absuelva del delito de abuso sexual sobre el menor Patricio, por no haberse completado el tipo penal, así como considerar que los hechos no constituyen delito continuado, y, subsidiariamente, en el caso de que se le condene por este delito, le sea impuesta la pena de multa en lugar de la de prisión.

Como en el caso anterior, se dedica, básicamente, a esta pretensión el segundo motivo del recurso, intitulado por "quebrantamiento de forma al amparo del número 1 del artículo 851 LECrim., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia". Sin embargo, en su desarrollo no discurre por dicho motivo, sino que se centra en cuestionar las declaraciones prestadas por el menor, por lo que, por iguales razones que el anterior, ha de ser rechazado.

**3.-** Como tercera pretensión, pide que por el delito de pornografía infantil se aplique la eximente de colaboración: habremos de entender por los tres delitos de elaboración de pornografía infantil, pues por tres vino condenado por el TSJCV, al estimar el recurso de apelación interpuesto por el M.F. frente a la sentencia de primera instancia, modificación que estimamos correcta y es particular, este, que no se cuestiona en el recurso de casación.

Como cuarta, pide que se aplique la misma eximente al delito de posesión de material pornográfico.

Asimismo, solicita que se aprecie la atenuante de confesión en los delitos que ha confesado desde el inicio del procedimiento.

Se abordará el análisis de estas tres pretensiones en un mismo apartado, por cuanto que, aunque con distinta denominación, con todas ellas se está interesando lo mismo sobre la base de un mismo presupuesto, pues no otra cosa supone la confesión, en principio, que un acto de colaboración con la justicia, mediante la aportación de hechos relevantes para la investigación, por lo que pretender que prospere tal doble aplicación, podría suponer la vulneración el principio *non bis in idem*, y esto no debe ser tolerado.

En este sentido, en la STS 167/2003 (Rec 59/2003), de 13 de febrero de 2003, se habla de "la confesión, como premio a la facilitación de la investigación criminal"; y más adelante continúa diciendo: "no hay lugar a una atenuante analógica de confesión, por faltar el requisito de temporalidad establecido en la norma, pero no existe inconveniente, sin embargo, para conceder una atenuante analógica cuando la colaboración ha existido. Colaborar, pues, tiene análoga significación que confesar, porque en uno y en otro caso, se facilita el esclarecimiento de los hechos delictivos, que es su "ratio atenuatoria". En otras palabras: la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma "ratio" (STS 28-6-1999). En las atenuantes "ex post facto" el fundamento de la atenuación se encuentra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la Justicia (en el concreto supuesto del art. 21.4º del Código Penal). Consecuentemente, no existe ningún problema para admitir la atenuante que se postula siempre y cuando concurran en los hechos los presupuestos que lo permiten, basados, como se dijo, en fundamentos de política criminal siempre que el actuar posterior al hecho realizado por el culpable de un hecho delictivo sea revelador de un comportamiento activo que suponga un reconocimiento de la vigencia de la norma infringida y permita la realización de la justicia".

Pues bien, en la sentencia de instancia se explica que, para aplicar la atenuante de confesión es preciso que esta tenga lugar antes de que el culpable conozca que el procedimiento se dirige en su contra, como resulta de la literalidad del propio art. 21.4ª CP, circunstancia temporal que no se da en el caso, ni cabe desprenderse que así fuera, a tenor de lo que refleja en relato fáctico de la sentencia de instancia, donde se dice que "los hechos fueron denunciados por los legales representantes de los menores" y lo corrobora el punto 1 del escrito de recurso, en que se indica que "se inició el procedimiento por denuncia, por presunto delito de abuso sexual, pornografía infantil, y exhibicionismo, contra D. Faustino, siendo instruido por el Juzgado de Instrucción nº 3



de DIRECCION002, turnado como procedimiento Sumario nº 93/2016". No se inició, por lo tanto, a instancia del propio acusado, de quien se dice en el fundamento de derecho cuarto de la primera sentencia que "en el caso actual la colaboración del acusado ha consistido en reconocer que en su domicilio tenía material pornográfico y en permitir a las fuerzas del orden la práctica de la diligencia de entrada y registro, con la consiguiente intervención del material fotográfico y videográfico mencionado".

Y tiene en cuenta, también, como otro dato que impide apreciar la circunstancia de confesión, que esta no ampara el reconocimiento parcial de los hechos, como así hizo el acusado en fase de enjuiciamiento, lo que, de alguna manera, viene a coincidir con lo que se alega en el primero de los motivos del propio recurso de casación, donde se dice que el inculpado, al margen del material pornográfico que admitió tener en su posesión, reconoció los abusos sexuales sobre dos de los menores, cuando se le condena por este tipo de abusos perpetrados sobre seis, respecto de los que se mantiene que no colabora porque no reconoce haberlos cometido.

No obstante descartar la aplicación de la circunstancia de confesión, incluso como atenuante, sin embargo deriva los favorables efectos de la conducta del acusado a la atenuante de colaboración, precisamente, porque ambas circunstancias pueden tener como base igual conducta y fundamento colaborador por parte del inculpado, y lo hace con acierto, que compartimos, porque la ausencia de alguno de los requisitos para su apreciación no es incompatible con que sea tenida en cuenta como una atenuante analógica, como así lo considera la referida STS 167/2003, en la parte del pasaje transcrito, en que dice que no existe problema para admitirla como atenuante si concurren iguales presupuestos, basados en fundamentos de política criminal, que informan la exigente.

Pues bien, aunque somos conocedores de que no toda colaboración es equiparable a una confesión, lo que permitiría una aplicación conjunta de ambas circunstancias, como se razonaba en nuestra Sentencia 667/2018, de 19 de diciembre de 2018; sin embargo, para que así fuere, será preciso que la colaboración aporte un plus a lo que es la simple confesión, que, en el caso, puede considerarse que se da, como hace la sentencia de instancia, mediante ese reconocimiento por parte del acusado de estar en posesión de material pornográfico y permitir a las fuerzas del orden la práctica de la diligencia de entrada y registro con la consiguiente intervención de material; ahora bien, en el caso que nos ocupa no cabe esa aplicación conjunta, porque, si bien hay base para apreciar la atenuante de colaboración, ya hemos explicado las razones por las cuales es inviable apreciar la de confesión, ni siquiera como atenuante, por absoluta falta de presupuestos para ello.

En consecuencia, aplica para todos los delitos la referida circunstancia de atenuación, como resulta de las penas que se acaban imponiendo, lo que nos lleva a la desestimación de los motivos de recuso que hemos analizado en este bloque, porque, por un lado, no cabe apreciar la circunstancia respecto de los delitos para los que se solicita (elaboración de pornografía infantil y posesión de material pornográfico), mientras que, por otro, ya le viene apreciada desde la instancia, si no la atenuante de confesión, si la de colaboración para todos los delitos por los que ha sido condenado.

**4.-** Solicita, también, el recurrente que se aprecie a su patrocinado la exigente incompleta de atenuante analógica de alteración mental, por constar afectada su capacidad volitiva en todos los delitos, invocando para ello el motivo de casación por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., esto es, por el conocido como *error iuris*, que, en consecuencia, obliga, necesariamente, a pasar por el respeto a los hechos probados, siendo el argumento en torno al que gira su pretensión, que destaca en negrita, el siguiente:

"La Sentencia no aprecia en la actuación de mi representado una grave dificultad en refrenar sus impulsos sexuales, en contra de la prueba pericial practicada en el Plenario por la forense, pues ha quedado probado después de la práctica de la prueba pericial forense que tiene afectada su capacidad volitiva de forma moderada a grave".

**4.1.-** Existe una abundante jurisprudencia sobre la trascendencia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad, con especial atención en la pedofilia, de la que acudimos a la STS 478/2019, de 14 de octubre de 2019, en la que, con cita de numerosos antecedentes, realiza un análisis sobre esta cuestión, que pivota sobre dos presupuestos fundamentales; por un lado, que no todo trastorno de este tipo, manifestado a través de desviaciones sexuales, debe llevar aparejado, sistemáticamente, una exención y/o atenuación de la responsabilidad penal, y, por otro, consecuencia de lo anterior, que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar su incidencia.

En dicha Sentencia decíamos que "no puede desconocerse que *no basta con la existencia del trastorno* sino que para poder apreciarse una causa de negación o de limitación de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), es necesario que al desorden psíquico se sume un determinado efecto, consistente en la privación de las



capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos y de determinarse consecuentemente, o su privación relevante".

Más adelante añadíamos: "El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas ( S.T.S. de 9/10/99, nº 1400).

Ya la Jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, "ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo" ( S.T.S. 51/93 de 20.1, 251/2004 de 26.2)"

Y concluíamos, en lo relativo a este tipo de trastornos: "Y ante todo ello, habrá que recurrir a las periciales, como aquí ha hecho el Tribunal, para valorar y ponderar la concurrencia de una conjunción de ese trastorno de contenido sexual, para valorar si afecta de modo profundo o leve a la conciencia y voluntad del sujeto. Porque es obvio, sin más, que este trastorno, evidentemente, se tiene cuando se llevan a cabo este tipo de conductas, porque su anormalidad es lo que lleva a decir que es un trastorno sin más. Pero la anormalidad del acto no puede llevar consigo sin más una disminución de la pena".

Es, por otra parte, doctrina de esta Sala, que, en orden a la valoración de las alteraciones mentales como eximente, semieximente o atenuante analógica cualificada, atenuante simple o irrelevante a efectos penales, que se ha de atender a una graduación de su intensidad, distinguiéndose entre una alteración plena, grave, menos grave y leve de las facultades intelectivas y volitivas en el momento de los hechos, distinción que es fundamental a tener en cuenta, porque, como nos dice la STS 467/2015, de 20 de julio de 2015, "de tal modo que la intensidad de la alteración habrá de ser el criterio determinante para graduar la imputabilidad".

A partir de lo dicho y teniendo presente que no hay reglas generales, sino que se ha de estar a las circunstancias concretas de cada caso, consideramos procedente la estimación de la atenuación, por alteración mental, que se reclama en el recurso.

**4.2.-** La base fundamental en que se apoya el recurso para ello es en la prueba pericial forense, que considera que no se ha valorado correctamente, de ahí que mantenga que "de forma clara y palmaria, debe apreciarse la atenuación por analogía, debiendo apreciarse que la conducta de mi mandante se ve afectada por la disminución de su capacidad volitiva de forma grave, en virtud de la prueba pericial forense practicada".

Pues bien, dicho que para la toma de decisión hemos de partir de los hechos que declara probados la sentencia de instancia, en lo que a esta atenuación se refiere, se parte del siguiente pasaje: " Faustino padece trastorno de adaptación, con sintomatología mixta ansioso depresiva, en respuesta a factores de estrés identificables y trastorno de pedofilia tipo exclusivo con atracción por el sexo masculino, teniendo parcialmente alterada su capacidad volitiva".

En esa misma línea, en el fundamento de derecho cuarto, cuando analiza la circunstancia, también traído del mismo informe forense, recoge el siguiente dato objetivo:

"Que en relación a los hechos que se le imputan la conducta parafilica del procesado está motivada por el padecimiento de un Trastorno de pedofilia de suficiente entidad que compromete su capacidad volitiva disminuyéndola".

Partiendo de estas menciones, en particular, del hecho probado, se puede decir que, en cuanto que recoge que el acusado tiene parcialmente alterada su capacidad volitiva, está apuntando a que esa merma es algo más que irrelevante a efectos de su imputabilidad, lo que debe llevar a valorar la intensidad de esa alteración, como criterio determinante que viene precisando la jurisprudencia citada, porque lo fundamental es precisar hasta qué punto queda disminuida su capacidad volitiva.

Planteado este mismo motivo con ocasión del recurso de apelación, previo a este de casación, es rechazada la aplicación de la atenuante, haciendo suyo el TSJCV la argumentación de la sentencia de instancia, que, entre otras consideraciones, dice que "en atención al resultado de la prueba, se evidencia que el acusado no tiene afectadas sus capacidades de comprender y de conocer la ilicitud de su actuar, y solo el control de su voluntad que se evalúa por la Sra. Forense entre moderado y grave", para, inmediatamente a continuación, decir que, como esa opinión forense no ofrece criterios o pautas de tal conclusión, acude al visionado de las grabaciones llevadas a cabo por el propio acusado y concluir que "no se desprende una grave dificultad para refrenar sus impulsos sexuales, sino una actuación planificada en el tiempo, y por tanto con cierto nivel de reflexión", que es



la razón de peso para desactivar esa intensidad en la afectación de la capacidad del acusado que ha puesto de relieve la información médica, y que, junto con otra información médica posterior a los hechos aportada por la defensa, son las razones por las que "no encontramos base suficiente para apreciar eximente, o circunstancia atenuante de la responsabilidad".

Como decimos, la anterior línea argumental la asume la sentencia de apelación; sin embargo, no comparte ese criterio este Tribunal, que considera de aplicación la atenuante, en función de la línea jurisprudencial que antes hemos apuntado, y, así, partiendo de que el condenado padece un trastorno de su personalidad, para su valoración hay que acudir a la prueba pericial, y, en función de lo que ella nos aporte, precisar su intensidad, porque su criterio es determinante para graduar la imputabilidad; pero no solo eso, sino que habrá que valorar, también, la relación de la alteración mental con el hecho delictivo de que se trate, circunstancias todas ellas que consideramos concurrentes.

En efecto, la base patológica de la alteración nos la ofrece la prueba pericial médica, y su efecto psicológico también es de apreciar, atendiendo a la tipología delictiva en que incurre el acusado, pues es, precisamente, esa alteración la que le impulsa a una predisposición en orden planificar la actividad en que la despliega, quedando de esta manera condicionada su capacidad de actuación y con ello su imputabilidad.

Por último, en relación con la intensidad de dicha afección, y tomando como referencia la diferenciación que también hemos hecho más arriba, en que distinguíamos entre plena, grave, menos grave y leve, consideramos que la ubicación correcta para la padecida por el acusado ha de ser la menos grave, porque no otra cosa cabe entender de ese diagnóstico médico, entre moderado y grave, que le ha sido apreciado, del que hemos visto que habla, también, el recurrente en su escrito de impugnación.

En efecto, no acreditado que el trastorno comporte una significativa disminución de la capacidad volitiva del acusado, en el sentido de importante o grave, que permitiría la aplicación de la semieximente, y ser menos grave o moderada, es por lo que hemos de quedarnos en la atenuante analógica, con los efectos penológicos que ello conlleva.

**5.-** En el último párrafo del escrito de recurso se acaba solicitando que "se apliquen, según los motivos manifestados, las penas en su rango normativo, aplicando en cada menor el caso concreto, teniendo en cuenta las atenuantes aplicables en cada caso", lo que, necesariamente, nos ha de llevar a aplicar la pena inferior en uno o dos grados, en razón a lo previsto en la regla 2ª del art. 66 CP, pues a la atenuante de colaboración, que viene dada en la sentencia recurrida, se ha de añadir la de alteración mental que hemos estimado en el motivo anterior, optando por hacer la rebaja en un solo grado, dada la recalcitrante conducta mostrada por el acusado con su persistente actividad delictiva.

**5.1.-** Se condenó al acusado por tres delitos de abuso sexual continuado, a menor de trece años, del art. 183.1 CP, según redacción vigente por LO 5/2010, cometidos sobre las tres menores María, Natalia e Palmira a la pena de CUATRO años de prisión por cada uno de dichos delitos.

Establecía el referido artículo lo siguiente:

"El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años".

Al apreciarse la continuidad delictiva, en aplicación de lo dispuesto en el art 74 CP, la referida pena deberá imponerse en su mitad superior, esto es, entre CUATRO y SEIS años; y al ser de aplicación dos atenuantes y decidido que la reducción ha de ser de un solo grado, la pena a imponer será la de DOS años de prisión por cada uno de los delitos.

**5.2.-** En el caso del menor Fulgencio, se condena al acusado por un delito continuado de abuso sexual, en esta ocasión del art. 181.1, 2 y 4, en relación con el 180.1, 3ª CP, según redacción por LO 11/1999, que establecía lo siguiente:

"1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.



4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código".

Y la agravación 3ª del art. 180 era: "Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años".

La pena correspondiente al referido delito, en toda su extensión, al ser de aplicación el subtipo agravado del apdo. 4, estaría entre DOS y TRES años, que, al apreciarse la continuidad delictiva, según lo dispuesto en el art 74 CP, la referida pena deberá imponerse en su mitad superior, esto es, entre DOS años y SEIS meses y TRES años; al apreciarse ahora dos atenuantes, la fijamos en DOS años de prisión.

**5.3.-** En el caso del menor Horacio, se condena al acusado por un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años con introducción de miembros corporales por vía anal del art. 181.1 y 2, en relación con el 182.1 y 74.1 CP, según redacción por LO 11/1999.

Art. 181: "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare".

Art. 182.1: "En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años".

La pena imponible, en principio, en toda su extensión, comprendería de CUATRO a DIEZ años, que, al apreciarse la continuidad delictiva, en aplicación de lo dispuesto en el art 74 CP, deberá imponerse en su mitad superior, esto es, entre SIETE y DIEZ años; en aplicación de las dos atenuantes, la reducimos a CUATRO años de prisión.

**5.4.-** En el caso del menor Patricio, se condena al acusado por un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años del art. 181.1 y 2, según redacción por LO 11/1999.

Al no concurrir el subtipo agravado del apdo. 4, ya hemos visto que la pena que corresponde es de UNO a TRES años que, al estimarse cometido en continuidad delictiva, debería ser, al menos, de DOS años; en aplicación de las dos atenuantes la fijamos en UN año y SEIS meses, no de UN año, SEIS meses y UN día que venía de la instancia.

**5.5.-** En cuanto a la condena por los tres delitos de elaboración de pornografía, resultantes de la estimación del recurso de apelación interpuesto por el M.F., del art. 189.1 a) y 3 c) según redacción por LO 15/2003 de 25 de noviembre

Art. 189: "1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades".[...]

"3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años".

Siendo, ahora, de aplicación dos atenuantes, rebajamos la pena a DOS años de prisión por cada delito.

**5.6.-** Por último, respecto de la condena por el delito de posesión de material informático, castigado con la pena TRES meses a UN año de prisión o multa en el art. 189.2 CP, al suponer la reducción una pena de prisión inferior a tres meses, en aplicación de lo dispuesto en el art. 71.2 CP, se sustituye por una pena de multa de 60 días, a razón de una cuota diaria de 5 euros.

**5.7.-** En aplicación de lo dispuesto en el art. 76.1 CP, se fija como tiempo máximo de cumplimiento DOCE años de prisión, resultante de multiplicar por tres, la pena de CUATRO años, la más grave de las impuestas.

**TERCERO.-** Conforme al art. 901 de la LECrim, procede declarar de oficio de las costas procesales.

## FALLO

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



Que **debemos declarar y declaramos haber lugar** a la estimación parcial del recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de **Faustino** contra la sentencia 8/2019, de fecha 18 de enero de 2019, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que se casa y anula, con declaración de las costas de oficio, procediendo a dictar segunda sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 795/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 18 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación 795/2019 interpuesto por la representación legal del acusado Faustino contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 8/2019, de fecha 18 de enero de 2019, en Rollo de Apelación nº 182/2018, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián, quienes, a continuación, dictan la presente en los siguientes términos:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Procede la estimación del motivo de casación por infracción de ley relativo a apreciación de la atenuante analógica de alteración mental, por las razones que hemos dejado expuestas en punto 4 del fundamento de derecho segundo de la sentencia de casación, como consecuencia de lo cual, y teniendo en cuenta que en la instancia fue apreciada la atenuante de colaboración con la justicia, y siendo, por lo tanto, dos atenuantes concurrentes, y no concurrir ninguna circunstancia agravante, en atención a lo dispuesto en la regla 2<sup>a</sup> del art. 66 CP, se ha de aplicar la pena inferior en uno o dos grados en cada delito, que, en el caso, consideramos adecuado reducir en un grado, dada la recalcitrante conducta mostrada por el acusado con su persistente actividad delictiva, lo que nos ha llevado a una nueva determinación de las penas en los términos que hemos fijado en el punto 5 de ese mismo fundamento de derecho, y que trasladamos a la parte dispositiva



de esta sentencia, sin perjuicio de su irrelevancia, por cuanto que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 76 CP, se ha de fijar un máximo de cumplimiento efectivo de DOCE años de prisión, al ser el triplo de la más grave de las penas impuestas, la de cuatro años, por el delito continuado de abuso sexual continuado sobre menor de 13 años con introducción de miembros corporales por vía anal.

## FALLO

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

Se dejan sin efecto las penas de prisión que venían impuestas al condenado **Faustino** en las sentencias de instancia y apelación, y, en su lugar, como consecuencia de la apreciación de las atenuantes simples de colaboración con la justicia y alteración mental, su condena ha de quedar en los siguientes términos:

- Como autor de tres delitos continuados de abuso sexual a menor de trece años, en las personas de María , Natalia e Palmira , a la pena de prisión, por cada uno de ellos, de DOS años, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniéndose las demás accesorias en los términos que vienen impuestas.

- Como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años, en la persona de Fulgencio , a la pena de DOS años de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniéndose las demás accesorias en los términos que vienen impuestas.

- Como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años con introducción de miembros corporales por vía anal, en la persona de Horacio , a la pena de CUATRO años de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniéndose las demás accesorias en los términos que vienen impuestas.

- Como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de trece años, en la persona de Patricio , a la pena de prisión de UN año y SEIS meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniéndose las demás accesorias en los términos que vienen impuestas.

- Como autor de tres delitos de elaboración de pornografía infantil, relativos a los menores Fulgencio , Horacio y Patricio , a la pena de prisión, por cada uno de ellos, de DOS años, con sus accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, manteniéndose las demás accesorias en los términos que vienen impuestas.

- Como autor de un delito de posesión de materia pornográfica, a la pena de multa de sesenta (60) días, a razón de una cota diaria de cinco euros.

Se fija como tiempo máximo de cumplimiento efectivo DOCE años de prisión.

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

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián