



Roj: **STS 223/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:223**

Id Cendoj: **28079120012021100052**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **1074/2019**

Nº de Resolución: **37/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 37/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1074/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia provincial de Cáceres, Sección Segunda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1074/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 37/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Damaso**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, que le condenó por delitos de elaboración y exhibición de pornografía infantil y de violación, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Eloísa García Martín y bajo la dirección Letrada de D. Marcelino Rodríguez Serrano, y la recurrida Acusación Particular Dña. Elisabeth representada por la Procuradora Dña. M^a Concepción Villaescusa Sanz y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a del Pilar Murcia Casado.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 instruyó sumario con el nº 1 de 2016 contra Damaso, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, que con fecha 12 de noviembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El procesado, Damaso, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental de varios meses de duración con la menor Elisabeth cuando ésta contaba quince años de edad (nació el NUM000 de 1998) que concluyó en agosto de 2014. Durante ese tiempo en que se mantuvo la relación sentimental Elisabeth, a requerimiento del procesado, se hizo a sí misma diversas fotografías íntimas, algunas de su cuerpo desnudo pero también otras en las que la menor se acariciaba o se masturbaba, exhibiendo en alguna de ellas cómo introducía sus dedos en su vagina; fotografías que Elisabeth luego hacía llegar al procesado a través de whatsapp, también a petición de éste, y que Damaso después conservaba en su teléfono móvil. El motivo del cese de la relación sentimental fue que en agosto de 2014, con ocasión de la celebración del cumpleaños de la hermana pequeña de Elisabeth, su madre no le permitió salir de casa, diciéndole que tenía que quedarse en la celebración, y el procesado, que quería salir con ella, al no conseguir que accediera a sus ruegos le dijo que si no salía con él le enseñaría aquellas fotografías a otras personas; y el hecho de encontrarse en esa disyuntiva en la que su madre no le permitía salir y su pareja la amenazaba con enseñar las fotografías si no salía provocó en Elisabeth tal estado de ansiedad que hizo necesario que su madre, Ofelia, la trasladara al Centro de Salud de DIRECCION001. De regreso a DIRECCION002 Elisabeth le contó a su madre lo ocurrido, y ésta habló con el padre del procesado, con quien mantenía vínculos familiares y de amistad, hablándole de la existencia de las fotografías de Elisabeth, con el fin de que a su vez hablara con su hijo y le convenciera de que las borrara. El procesado, aquella noche, se presentó en casa de Elisabeth reprochando a Ofelia que hubiera hablado con su padre, provocándose una discusión que supuso el fin de la relación. Unos días después, encontrándose juntos en el interior de un vehículo el procesado y sus amigos Emma y Armando, al decirle Emma a Damaso que Elisabeth ya no quería estar con él, el procesado, con el fin de demostrar a Emma que Elisabeth sí quería estar con él, le enseñó una fotografía que tenía en el teléfono móvil en la que Elisabeth aparecía desnuda en un cuarto de baño introduciéndose los dedos en la vagina, diciéndole a Emma que cómo no iba Elisabeth a querer estar con él si le acababa de enviar aquella fotografía, y se la enseñó igualmente a Armando. Pese a la ruptura de la relación, como quiera que el procesado deseaba seguir manteniendo sus relaciones con Elisabeth, para conseguirlo le dijo en varias ocasiones que si no estaba con ella enseñaría sus fotografías a la gente del pueblo, y eso le decía también cuando ella quería poner fin a la relación, ante lo cual Elisabeth, atemorizada y para evitar la vergüenza que para ella suponía que aquellas fotografías fueran vistas por otras personas, accedía a estar (o a seguir) con el procesado, en ocasiones solo para estar juntos, pero en otras ocasiones consintiendo tocamientos, y en algunas incluso accediendo a mantener relaciones sexuales completas con penetración vaginal, relaciones sexuales que le pedía el procesado bajo la advertencia de que si ella no accedía enseñaría las fotografías a otras personas, o en alguna ocasión advirtiéndola de que contrataría a unos *quinquis* para que le dieran una paliza a su madre, accediendo Elisabeth a mantener aquellas relaciones sexuales por temor a que el procesado hiciera aquello que le anunciaba. Estas relaciones sexuales realizadas bajo los indicados temores tuvieron lugar en un número de ocasiones no determinado con precisión, pero que serían en torno a diez veces, y tuvieron lugar entre agosto y diciembre de 2014. Estos hechos no han derivado en consecuencias psicopatológicas significativas para Elisabeth, si bien afectaron a su nivel de autoestima".

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

"Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Damaso : 1.- Como autor responsable de UN DELITO DE ELABORACIÓN Y EXHIBICIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la



persona de Elisabeth por tiempo de CINCO AÑOS, superior en tres años a la duración de la pena privativa de libertad impuesta por este delito. 2.- Como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE VIOLACIÓN ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de VEINTE AÑOS, superior en nueve años a la duración de la pena privativa de libertad impuesta por este delito. La clasificación en tercer grado del condenado no podrá realizarse antes del cumplimiento de la mitad de la pena privativa de libertad impuesta por este delito. Se le impone igualmente la medida de seguridad de LIBERTAD VIGILADA, en una duración de CINCO AÑOS, cuyo contenido se concretará al término del cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas. 3.- El procesado INDEMNIZARÁ a Elisabeth con la cantidad de CUARENTA MIL EUROS (40.000 €), suma que devengará en interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4.- Se imponen al procesado dos terceras partes de las costas causadas en esta instancia, incluida idéntica parte respecto de las de la acusación particular. 5.- Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al procesado Florian del delito de COACCIONES del que venía acusado, declarando de oficio una tercera parte de las costas del juicio. 6.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 681.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción dada por la Disposición Final Primera de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, se prohíbe la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima al ser menor de edad al tiempo de los hechos enjuiciados, así como de cualquier dato que pueda facilitar su identificación de forma directa o indirecta, y de aquellas circunstancias personales que hayan sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección. Se acepta por sus propios fundamentos, el auto de insolvencia del condenado, dictado por el Juzgado de Instrucción en la correspondiente pieza de responsabilidad civil. Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado. Contra esta sentencia cabe recurso de CASACIÓN, para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial mediante escrito presentado en el término improrrogable de cinco días contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador. Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución".

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

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Damaso**, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se formula por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J. y artículo 852 de la L.E.Criminal.

Segundo.- Al amparo de los arts. 851.1 y 855.3º L.E.Crim, por quebrantamiento de forma, al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resultando, además, manifiesta contradicción, no sólo entre ellos, sino entre los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la Sentencia. En concreto, indeterminación e imprecisión en su circunstancia de tiempo, lugar y de elementos externos que corroboren los mismos.



Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 189.1 del Código Penal.

Cuarto.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 179 del Código Penal.

Quinto.- Infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, en relación a los documentos designados en nuestro escrito de preparación del recurso.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la recurrida Acusación Particular Dña. Elisabeth, que impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 20 de enero de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Damaso contra la sentencia nº 325/18 de 12 de Noviembre de 2018 de la Audiencia de Cáceres, siendo condenado como autor responsable de UN DELITO DE EXHIBICIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN y como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE VIOLACIÓN a las penas de ONCE AÑOS DE PRISIÓN.

SEGUNDO.- 1.- Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución Española) y a la tutela judicial efectiva al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J. y artículo 852 de la L.E.Criminal.

La queja del recurrente se centra en los siguientes extremos:

- 1.- No se ha practicado en el plenario prueba de cargo suficiente de la que se concluya tajantemente que el acusado agrediera sexualmente a la denunciante.
- 2.- Las manifestaciones de la denunciante hayan sido corroboradas por prueba periférica alguna.
- 3.- No existen motivos para dar mayor credibilidad a sus afirmaciones respecto de la que realizó el procesado.
- 4.- No es correcto que la relación finalizara en Agosto de 2014, como consta en los hechos probados, sino que la relación siguió hasta diciembre de 2014 como acreditan los mensajes de Whatsapp.
- 5.- No son ciertas las coacciones o amenazas del recurrente a Elisabeth de enseñar las fotografías si no accedía a mantener relaciones sexuales.
- 6.- El recurrente no requirió a Elisabeth para que le enviara las fotografías.
- 7.- El informe Psicológico no advierte de manera contundente la veracidad de la declaración de la víctima, a lo sumo dice que es probablemente creíble, es decir, no seguramente o altamente creíble.
- 8.- Es dudosa la razón por la que no se denuncian esos hechos hasta el día 15 de Enero de 2015.
- 9.- Existen whatsapps que hacen dudar de la veracidad de los hechos que relata la víctima.
- 10.- En conclusión plantea que los elementos aportados por la denunciante en cuanto a la intimidación han sido absolutamente insuficientes, y a pesar de ello la Sentencia otorga credibilidad al testimonio de la víctima, cuando éste ha sido difuso, contradictorio, ambiguo e inconcreto, y no existiendo ningún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la presunta víctima que corrobore su testimonio.

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

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba



de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

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

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

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

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

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

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

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

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En este sentido, los hechos probados se ubican en los siguientes escenarios:

"El procesado, Damaso, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental de varios meses de duración con la menor Elisabeth cuando ésta contaba quince años de edad (nació el NUM000 de 1998) que concluyó en agosto de 2014.

Durante ese tiempo en que se mantuvo la relación sentimental Elisabeth, a requerimiento del procesado, se hizo a sí misma diversas fotografías íntimas, algunas de su cuerpo desnudo pero también otras en las que la menor se acariciaba o se masturbaba, exhibiendo en alguna de ellas cómo introducía sus dedos en su vagina; fotografías que Elisabeth luego hacía llegar al procesado a través de Whatsapp, también a petición de éste, y que Damaso después conservaba en su teléfono móvil.

El motivo del cese de la relación sentimental fue que en agosto de 2014, con ocasión de la celebración del cumpleaños de la hermana pequeña de Elisabeth, su madre no le permitió salir de casa, diciéndole que tenía que quedarse en la celebración, y el procesado, que quería salir con ella, al no conseguir que accediera a sus ruegos le dijo que si no salía con él le enseñaría aquellas fotografías a otras personas; y el hecho de encontrarse en esa disyuntiva en la que su madre no le permitía salir y su pareja la amenazaba con enseñar las fotografías si no salía provocó en Elisabeth tal estado de ansiedad que hizo necesario que su madre, Ofelia, la trasladara



al Centro de Salud de DIRECCION001 . De regreso a DIRECCION002 Elisabeth le contó a su madre lo ocurrido, y ésta habló con el padre del procesado, con quien mantenía vínculos familiares y de amistad, hablándole de la existencia de las fotografías de Elisabeth , con el fin de que a su vez hablara con su hijo y le convenciera de que las borrara. El procesado, aquella noche, se presentó en casa de Elisabeth reprochando a Ofelia que hubiera hablado con su padre, provocándose una discusión que supuso el fin de la relación.

Unos días después, encontrándose juntos en el interior de un vehículo el procesado y sus amigos Emma y Armando , al decirle Emma a Florian que Elisabeth ya no quería estar con él, el procesado, con el fin de demostrar a Emma que Elisabeth sí quería estar con él, le enseñó una fotografía que tenía en el teléfono móvil en la que Elisabeth aparecía desnuda en un cuarto de baño introduciéndose los dedos en la vagina, diciéndole a Emma que cómo no iba Elisabeth a querer estar con él si le acababa de enviar aquella fotografía, y se la enseñó igualmente a Armando .

Pese a la ruptura de la relación, como quiera que el procesado deseaba seguir manteniendo sus relaciones con Elisabeth , para conseguirlo le dijo en varias ocasiones que si no estaba con ella enseñaría sus fotografías a la gente del pueblo, y eso le decía también cuando ella quería poner fin a la relación, ante lo cual Elisabeth , atemorizada y para evitar la vergüenza que para ella supondría que aquellas fotografías fueran vistas por otras personas, accedía a estar (o a seguir) con el procesado, en ocasiones solo para estar juntos, pero en otras ocasiones consintiendo tocamientos, y en algunas incluso accediendo a mantener relaciones sexuales completas con penetración vaginal, relaciones sexuales que le pedía el procesado bajo la advertencia de que si ella no accedía enseñaría las fotografías a otras personas, o en alguna ocasión advirtiéndola de que contrataría a unos quinquis para que le dieran una paliza a su madre, accediendo Elisabeth a mantener aquellas relaciones sexuales por temor a que el procesado hiciera aquello que le anunciaba. Estas relaciones sexuales realizadas bajo los indicados temores tuvieron lugar en un número de ocasiones no determinado con precisión, pero que serían en torno a diez veces, y tuvieron lugar entre agosto y diciembre de 2.014.

Estos hechos no han derivado en consecuencias psicopatológicas significativas para Elisabeth , si bien afectaron a su nivel de autoestima."

La prueba valorada por el Tribunal se circunscribe a dos escenarios, a saber:

a.- Obtención, tenencia y exhibición a terceros de determinadas imágenes fotográficas de la entonces menor Elisabeth , hechos que se corresponderían con el delito de corrupción de menores del artículo 189 del Código Penal.

b.- Mantenimiento forzado de una relación sentimental a la que Elisabeth había decidido poner fin, hasta llegar incluso a conseguir el procesado mantener relaciones sexuales completas, mediante amenazas, entre ellas la de dar difusión a aquellas fotografías entre los vecinos de la localidad en la que ambos residían, DIRECCION002 , hechos que se corresponderían con la agresión sexual.

Los extremos relevantes en cuanto a la valoración por el Tribunal se sistematizan en cuanto a que por el Tribunal:

a.- *Valoración de la declaración de la víctima por el Tribunal:*

1.- Elisabeth , en su declaración, explicó que el procesado y ella mantuvieron una relación que para ella terminó en agosto de 2.014, durante la cual ella le envió diversas fotografías suyas en las que aparecía desnuda acariciándose y masturbándose, en alguna introduciéndose los dedos en la vagina.

2.- Era un *juego dentro de su actividad de pareja* que Florian le propuso y al que ella accedió, de forma que él le decía qué tipo de fotografías quería, ella se hacía a sí misma esas fotografías cuando estaba a solas y después se las enviaba a través de WhatsApp, como también Florian se hacía a sí mismo fotografías similares que después le enviaba a ella.

3.- El motivo de que rompieran su relación fue que el 22 de agosto de 2.014, con ocasión de la celebración del cumpleaños de la hermana pequeña de Elisabeth , su madre no le permitía salir de casa ya que le decía que tenía que quedarse, pero Florian insistía en querer salir con ella aquel día, y al negarse le dijo que si no salía con él le enseñaría aquellas fotografías a otras personas.

4.- Elisabeth sufrió una crisis de ansiedad que hizo necesario que la llevaran al Centro de Salud de DIRECCION001 (folio 26) y, de regreso a DIRECCION002 , Elisabeth le contó a su madre lo ocurrido, y ésta a su vez habló con el padre de Florian , con quien mantenía vínculos familiares y de amistad, contándole la existencia de las fotografías de Elisabeth .

5.- Elisabeth contó que después de romper con Florian éste siguió pidiéndole más fotografías similares bajo la amenaza de divulgar las que ya le había enviado, y ella por temor accedió y se las envió.



6.- Dos declaraciones testimoniales que corroboran lo expuesto en cuanto a que el recurrente les enseñó las fotografías de Elisabeth desnuda y en posición pornográfica:

La testigo Emma, unos días después de la ruptura de Elisabeth y Florian, salieron juntos Emma, Armando y Florian, encontrándose los tres en el interior de un vehículo, hablaron de la ruptura de Florian y Elisabeth, diciéndole Emma que la dejara en paz, que Elisabeth no quería cuentas con él, a lo que Florian le mostró una fotografía de Elisabeth desnuda en un cuarto de baño en la que se introducía los dedos en la vagina y le dijo "mira lo que me acaba de enviar, ¿ves como sí quiere estar conmigo?".

Fotografía que enseñó también a Armando. Éste, en su declaración como testigo, corroboró lo expuesto por Emma, pero dijo que él apartó la imagen enseguida porque no quiso verla, si bien *corroboró que la imagen coincidía con la descripción de Emma*.

7.- No puede hablarse de una contradicción entre los meses de Agosto de 2014 y final de año 2014 o principios de 2015, ya que una cosa es que antes y después de Agosto existieran relaciones, pero que después de la ruptura se produjeron las amenazas de exhibición de fotografías si no estaba con él, lo que en algunas ocasiones ella hacía voluntariamente, y en otras forzada por la amenaza e intimidación de exhibir las fotografías que ella le había enviado en posiciones sexuales determinantes de contenido fotográfico.

No se trataba de meras fotografías de desnudos, sino de poses pornográficas de contenido, por ello, sexual.

8.- Consta en la sentencia que el recurrente reconoce que en las fotografías Elisabeth aparecía masturbándose, en alguna introduciéndose los dedos en la vagina, y si bien afirmó que no se las enseñó a nadie, sí que dijo que en una ocasión le enseñó a Emma una de aquellas fotografías, estando con ellos Armando, pero que lo hizo con la finalidad de que Emma viera que él seguía con Elisabeth, explicando que Emma le decía que Elisabeth no quería nada con él, y que en ese momento le entró la fotografía, enseñándosela a Emma diciéndole "mira lo que me manda" para que viera que Elisabeth sí quería estar con él.

9.- El Tribunal no valora la declaración de Leon por no haber declarado, ni las de referencia de la madre de Elisabeth en cuanto a las fotografías de año nuevo de 2015.

10.- Con respecto al envío de las iniciales fotografías de contenido pornográfico por parte de Elisabeth al recurrente hay que señalar que se apunta que no estamos, por tanto, en la situación de una persona adulta que consiente libremente plasmar en un soporte gráfico un determinado comportamiento sexual.

11.- Respecto de la agresión sexual señala la sentencia que como quiera que Florian quería seguir manteniendo la relación con ella a pesar de la ruptura, le decía que si no seguía con él enseñaría las fotos que tenía de ella.

Con ello, el Tribunal expone y desarrolla el contenido amenazante que conllevaba la exigencia que expone la víctima en relación a que si no le atendía en sus reclamaciones Elisabeth tenía miedo de que enseñara las fotos que ella le había enviado a él, pero para su uso personal, no, obviamente, las enseñara a terceros, para lo que no existía autorización, ya que esa exhibición que el recurrente hizo de fotografías de contenido pornográfico era el mecanismo coactivo e intimidante del que se prevaleció el recurrente para conseguir el acceso carnal que explicó Elisabeth y al que otorgó credibilidad el Tribunal.

12.- Contenido de los encuentros que tuvo con el recurrente Elisabeth en razón al miedo de que enseñara las fotografías de contenido sexual.

En algunas ocasiones fueron solo tocamientos, pero en otras para que no exhibiera las fotografías hubo hasta diez accesos carnales ante la intimidación coactiva de la exhibición de las fotografías, lo que integra el elemento del tipo de agresión sexual por el que ha sido condenado.

El acceso, pues, no fue voluntario, sino mediatizado por la intimidación derivada de la amenaza de exhibir las fotografías. No se trató de un acceso carnal voluntario, sino forzado por la presión psicológica coactiva que atenazó a Elisabeth ante el miedo de que terceros vieran las fotografías que ella le había enviado siendo menor.

Reseña el Tribunal, así, que los encuentros a veces consistían simplemente en estar juntos, pero otras veces empezaba a tocarla y ella le decía que "no", de forma que en ocasiones podía escaparse, bien porque estaban en un sitio público o bien porque aparecían sus amigos, pero otras veces ella no podía marcharse y ante su negativa a consentir los tocamientos Florian le decía insistente "pues enseñó las fotos", ante lo cual ella accedía a los tocamientos e incluso en varias ocasiones, en torno a diez según dijo, aunque no podía concretarlo con precisión, accedió por tal motivo a mantener relaciones sexuales con Florian, quien llegó incluso a decirle que "iba a sacar las fotos en papel y las iba a poner por todo el pueblo", y que en alguna ocasión la amenazó de muerte, "le dijo que si alguna vez estaba con otro hombre ella estaba muerta" y que "iba a contratar a unos quinquis para darle una paliza a su madre y a la pareja de su madre".



13.- El Tribunal recoge que, -lo que evidencia que la víctima dice la verdad, ya que cuenta lo que le beneficia y lo que le perjudica- Elisabeth afirmó que los encuentros que tuvo no fueron todos forzados, sino que alguno fue voluntario. Pero ante esto debemos recordar que esta Sala ha referido en reiteradas ocasiones el derecho de la víctima de decir sí en unas ocasiones y no en otras, ya que ello entra de lleno en su libre decisión, pero recordando que el hecho de que en algunas fuera libre no quiere decir que siempre deba aceptarlo obligatoriamente.

14.- Confrontación entre la versión del recurrente y la de la víctima. Declaración contra declaración.

Confronta el Tribunal la versión que da el recurrente y la que la da la víctima, y aunque él mantenga que el periodo después de Agosto 2014 fuera una relación voluntaria el Tribunal entiende que, como expone la víctima, algunos de estos encuentros fueron forzados por las amenazas expuestas de enseñar las fotografías.

Señala, así, el Tribunal que "la relación sentimental habría continuado durante todo ese tiempo, y en el seno de esa relación sentimental Elisabeth, según dice, siguió enviándole fotografías de contenido sexual, al igual que estuvieron juntos en multitud de ocasiones, encuentros en los cuales mantuvieron mutuos tocamientos y caricias, pero también relaciones sexuales como ya las mantenían antes de agosto, que eran plenamente consentidas por ambos, y no derivadas de amenazas por su parte de divulgar las fotografías o de contratar a unos quinquis para que pegaran una paliza a su madre, amenazas que negó rotundamente.

Este Tribunal, sin embargo, otorga plena credibilidad a la declaración de Elisabeth y, por tal motivo, hemos considerado probados los hechos denunciados tal y como resultan del relato de la víctima."

15.- El Tribunal otorga plena credibilidad a lo que narró Elisabeth.

Expone que existe "la persistencia de la incriminación es plena, pues Elisabeth ha mantenido desde el primer momento, en sus manifestaciones a la Guardia Civil el 15 de enero de 2015, hasta el acto del juicio, una misma e idéntica versión de los hechos, no apreciándose contradicciones entre sus sucesivas manifestaciones a lo largo de las diligencias. Por otro lado no apreciamos motivos que puedan dejar en entredicho la credibilidad subjetiva de Elisabeth. En este sentido cabe destacar que no es ella, sino su madre, quien presenta la denuncia".

16.- La madre presenta la denuncia en Enero de 2015 "una vez que Elisabeth le contó lo sucedido". No existe relevancia en el retraso ante las vicisitudes ocurridas durante toda la relación antes y después de Agosto de 2015. Y en estos casos, por encima de otros, esta Sala ya ha expuesto que el retraso en denunciar no es sinónimo de falsedad, sino que es lógico que en casos como el aquí ocurrido existan retrasos cuando la menor víctima no le cuenta la realidad a sus progenitores por los miedos y temores "razonables" que estas situaciones coactivas e intimidantes que sufren las víctimas en estos casos, llegando a aceptar, como aquí ha ocurrido, actos sexuales no consentidos por el miedo a otros actos que ellas consideran de "menor gravedad" que el propio acceso carnal que ha reconocido la víctima que el recurrente tuvo con ella bajo las amenazas que expuso.

17.- El Tribunal describe de forma motivada ese "miedo" de la víctima a que se exhibieran esas fotografías y la amenaza intimidante de llevarlo a cabo el recurrente provocó en la víctima la aceptación forzada a llevar a cabo el acto sexual, señalando que:

"Para una adolescente que entonces contaba dieciséis años de edad y que residía en una pequeña localidad como es DIRECCION002, en la que todos los vecinos se conocen entre sí, no podía resultar fácil ni agradable mantener en una denuncia hechos como los que allí expuso, y en particular el de que las amenazas derivaban de la realización por su parte de unas fotografías de aquella naturaleza y contenido; antes al contrario tuvo que resultar una experiencia francamente difícil superar la natural vergüenza que una joven debe sentir en esas circunstancias y decidirse a contarlo, cuando además si lo que buscaba hubiera tenido una intención espuria no habría necesitado inventarse unas amenazas de una naturaleza tan sensible y que podían dejarla tan marcada en la conciencia popular, sin duda se habría inventado amenazas de otra naturaleza."

18.- Datos periféricos que corroboran plenamente la versión de la víctima.

Apunta el Tribunal además de las ya expuestas:

a.- "Contenido de las conversaciones de WhatsApp extraídas del teléfono del procesado, mediante autorización judicial para el volcado y estudio de su contenido, conversaciones que constan a los folios 405 y ss. del sumario. Se trata de conversaciones de las que se desprende que, tal y como explicó Elisabeth, Florian y ella mantenían una relación irregular que pasaba del afecto al reproche con gran facilidad".

En este sentido, pese al relato del recurrente en cuanto a la queja de los whatsapp no debemos olvidar que en algunos momentos la relación pudo ser correcta, pero no en otros, y que haya existido relación voluntaria no



quiere decir que ello permita el acceso carnal cuando el recurrente quisiera, ya que la víctima se vio forzada en los momentos que se citan al acceso carnal ante las amenazas de exhibir las fotografías. Por ello, mensajes aislados no desnaturalizan la convicción del Tribunal acerca de otros episodios intimidantes en esta turbia relación que existía entre ambos.

b.- Las diferencias entre la fecha de Agosto de 2014 y Diciembre de 2014 a que alude el recurrente parece desprenderse de lo reseñado a una ruptura definitiva por parte de Elisabeth, frente a la que hubo en Agosto que no lo fue en realidad ante las amenazas del recurrente de exhibir fotografías si no accedía a estar con él Elisabeth, mientras que a final de año 2014 la situación parece llegar a un punto que concluye ya con la denuncia presentada.

c.- En relación al informe psicológico el recurrente puso el acento en que se hacía mención a que era "probablemente creíble". En cualquier caso, se trata de un dato más que sumar a la prueba ya expuesta y que tiende a determinar que tras el examen de la víctima se puede entender que dice la verdad, ya que los peritos no pueden hacer de juez, sino que emiten su parecer conclusivo que en este caso era más próximo a que la víctima contó la verdad de lo ocurrido, y que no la alteró en esencia, lo que es valorado por el Tribunal en los términos reflejados en la sentencia.

Apunta, así, el tribunal que el informe:

"Corroborar la veracidad de la declaración de la víctima el informe psicológico de Elisabeth (folios 164 y ss, e intervención de las psicólogas en el plenario) informe que contiene una valoración de credibilidad que la califica en sus conclusiones de "probablemente creíble, destacándose la consistencia y congruencia emocional en el mismo". Esa congruencia emocional pudo ser también observada en Elisabeth por el propio Tribunal cuando prestó declaración, exteriorizando al tiempo de su relato visibles emociones reveladoras de su sinceridad, del temor que sentía por el procesado y de la vergüenza que para ella suponía el hecho de que unas fotografías tan íntimas como aquellas pudieran ser vistas por los vecinos de DIRECCION002."

Con todo ello, nos encontramos con los siguientes pronunciamientos que es preciso hacer tras el examen de la valoración de la prueba llevado a cabo por el Tribunal:

a.- El retraso en la denuncia es razonable en casos como el aquí referido ante los miedos de la víctima de que se pudieran conocer las fotografías en su pueblo y la vergüenza que ello le hubiera supuesto, aceptando de forma forzada y bajo intimidación los accesos sexuales que se declaran probados, que llevan al tribunal a aceptar la condena por la agresión sexual continuada declarada probada.

b.- Queda clara y probada la exhibición de la fotografía de Elisabeth en acto de contenido sexual pornográfico, no meramente un desnudo. Hay prueba bastante acerca de la exhibición de la fotografía de la menor de contenido pornográfico.

Existen declaraciones de los testigos citados que corroboran que les enseñó la fotografía y el contenido de la misma.

c.- El Tribunal ha valorado la declaración de la víctima y la considera creíble. Esta Sala ha fijado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 119/2019 de 6 Mar. 2019, Rec. 779/2018 los criterios o parámetros a apreciar por el Tribunal de enjuiciamiento a la hora de tener en cuenta la percepción de cómo declara la víctima para llevar a cabo la valoración sobre su credibilidad y la inmediación del órgano judicial que dispone de ella le privilegia a la hora de entender que la víctima contó la verdad de lo ocurrido.

d.- No se aprecia animadversión o otros móviles espurios de la víctima para hacer daño al recurrente contando lo que ocurrió en ese periodo. No lo había querido denunciar antes, ni contar lo ocurrido, pero en este tipo de situaciones llega un punto en el que los padres son los que deciden romper con la victimización cuando son conscientes y descubren lo que realmente está ocurriendo ante la falta de decisión de las víctimas a contar lo que están sufriendo.

e.- Las fotografías de contenido sexual inciden en el término de pornografía a que se refiere el tipo penal del art. 189.1 b) por el que se condena, y llega al convencimiento de la exhibición que llevó a cabo conforme se ha expuesto.

f.- Los accesos carnales fueron forzados en las ocasiones en las que la víctima lo contó. Que hubieran algunos actos consentidos no desnaturaliza que otros se llevaran a cabo bajo la capa de la amenaza de enseñar las fotografías de contenido sexual explícito.

g.- Unilateralidad expositiva en la forma en que ocurren los hechos por el recurrente.

Existe unilateralidad exigente de aceptación en la valoración de la prueba que hace en este caso el recurrente, porque formula unos criterios valorativos de lo que ocurrió en el plenario absolutamente distintos a los que



refleja el tribunal de instancia, constituyendo en esta sede casacional una valoración de parte, frente a lo ya expuesto.

h.- El silencio de los menores víctimas y la "oportunidad" de contarlos cuando puedan.

Suele ser característica habitual en estos casos el silencio de los menores y la prolongación en el tiempo de las agresiones sexuales, que es lo que busca el autor de estos hechos delictivos. Este silencio y su prolongación resulta evidente por el carácter coactivo psicológico de las amenazas y agresiones que perpetran los autores para conseguir la obstaculización de la decisión de la denuncia por parte de las víctimas o de contárselo a sus madres lo que están sufriendo.

i.- La presunción de inocencia no tiene por qué degradarse por la credibilidad del testimonio que merezca la declaración de la menor corroborada y valorada la prueba debidamente por el Tribunal.

No puede apuntarse, como sostiene el recurrente, que existe un ataque a la presunción de inocencia por el hecho de asumir y admitir la veracidad de la declaración de la víctima, ya que esto es una operación que lleva a cabo el tribunal de instancia, lo que no puede conllevar a que en sede casacional se produzca una revaloración de la prueba ya efectuada por el tribunal ante un recurso de casación.

Pero esta asunción de la declaración de la víctima y su veracidad no supone un ataque frontal a la presunción de inocencia, o a la vulneración del principio in dubio pro reo, ya que ello se supone que existe ante ausencia de prueba, lo que no concurre cuando el tribunal queda convencido de la veracidad en la declaración de la víctima, la cual emerge en estos casos en el proceso penal como una auténtica prueba de cargo que es valorada por el tribunal y debidamente motivada en la sentencia que dicta el mismo.

El error del recurrente consiste en estos casos en minusvalorar la valoración de la declaración de la víctima y entender que supone un ataque a la presunción de inocencia el hecho de que el tribunal asuma que esta declaración se constituye como prueba de cargo, lo que no constituye un ataque a la presunción de inocencia, el cual es inexistente.

j.- Los informes periciales psicológicos.

Como el Tribunal de instancia ha hecho referencia a la pericial psicológica debemos recordar que respecto a este extremo del valor de los informes periciales psicológicos sobre la credibilidad de la víctima y la veracidad de los hechos, hemos dicho en SSTs. 294/2008 de 27.5, 10/2012 de 18.1, 381/2014 de 21.5, 517/2016 de 14.6, 789/2016 de 20.10, entre otras, que esos dictámenes periciales pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad.

Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTs. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).

En definitiva, la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002), pero a "sensu contrario" sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

Criterio reiterado en SSTs. 179/2014 de 6.3, y 517/2016 de 14.6 que inciden en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona.

El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

Apuntan los expertos en estos casos que en la evaluación del testimonio de los menores existen tests de verosimilitud del testimonio debidamente estandarizados que, administrados por psicólogos y psicólogas,



pueden ayudarnos mucho a valorar el testimonio, dándole una mayor verosimilitud en delitos como éstos, que generalmente se denuncian, o bien habiendo pasado mucho tiempo, o teniendo un único testigo de cargo. En este caso se ha producido este análisis en debida forma por el Tribunal frente a la queja del recurrente.

k.- Declaración de la víctima contra declaración del acusado.

Puede producirse en estos casos una confrontación entre lo que se denomina declaración contra declaración entre la propia que realiza la víctima y la que lleva a cabo el acusado negando toda participación delictiva en los hechos.

Pero esto no se trata de una confrontación para ver en estos casos si tiene más valor la declaración de la víctima o la declaración del acusado en el proceso penal, sino que se trata de una casuística adaptable y adecuada a cada caso concreto y con base al principio de inmediación y la práctica de la prueba que resulte del supuesto concreto de hecho.

No puede establecerse, así, una pugna entre el valor preeminente de una declaración de la víctima y otra declaración, la del acusado, en el proceso penal, ya que ninguno de los casos tiene un valor de superposición de uno sobre otro, sino que debe ser el caso concreto y la práctica de la prueba lo que determine cuál es la que provoca y produce mayor convicción en este caso en el Tribunal, partiendo siempre de la base de que la presunción de inocencia es la que debe destruirse por la credibilidad que puede suponer en este caso la declaración de la víctima contrastada y corroborada por otros medios probatorios, en el caso de que esto sea posible, si puede conectarse la declaración de la víctima, aun con la soledad de esa victimización que en estos casos se produce, con otros medios probatorios que el tribunal puede valorar como en este caso se ha producido.

l.- Vencimiento psicológico en el modus operandi de coacción psicológica ejercida por el recurrente.

En este caso ha quedado evidenciado una conducta o modus operandi del agresor que permite aplicar las circunstancias fijadas en la condena y un vencimiento psicológico por medio de la que podríamos denominar coerción sexual ejercida por el recurrente para conseguir el acceso carnal.

Por todo ello, existe prueba bastante para el dictado de la condena.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Al amparo de los arts. 851.1 y 855.3º L.E.Crim, por quebrantamiento de forma, al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, resultando, además, manifiesta contradicción, no sólo entre ellos, sino entre los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la Sentencia. En concreto, indeterminación e imprecisión en su circunstancia de tiempo, lugar y de elementos externos que corroboren los mismos.

El recurrente plantea este motivo pero en realidad lo que subyace a su exposición es la no aceptación de los hechos que se consideran probados ya que en su relación no existe ningún tipo de indeterminación o imprecisión o contradicción entre los mismos.

Ya se han expuesto las precisiones en cuanto a la correspondencia entre los hechos probados y los fundamentos de derecho en consideraciones tales como las fechas de Agosto y Diciembre de 2014 y las vicisitudes existentes en la especial relación que tuvieron, pero sin que ello determine la pretendida contradicción que se expone.

Lo que en el fondo se pretende por el recurrente es la sustitución de los hechos probados y su modificación por los que el recurrente hubiera preferido que se hubiera declarado probado y no los que constan en la sentencia, tal cual se han expuesto, ya que, en este tipo de situaciones que se desarrollan en el tiempo y el espacio, resulta difícil concretar con tanto detalle como parece exigirse en el motivo las circunstancias de tiempo y lugar respecto de los mismos. Así, su desarrollo continuado se sucede tal cual se ha relatado en el resultado de hechos probados, ya que en una continuidad delictiva como la expuesta, resultan evidentes las dificultades de fijar con detalle exactitud, la precisión del lugar y del tiempo en que se producen, atendiendo ello a las especiales dificultades que en la narración de los hechos de accesos carnales de contenido sexual se suceden, siendo sumamente difícil, por no decir imposible, una mayor concreción de fechas por parte de las víctimas de delitos sexuales en circunstancias en las que resulta imposible de exigir a las mismas una fijación y exactitud de fechas y lugares en la sucesión de la continuidad delictiva, por lo que la fijación de los hechos probados, tal cual sea expuesto por el tribunal, es suficiente a los efectos de la exigencia del precepto en que se sustenta el motivo.

Y respecto a la condena por el tipo penal del art. 189.1 b) recordemos que la actuación relevante se ubica en la exhibición de las fotografías de contenido pornográfico enviadas en este caso, ya que la clave está en la



exhibición de la menor participando en una conducta "sexualmente explícita" como refiere el tipo penal, por lo que no tiene la relevancia que postula el recurrente respecto si las mandó ella o las requirió el recurrente. Lo que se indica, de todos modos, es que el envío de la foto no fue forzado, como sí lo fueron, sin embargo, los accesos carnales por la coerción psicológica ya descrita.

Sí que se han fijado las veces en las que cuando ya existía el temor de la víctima de que publicitara las fotos existieron los accesos carnales, en torno a diez. Y lo mismo cabe decir respecto del desarrollo de la relación y los dos periodos hasta Agosto de 2014 y a partir de esa fecha hasta la denuncia, ya que se marca con claridad las diferencias entre uno y otro, ya que se incide en que *Pese a la ruptura de la relación, como quiera que el procesado deseaba seguir manteniendo sus relaciones con Elisabeth, para conseguirlo le dijo en varias ocasiones que si no estaba con ella enseñaría sus fotografías a la gente del pueblo.*

Debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 62/2013 de 29 Ene. 2013, Rec. 10145/2012 que:

"La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos (STS núm. 117/2007, de 13 de febrero). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo (STS núm. 16/2007, de 16 de enero).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere:

- 1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos;
- 2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato;
- 3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y
- 4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo (STS núm. 360/2010, de 22 de abril)."

En este caso (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), para que sea viable este motivo es preciso la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, y semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incompreensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado.

Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

Este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015, 837/2015 o la más reciente 44/2016).



Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos.

Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación:

- a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia;
- b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia;
- c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico;
- d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias;
- e) la contradicción ha de producirse respecto a algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005, 1024/2005, 248/2007, 474/2009 o 229/2016).

Así, no se da una falta de claridad en la narración de hechos probados que la parte recurrente denuncia, dado que los hechos probados han sido, no sólo narrados claramente, sino calificados debidamente en la esfera jurídico penal, expresando asimismo los motivos por los cuales debe considerarse al acusado autor de los mismos. Y que el recurrente no haya detentado un papel más relevante en la ideación criminal o promoción del fin delictivo desde un primer momento no le esculpa de responsabilidad por su decisiva colaboración posterior desde la comisión de retribuciones ya explicado con detalle.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 189.1 del Código Penal.

Se utiliza la vía del art. 849.1 LECRIM para cuestionar la subsunción de los hechos probados en el art. 189 1, b) CP.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que 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 el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. 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.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.



En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Pues bien, es preciso llevar a cabo varias precisiones en este caso, ya que el hecho probado reseña en este punto que:

"Durante ese tiempo en que se mantuvo la relación sentimental Elisabeth , a requerimiento del procesado, se hizo a sí misma diversas fotografías íntimas, algunas de su cuerpo desnudo pero también otras en las que la menor se acariciaba o se masturbaba, exhibiendo en alguna de ellas cómo introducía sus dedos en su vagina; fotografías que Elisabeth luego hacía llegar al procesado a través de whatsapp, también a petición de éste, y que Florian después conservaba en su teléfono móvil. El motivo del cese de la relación sentimental fue que en agosto de 2.014, con ocasión de la celebración del cumpleaños de la hermana pequeña de Elisabeth , su madre no le permitió salir de casa, diciéndole que tenía que quedarse en la celebración, y el procesado, que quería salir con ella, al no conseguir que accediera a sus ruegos le dijo que si no salía con él le enseñaría aquellas fotografías a otras personas; y el hecho de encontrarse en esa disyuntiva en la que su madre no le permitía salir y su pareja la amenazaba con enseñar las fotografías si no salía provocó en Elisabeth tal estado de ansiedad que hizo necesario que su madre, Ofelia , la trasladara al Centro de Salud de DIRECCION001 . De regreso a DIRECCION002 Elisabeth le contó a su madre lo ocurrido, y ésta habló con el padre del procesado, con quien mantenía vínculos familiares y de amistad, hablándole de la existencia de las fotografías de Elisabeth , con el fin de que a su vez hablara con su hijo y le convenciera de que las borrara. El procesado, aquella noche, se presentó en casa de Elisabeth reprochando a Ofelia que hubiera hablado con su padre, provocándose una discusión que supuso el fin de la relación. Unos días después, encontrándose juntos en el interior de un vehículo el procesado y sus amigos Emma y Armando , al decirle Emma a Florian que Elisabeth ya no quería estar con él, el procesado, con el fin de demostrar a Emma que Elisabeth sí quería estar con él, le enseñó una fotografía que tenía en el teléfono móvil en la que Elisabeth aparecía desnuda en un cuarto de baño introduciéndose los dedos en la vagina, diciéndole a Emma que cómo no iba Elisabeth a querer estar con él si le acababa de enviar aquella fotografía, y se la enseñó igualmente a Armando ".

Ha quedado claro y acreditado que en este caso concreto ha habido una exhibición, o "revelación" de material pornográfico cuando concurre respecto de menores de edad, y esta circunstancia es la que se da en el presente caso.

1.- La exhibición "o revelación" de la imagen pornográfica se efectuó ante dos personas, no ante una como se afirma en la queja casacional, hecho relevante para valorar la gravedad de la acción, si bien no es elemento del tipo que la exhibición sea plural.

2.- Estos hechos veremos que tienen mejor encaje típico en el delito denominado **sexting** del art. 197.7 CP, como más tarde explicaremos, en lugar de hacerlo en el delito de exhibición de material pornográfico elaborado con menores del artículo 189.1.b) del Código Penal.

3.- La comisión del art. 197.7 CP en su modalidad de exhibición o revelación no requiere ningún elemento subjetivo específico. Habría que ir al patrón objetivo que fija el tipo simplemente de que "la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de una persona". Y ello puede darse, y de facto se da, si en este caso el recurrente exhibe o revela la imagen que, voluntariamente, "pero para él, y su uso personal, no para exhibición a terceros", le había enviado la víctima.

Con esta acción de enviarle su imagen, de contenido pornográfico, no se está despojando la víctima de su intimidad y "entregándola gratuitamente" a quien le manda la fotografía o el vídeo de contenido sexual, sino que se la manda exclusivamente para él, y su uso personal. Existe consentimiento en el envío, pero no en la exhibición, o revelación.

4.- Es suficiente para consumir el tipo con un dolo genérico que comprenda el conocimiento de que se trata de una imagen de la naturaleza que en este caso concurre y de que quien allí aparece es una menor de edad, dolo genérico que indudablemente concurre en el acusado, que exhibió aquella fotografía a Emma y a Armando precisamente por contener una actividad sexual explícita de Elisabeth .

5.- El contenido de las fotografías no desvela solo una desnudez, aunque ello ya hubiera conllevado, también, el tipo penal, como destacamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018, sino actos de contenido sexual, y, por ende, pornográfico en la que se implica a un menor, lo que permite colmar el reproche penal, en este caso por la vía más adecuada del art. 197.7 CP.

6.- Indudablemente que el contenido de los hechos probados evidencia la conducta de exhibición de la fotografía de Elisabeth a dos personas de contenido pornográfico de una menor, pero en el juicio de tipicidad



resulta más adecuado, en las circunstancias en que se produjeron los hechos, su ubicación en el delito del art. 197.7 CP. Y ello, por cuanto le favorece al recurrente la ubicación en este tipo penal en el que con los mismos hechos probados ocurridos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 favorece al acusado en el ámbito penológico como luego veremos.

Además, las circunstancias de "colaboración" en el envío de la imagen voluntariamente de la menor al adulto implican este beneficio penal que provoca una *vis atractiva* del tipo del art. 197.7 CP que la condena por la que se opta del art. 189.1.b) COP contemplada para hechos más graves adaptados a las acciones que fija este tipo penal del que *produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil*. Ciertamente y verdad que el tipo citado incluye la exhibición, pero la declaración del hecho probado en un contexto más puntual de enseñar la fotografía recibida voluntariamente por la propia víctima nos sitúa en una gradación de menor reproche penal que las conductas que el legislador quiso situar bajo el marco punitivo del art. 189.1 b) CP.

Es por ello, por lo que la descripción de unos hechos que arrancan de la voluntariedad de la víctima en el envío del contenido sexual y pornográfico y el uso puntual que hizo el recurrente se ubican mejor en el *espacio típico* del **sexting** que en el marco del tipo penal por el que se produce la condena.

7.- La imagen exhibida por el acusado representaba a Elisabeth de manera visual, realizando una conducta sexualmente explícita, pues no otra consideración puede tener la introducción de los dedos en la vagina, hecho cuya representación en la imagen se declara asimismo probada. La fotografía tiene un contenido pornográfico, incluso, aunque no se exija ahora en el tipo del art. 197.7 CP. Y esto es importante, aunque el marco de los hechos probados lo degrada a la figura del art. 197.7 CP y tiene operatividad en beneficio del reo por ser posterior a los hechos, para permitir una mejor ubicación de la conducta declarada probada.

Resulta evidente que la descripción del contenido de la fotografía de Elisabeth en la actitud que consta es material que afecta gravemente a la intimidad personal de la víctima.

Se trata de proteger a los menores, y también a los adultos, con el tipo penal del art. 197.7 CP y evitar la difusión, exhibición o revelación a terceros de fotografías que les comprometan en el terreno de su privacidad, intimidad, y en este caso de su propia sexualidad, ya que la víctima solo cedía la imagen al recurrente pero sin autorizar su difusión a terceros. Pero, pese a ello, el autor lo hizo y está probado.

Elisabeth le envió la fotografía al recurrente para él, no para que la exhibiera a terceros, siendo irrelevante el alegato del recurrente de que lo hizo para "demostrarles" que Elisabeth seguía con él, lo cual no excluye la comisión delictiva, ya que el tipo no admite una especie de construcción de "excusa absolutoria" que el recurrente pretende construir acerca de la razón de la "exhibición" de la fotografía.

La indiferencia del recurrente en no conocer el alcance de su acción no le exonera de su responsabilidad, por cuanto la acción se lleva a cabo por la exhibición de ese material pornográfico, cual era la fotografía, que afectaba gravemente a la intimidad personal de la menor, y más en un núcleo poblacional reducido, como era la localidad donde vivían, con lo que el efecto expansivo de las imágenes puede tener más daño potencial que en una localidad mayor, ya que el ámbito de los "conocidos" es mucho mayor que los "desconocidos", y, por ello, la potencialidad destructiva de la imagen provoca una gravedad mayor en la intimidad personal de la víctima.

El recurrente debía ser consciente del riesgo que tenía para el bien jurídico protegido lo que estaba haciendo, que era, nada menos, que exhibir o revelar a terceros una fotografía de una menor en una actitud claramente pornográfica, sin ser admisible una excusa tendencial a "justificar" por qué estaba enseñando esa fotografía a dos personas, cuando, en todo caso, esa fotografía se la envió Elisabeth para él solo, no para enseñarla a terceros, para lo cual alega que quería demostrar que estaba con él, lo que es irrelevante.

La exhibición o revelación de la fotografía de una menor en posición o actitud pornográfica, como aquí ha ocurrido respecto a la conducta sexual, integra, al menos, el tipo penal del art. 197.7 CP, que beneficia al reo por retroactividad de lo favorable, y esto es lo que describen los hechos probados, sin ser preciso que se exhiban a una pluralidad de personas, (se declara probado que se exhibe a dos) y con independencia de que se entregue voluntariamente, aunque en este caso se describe una conducta de intercambio, pero con destino de uso personal, sin autorización de exhibición.

Precisamente, es la exhibición de las fotografías que le había mandado lo que integra la "preocupación" de la víctima para acceder a los deseos del recurrente y que le lleva a éste a plantear que la relación no se rompe en Agosto de 2014, y alega que siguieron con la relación, cuando no es eso lo que reflejan los hechos probados, sino que la relación posterior a esa fecha estuvo "mediatizada" por la presión psicológica del recurrente a la víctima de que, o seguía teniendo contacto con él, incluyendo, al menos, diez accesos carnales, o enseñaba las fotografías que ella le había mandado (a requerimiento de él o por su voluntad, lo que es irrelevante). No obstante, él ya lo había hecho a dos personas, lo que integra el tipo penal que ahora se fija del art. 197.7 CP.



Por todo ello, habida cuenta que se aplica y sigue el criterio más beneficioso de ponderar la aplicación retroactiva del art. 197.7 CP en lugar del más grave del art. 189.1 b) en beneficio del reo, es preciso fijar y sistematizar los requisitos que esta Sala (Sentencia 70/2020 de 24 Feb. 2020, Rec. 3335/2018) ha fijado en orden a la aplicación de este tipo penal introducido por la LO 1/2015, a saber:

1.- *La acción nuclear.*

La acción nuclear consiste en difundir imágenes "obtenidas" con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo "obtener" -según el diccionario de la RAE- es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se consiguen, no se logran, no se tienen, no se conservan o no se mantienen.

2.- *El origen de la captación u obtención de la imagen o vídeo y el consentimiento de la víctima en el envío.*

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

3.- *No hay una exigencia locativa al momento de la obtención de la imagen.*

Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas "...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros". Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación microliteral de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique "...fuera del alcance de la mirada de terceros", conduciría a excluir aquellos supuestos -imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

4.- *La tipicidad deviene por la difusión, revelación o cesión de las imágenes.*

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

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

5.- *Determinación del sujeto activo.*

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

6.- *La víctima no es "cooperadora" necesaria del delito. Es víctima.*

No es la propia víctima la que creó el riesgo de su difusión, remitiendo su propia imagen. Ese razonamiento, llevado a sus últimas consecuencias, puede llegar a justificar la lesión en bienes jurídicos del máximo valor axiológico. Basta para ello formular un juicio de reproche dirigido a la víctima, por no haber sabido defender con vigor sus propios bienes jurídicos. Las consecuencias derivadas de esta visión -piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual o contra el patrimonio- hacen inaceptable esta línea de razonamiento.

Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisionismo colectivo.



7.- *No se exige en el juicio de tipicidad que la imagen de difunda, revele o ceda a una "pluralidad" de personas. Basta con que lo haga a una.*

El art. 197.7 exige que el soporte gráfico o audiovisual se haga llegar a una pluralidad de personas. Así se desprendería de la expresión "...revele o ceda a terceros", utilizando el plural.

Así como el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona.

El requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes.

Pues bien, dicho esto y reubicando en beneficio del reo la tipicidad en el art. 197.7 CP la pena a imponer proporcional a los hechos sería la de la mitad superior del párrafo segundo del art. 197.7 CP de nueve meses de multa a razón de 6 euros diarios con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas satisfechas, ya que esta Sala en sus sentencias 449/2006, de 17 de abril, y 826/2008, de 12 de diciembre, invocando el Acuerdo no jurisdiccional de 1 de marzo de 2005, señalaban que "no pueden sumarse a estos efectos las penas de todos los delitos [...] en los casos de penas de prisión distintas, cada pena es independiente siempre y no se suman a los efectos del art. 53.3 del CP., más la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de TRES AÑOS en aplicación del art. 57.1 en relación con su artículo 48.2 CP.

El motivo se estima parcialmente.

QUINTO.- 4.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del art. 179 del Código Penal.

De la misma manera que en el caso anterior se debe sujetar el recurrente a los hechos probados, y éstos describen que:

"Pese a la ruptura de la relación, como quiera que el procesado deseaba seguir manteniendo sus relaciones con Elisabeth, para conseguirlo le dijo en varias ocasiones que si no estaba con ella enseñaría sus fotografías a la gente del pueblo, y eso le decía también cuando ella quería poner fin a la relación, ante lo cual Elisabeth, atemorizada y para evitar la vergüenza que para ella supondría que aquellas fotografías fueran vistas por otras personas, accedía a estar (o a seguir) con el procesado, en ocasiones solo para estar juntos, pero en otras ocasiones consintiendo tocamientos, y en algunas incluso accediendo a mantener relaciones sexuales completas con penetración vaginal, relaciones sexuales que le pedía el procesado bajo la advertencia de que si ella no accedía enseñaría las fotografías a otras personas, o en alguna ocasión advirtiéndola de que contrataría a unos quinquis para que le dieran una paliza a su madre, accediendo Elisabeth a mantener aquellas relaciones sexuales por temor a que el procesado hiciera aquello que le anunciaba. Estas relaciones sexuales realizadas bajo los indicados temores tuvieron lugar en un número de ocasiones no determinado con precisión, pero que serían en torno a diez veces, y tuvieron lugar entre agosto y diciembre de 2.014. Estos hechos no han derivado en consecuencias psicopatológicas significativas para Elisabeth, si bien afectaron a su nivel de autoestima".

En este caso lo que concurre es lo que podríamos denominar la amenaza por el recurrente de exhibición de material pornográfico propio de la víctima a la que se amenaza con la exhibición, lo que integra una doble conducta. La primera respecto a la exhibición del material fotográfico de la foto en posición sexual de la víctima, y en la segunda lo que se hace es, precisamente, conseguir el acceso carnal mediante la amenaza de la exhibición del mismo material fotográfico que en otras ocasiones ya le había remitido la propia víctima, lo que constituye la utilización de la exhibición, por un lado, y la amenaza de la exhibición como mecanismo coercitivo intimidatorio que utiliza el recurrente para conseguir sus conductas perversas.

Se alega por el recurrente "que no concurriría la intimidación exigible a los efectos de la integración del tipo penal de agresión sexual, no habiéndose practicado prueba de cargo que acredite la existencia de esas amenazas, siendo ilógico que Elisabeth continuara manteniendo su relación sentimental con el procesado hasta enero de 2015, como demostraría el amplísimo informe pericial sobre las conversaciones por whatsapp"

Se sostiene la no existencia de las amenazas y que los mensajes evidencian lo contrario, pero no pueden elegirse unos aislados sin desconocer que el tribunal ha admitido la declaración de la víctima que sostiene la existencia de esta intimidación coactiva para cumplir los deseos del recurrente de seguir estando con ella bajo la coerción psicológica de que si no lo hacía enseñaba las fotografías de las que disponía.

Ya hemos precisado y señalado con detenimiento la existencia de prueba bastante en estos términos en torno a la consideración de que sí que existió esa presión del recurrente articulada por la extorsión psicológica de seguir estando con él la víctima bajo la amenaza de enseñar las fotografías, llegando a tener hasta diez accesos carnales.

Sobre el concepto de intimidación hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 282/2019 de 30 May. 2019, Rec. 10561/2018 que:

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

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

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

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

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

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

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

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, "hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que "el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre).

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto y en relación a la intimidación hemos señalado, STS. 1689/2003, que el art. 178 CP. que describe el tipo básico de las agresiones sexuales vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender



consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecte al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual.

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

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

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

Así, pese a la negativa del recurrente hay que señalar que el hecho probado describe una conducta intimidante, y en la que aunque él lo niegue y describa que había voluntariedad en la relación la víctima declara lo contrario, ya que afirma que cedía a esos accesos carnales por la amenaza de difundir las fotografías, por lo que la "voluntariedad" es inexistente.

El recurrente sostiene que las amenazas no son serias, pero hay que tener en cuenta que objetiva y subjetivamente lo son, ya que supone la coerción de exhibir fotografías de la víctima de alto contenido sexual, que era el mecanismo que utilizaba para "mantener su relación con ella". Y pese a que él sostiene que seguía esa relación la víctima confirma que lo era por esa intimidación ejercida, ya que él enraza el mantenimiento de la relación basado en la coacción psicológica de las amenazas de que "se portara bien con él", o actuaría con las amenazas que constan en los hechos probados.

Debe destacarse la "suficiencia" de esas amenazas para integrar la intimidación configurada ad intra y ad extra desde el punto de vista y prisma de la víctima en orden a que, aunque en ocasiones solo eran tocamientos, hubo hasta 10 accesos carnales motivados no desde la voluntariedad, sino para que no enseñara las fotografías. Existe, por ello, intimidación determinante de la agresión sexual continuada por la que ha sido condenado.

Ahora bien, lo que sí que habría que graduar es la respuesta punitiva dada a los hechos probados, tal cual han sucedido, y en base a las propias declaraciones de la víctima, encontrando una mejor y más adecuada a los hechos fijación de la pena en la de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, (mitad superior) con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de DIECIOCHO AÑOS, superior en nueve años a la duración de la pena privativa de libertad impuesta por este delito, manteniendo el resto de medidas y responsabilidad civil acordadas en sentencia.

Evidentemente que los hechos probados tienen que llevar un reproche penal tal cual se declaran, y la libertad de la víctima a tener sus contactos sexuales cuando lo desee, y no cuando le sean impuestos por coerción psicológica intimidatoria como aquí ha ocurrido, aunque haya habido relaciones previas o concomitantes temporalmente a los hechos probados, pero la adecuación punitiva de los mismos hechos probados teniendo en cuenta las declaraciones de la víctima, y la sucesión de acontecimientos producidos en el periodo enjuiciado post ruptura permiten una más adecuada individualización judicial en la pena impuesta con rebaja de dos años de prisión y la corolaria de la pena ex art. 48.2 en relación con el art. 57.1 CP.

Debe entenderse que en el análisis de la gravedad de la culpabilidad del autor se ajusta más y mejor la penalidad impuesta ahora, al suponer ya una *reprochabilidad suficiente* a los mismos hechos y en el propio contexto de las declaraciones de la víctima a la que se da credibilidad, pero en todo su contexto y contenido, y, por ello, en las que debe darse cabida a todo el conjunto de lo sucedido en los diversos vaivenes de la relación para determinar que esta *gravedad* de lo ocurrido en sus justos términos, y en vista de lo sucedido en el periodo



enjuiciado, debe ser traducida en una cantidad de pena que este Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la ley en su mitad superior, pero en base a todo el contexto de los hechos.

El motivo se estima parcialmente

SEXTO.- 5.- Infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, en relación a los documentos designados en nuestro escrito de preparación del recurso.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 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 de 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;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con intermediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Como ya hemos expuesto en otras resoluciones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 182/2000 de 8 Feb. 2000, Rec. 404/1999) la propia relevancia de los dictámenes periciales, justifica la consolidada doctrina de la Sala relativa a la excepcionalidad de los mismos para entenderlos incluibles en el apartado segundo del artículo 849, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

- a) La existencia de un único o varios dictámenes periciales absolutamente coincidentes, sin que existan otras pruebas sobre los hechos que constituyen su objeto, de forma que la Audiencia no disponga de otros medios que le permitan apreciar divergencias o desviaciones capaces de contradecir lo constatado en aquéllos; y
- b) Dándose lo anterior, tratándose de hechos relevantes en relación con los efectos jurídicos pretendidos por las partes, siempre que el Tribunal haya omitido los mismos o introducido en la premisa histórica conclusiones divergentes o contradictorias sin expresar motivación alguna de ello. Concurriendo los requisitos anteriores la prueba pericial debe ser incluida en el supuesto del artículo 849.2 (también S.T.S. de 22/11/1999).

Lo que habrá que valorar es si los informes periciales que se invocan han sido contrarrestados por otros medios probatorios que han llevado a la convicción del Tribunal de que el relato de hechos se evidencia y desprende de la prueba practicada, y que ésta queda debidamente explicada en contradicción a los documentos que como pericial refiere la parte recurrente.

Se vuelve a incidir en una interpretación distinta de la finalización de la relación, cuestión que ya ha sido analizada y no puede tener entrada por la vía del art., 849.2 LECRIM, además de referirse a una interpretación



personal del recurrente de que la relación entre ellos era también voluntaria en el periodo posterior a Agosto de 2014, lo que queda acreditado que no fue así, aunque ella aceptara verse en ocasiones con él, como puede acreditar la existencia de mensajes, pero ello no excluye en modo alguno la realización de las conductas que quedan probadas en un clima creado por el recurrente de temor y amenazas por el miedo de la víctima a que él exhibiera las fotografías de contenido sexual en una localidad tan reducida como en la que residían.

Por ello, ni el informe policial, ni el pericial pueden ser objeto de alegato como documental ex art. 849.2 LECRIM, como hemos reiterado en doctrina de la Sala, y el pericial más aún si se trata de una apreciación subjetiva de su propia valoración, así como lo mismo con la existencia de los mensajes, que valora subjetivamente y con abstracción y olvido del resto de las pruebas ya expuestas.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Damaso**, con estimación parcial de sus motivos tercero y cuarto, y desestimación del resto; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Segunda, de fecha 12 de noviembre de 2018 que le condenó por delitos de elaboración y exhibición de pornografía infantil y de violación. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 1074/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 3/2016, dimanante del sumario nº 1/2016, del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000, seguido por delitos de elaboración y exhibición de pornografía infantil y de violación contra el acusado **Damaso**, provisto de D.N.I. nº NUM001; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 12 de noviembre de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente:

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



ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos condenar al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito previsto y penado en el art. 197.7 del Código Penal a la pena de NUEVE MESES DE MULTA A RAZÓN DE 6 EUROS DIARIOS con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, más la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de TRES AÑOS y como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE VIOLACIÓN, arts. 178 y 179 CP a la pena de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de DIECIOCHO AÑOS, manteniendo el resto de medidas y responsabilidad civil acordadas en sentencia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos condenar al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito previsto y penado en el art. 197.7 del Código Penal a la pena de NUEVE MESES DE MULTA A RAZÓN DE 6 EUROS DIARIOS con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas, más la PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de TRES AÑOS y como autor responsable de UN DELITO CONTINUADO DE VIOLACIÓN, arts. 178 y 179 CP a la pena de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y DE APROXIMACIÓN, a una distancia inferior a DOSCIENTOS METROS, respecto de la persona de Elisabeth por tiempo de DIECIOCHO AÑOS, manteniendo el resto de medidas y responsabilidad civil acordadas en sentencia. Todo ello, sin costas en esta sede.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García