

Roj: **STS 89/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:89**Id Cendoj: **28079120012020100018**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/01/2020**Nº de Recurso: **10097/2019**Nº de Resolución: **670/2019**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10097/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 670/2019**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 10097/2019 interpuesto por Baldomero representado por el procurador D. José Fernando Lozano Moreno bajo la dirección letrada de D.^a Carmen Ventoso Blanco, contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, en el Recurso de Apelación 46/2018, en el que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Baldomero, se revocó en parte la sentencia dictada el 23 de julio de 2018 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Sumario 51/2017, y condenó al ahora recurrente como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años (Leocadia), de los artículos 183.1 del Código Penal, revocó y suprimió el apartado 4 del fallo de la sentencia recurrida y confirmó el resto de los pronunciamientos de dicha sentencia incluidas las aclaraciones y correcciones de los autos de fechas 17 de septiembre de 2018 y 25 de octubre de 2018. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Casimiro ejercitando la acusación particular, representado por la procuradora doña María Soledad Urzáiz Moreno bajo la dirección letrada de doña Emma Alonso Méndez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 4 de los de DIRECCION000 incoó Sumario n.º 439/2017 por delito de abusos sexuales, contra Baldomero, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta. Incoado el Sumario 51/2017, con fecha 23 de julio de 2018 dictó



sentencia n.º 156/2018 en la que, aclarada por auto de 17 de septiembre de 2018 y corregida por el de 25 de octubre de 2018, se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El acusado D. Baldomero, nacido el NUM000 de 1978, ejecutoriamente condenado por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en Sentencia de 20/2/2013 (firme el 21/1/2014) a la pena de 2 años de prisión por un delito de abuso sexual sobre menor del art. 181 CP (sustituida el 23/10/2014 por 24 meses de multa) y prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima durante 2 años y 2 meses (que extinguió respectivamente el 16/2/2015 y el 10/5/2016), está en prisión provisional por esta causa por Auto de fecha 14 de octubre de 2016 (si bien quedó en libertad provisional durante el periodo comprendido entre el 12/12/2016 y el 10/2/2017, volviendo a su situación de prisión provisional el día 10/2/2017), cometió los siguientes hechos:

I) Aproximadamente a finales de enero de 2016 el procesado, que contaba con 37 años de edad, empezó a mantener relaciones sexuales con la menor Nuria, nacida el NUM001 de 2001 y quien en ese momento contaba con 14 años de edad, que acababa de empezar a entrenar en el equipo de fútbol sala con sede en la localidad de DIRECCION001, donde el procesado ejercía las funciones de entrenador. Dichas relaciones sexuales, que mantuvieron ambos en distintos momentos y lugares, entre ellos DIRECCION000, desde esa fecha y hasta la detención de Baldomero en octubre de 2016, eran completas y consistieron en penetraciones vaginales, felaciones que la menor le hacía al acusado, e introducción de dedos y lengua de éste en su vagina.

II) Durante ese periodo Baldomero solicitó en diversas ocasiones a Nuria, a través de las aplicaciones DIRECCION002, DIRECCION003 y DIRECCION004 que le enviara fotos y vídeos de ella desnuda y en actitud sexual explícita, a lo que Nuria accedió en repetidas ocasiones, siendo otras ésta quien se las enviaba voluntariamente. En dichos archivos de imagen y video podía observarse a Nuria exhibiendo sus pechos y sus genitales en actitud sexual explícita.

También en fechas de 1 y 6 de mayo de 2016 el procesado realizó por sí o instó a Nuria a realizar sendas grabaciones de vídeo en las que se puede observar a Baldomero introduciendo su pene en la boca de la menor y un dedo o la lengua en su vagina, archivos que ambos guardaron en la memoria de sus respectivos teléfonos móviles. No consta que esos archivos hubieran sido difundidos a través de las redes sociales a terceras personas.

III) En fecha no determinada, posterior al 1 de mayo de 2016 y anterior al mes de octubre de ese año, el procesado, guiado por un propósito libidinoso y de satisfacción sexual, mostró a Leocadia, de 15 años de edad, uno de tales videos que guardaba en su terminal telefónico, en el que podía observarse al acusado introduciendo su pene en la boca de Nuria.

IV) En fecha no determinada, posterior a la del anterior episodio, y anterior a la detención del acusado, se encontraban el acusado, Nuria e Leocadia en el interior del automóvil del primero, estacionado en las inmediaciones del Monte de DIRECCION005 (DIRECCION000), y cuando estaban sentados los dos primeros en la parte delantera del vehículo y en actitud sexual, el procesado, guiado por un propósito libidinoso, pasó la mano por el muslo izquierdo de Leocadia con intención de tocarle el culo y sus órganos genitales, lo que le impidió la menor apartándole la mano, sin que Baldomero hubiera continuado con sus actos."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **FALLO**

1.- Condenamos a D. Baldomero, como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales con acceso carnal con una menor de 16 años; ya definido, con la agravante de reincidencia, a la pena de 11 años y 1 día de prisión, con inhabilitación absoluta para el tiempo de la condena; y la pena accesoria de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Nuria, de su domicilio, centro escolar, lugar de trabajo o cualesquiera otros que frecuente, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 12 años y 1 día. Abónese el periodo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena.

2.- Condenamos igualmente a D. Baldomero como autor de un delito continuado de elaboración de pornografía infantil sobre menor de 16 años, ya definido, a la pena de 7 años y 1 día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la pena accesoria de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Nuria, de su domicilio, centro escolar, lugar de trabajo o cualesquiera otros que frecuente, así como de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 8 años.

3.- Condenamos al procesado D. Baldomero, como autor responsable de un delito de exhibición de material pornográfico entre menores de edad, ya definido, a la pena de prisión de 9 meses y 1 día, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena accesoria de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Leocadia, de su domicilio, centro escolar, lugar de trabajo o



cualesquiera otros que frecuente, así como de comunicarse con ella por cualquier Medio por tiempo de 1 año y 9 meses y 1 día.

4.- Imponemos al procesado D. Baldomero la medida de libertad vigilada por tiempo de 7 años, que se cumplirá después de la pena privativa de libertad, consistente en prohibición de acudir a eventos, espectáculos públicos, privados o deportivos, recintos o acontecimientos públicos o deportivos destinados a menores de edad; prohibición de llevar a cabo actividades de carácter laboral, participativo, lúdico o deportivo organizadas en las que intervengan menores; y la prohibición de aproximarse a los recintos en los que se estén llevando a cabo tales, espectáculos o eventos a una distancia inferior a 500 metros; y deberá someterse asimismo a un programa de educación sexual.

5.-Le imponemos igualmente la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de 16 años y 1 día en relación con el delito del apartado 1º, y por un tiempo de 11 años y 1 día en relación con el delito del apartado 2º.

6.- Imponemos a dicho condenado la obligación de pagar las costas causadas por dichos delitos, incluidas las de la acusación particular.

7.- Absolvemos a dicho procesado de los delitos de abuso sexual sobre menor de 16 años en relación a la menor Leocadia , de exhibición de pornografía infantil sobre menor de 16 años, abusando el responsable de su posición de confianza y autoridad, de un delito de exhibición de pornografía infantil sobre menor de 16 años, abusando el responsable de su posición de confianza y autoridad, y de un delito de incitación a menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de-naturaleza sexual, declarando de oficio las costas causadas por dichos delitos.

8.- Igualmente D. Baldomero deberá indemnizar a Nuria en 10.000€ y a Leocadia en 500€ en concepto de responsabilidad civil.

9.- Se acuerda el comiso del teléfono móvil intervenido al Sr. Baldomero , con entrega a la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil para su aprovechamiento, previa eliminación del material pedófilo que contiene el dispositivo, su destrucción. Así como también la restitución a Teresa de su teléfono móvil, previa eliminación del material pedófilo que contiene el dispositivo, y al Sr. Baldomero del material informático y de almacenamiento intervenido en su domicilio y vehículo.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, adoptando las medidas que sean necesarias para la supresión de los datos personales de los implicados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 del Estatuto de la Víctima y de los arts. 235 bis y 236 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a efectos de impedir la difusión de informaciones que permitan la identificación de la víctima; medidas que son también exigibles a las partes personadas en el procedimiento.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE APELACION** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que ha de Presentarse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, ante este Tribunal dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E.Criminal."

TERCERO- Recurrida en casación por la representación procesal de Baldomero y por el Ministerio Fiscal la referida sentencia, se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que, en fecha 17 de enero de 2019, complementada por auto de 11 de febrero de 2019, dictó sentencia n.º 6/2019 con el siguiente fallo:

"Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el M. Fiscal, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Procurador D. Pedro Sanjuan Fernández, en nombre y representación de Baldomero y bajo la dirección de la Sra. Letrada Da Carmen Ventoso Blanco, contra la sentencia dictada en fecha 23/07/2018 por la Sección Quinta de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Sumario Ordinario 51/2017, derivado de la causa instruida con el número 439/2017 por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de DIRECCION000 , por el delito de abusos sexuales y confirmando en lo esencial y en su mayor parte dicha sentencia, debemos revocarla y la revocamos en parte y, en consecuencia, debemos condenar y condenamos a Baldomero como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años siendo víctima la menor Leocadia , con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia a las penas de prisión de cuatro años y un día, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de la menor Leocadia , así como prohibición de aproximarse a su domicilio, centro escolar o de trabajo o cualquier otro que frecuente, y la de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 9 años y seis meses, inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de



edad por un tiempo de ocho años, con imposición de la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, y que durará cinco años y seis meses, consistente en prohibición de acudir a eventos espectáculos, públicos y privados, incluidos los deportivos, destinados a menores de edad, prohibición de llevar a cabo actividades en las que intervengan menores, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de los recintos en que se estén llevando a cabo tales espectáculos o eventos, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de la menor Leocadia , así como prohibición de aproximarse a su domicilio, centro escolar o de trabajo o cualquier otro que frecuente, así como la de comunicarse con ella por cualquier medio y sometimiento, en los términos legalmente previstos, a programa de educación sexual.

Se revoca y suprime el apartado 4 del Fallo de la sentencia recurrida y debemos confirmar y confirmamos el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, incluidas las aclaraciones y correcciones de los autos de fechas 17/09/2018 y 25/10/2018, que no contradigan los pronunciamientos de esta resolución, con la modificación de imponer a Baldomero la medida de libertad vigilada por cada uno de los delitos por los que venía condenado, que se ejecutarán con posterioridad a las penas privativas de libertad impuestas y con el mismo contenido en todo caso, consistente en prohibición de acudir a eventos espectáculos, públicos y privados, incluidos los deportivos, destinados a menores de edad, prohibición de llevar a cabo actividades en las que intervengan menores, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de los recintos en que se estén llevando a cabo tales espectáculos o eventos, prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de la menor Leocadia , así como prohibición de aproximarse a su domicilio, centro escolar o de trabajo o cualquier otro que frecuente, así como la de comunicarse con ella por cualquier medio y sometimiento, en los términos legalmente previstos, a programa de educación sexual, medida que durará 8 años por el delito identificado en el fallo de la sentencia recurrida con el nº 1, 6 años por el delito identificado en el fallo de la sentencia recurrida con el nº 2 y 2 años por el delito identificado en el fallo de la sentencia recurrida con el nº 3, todo ello confirmando la expresa condena en costas de la sentencia recurrida extensiva al delito por el que se condena ex novo en esta sentencia, es decir el de abuso sexual a menor de 16 años del que fue víctima la menor Leocadia , con expresa declaración de oficio de las costas causadas en este recurso.

Debemos condenar y condenamos a Baldomero a indemnizar a la menor Leocadia en la suma de mil euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo preparándolo ante esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que de la misma se haga al Ministerio fiscal, a la representación de las demás partes y al propio acusado."

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

QUINTO.- El recurso formalizado por Baldomero , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 y 24.2 de la CE, por cuanto la falta de grabación del juicio oral celebrado en primera instancia, genera indefensión e imposibilita acceder de manera efectiva a los recursos legalmente previstos, desarrollando de manera fundada las discrepancias con el Tribunal de instancia; no existe posibilidad de verificar la prueba de cargo existente, lo que guarda también relación con el derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), por cuanto la sentencia impugnada y la dictada en primera instancia, han incurrido en infracción del referido precepto constitucional y derecho fundamental, por cuanto el fallo es incongruente y arbitrario, pues no se corresponde con el testimonio de los testigos que han declarado en el plenario, condenando al recurrente sin que haya existido prueba de cargo alguna, y menos "suficiente" para acreditar los hechos que se le imputan, cuando todo el círculo de la supuesta víctima, Nuria , y los miembros del equipo de las jugadoras que el acusado Baldomero entrenaba, declaran lo contrario a lo que se hace constar en la sentencia, incluso como hechos probados. la relación nació cuando estaba permitida legalmente.

Tercero.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), por indebida aplicación de los delitos de elaboración de pornografía infantil sobre menor de 16 años, artículos 189. 1. a) y 189. 2 a) del Código Penal, y concordantes, del delito de exhibicionismo y provocación sexual, exhibición de material pornográfico entre menores de edad, artículo 186,



189 del CP y concordantes y del delito de abuso sexual previsto en el artículo 183 del CP y concordantes. y de la pena accesoria de prohibición de aproximación, inhabilitación para profesión y oficio y libertad vigilada.

Cuarto.- Por infracción del precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías, y el derecho de defensa, y acceso a los recursos. se ha generado indefensión al recurrente, por cuanto dictada la sentencia se presentó escrito por la acusación particular interesando que se adoptaran las medidas cautelares de las penas accesorias de prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Nuria, incluidas las visitas a prisión, así como de acercarse a ella por cualquier medio, todo ello, en cuanto no recayera sentencia firme.

Quinto.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), por indebida aplicación del delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 183.1 del CP por el que se condena al recurrente en el sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia y por el que se le impone una indemnización en aclaración de sentencia posterior.

Sexto.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), por cuanto la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, ha incurrido en infracción del referido precepto constitucional y derecho fundamental, por cuanto el fallo es incongruente, y arbitrario pues no se corresponde con el testimonio de los testigos que han declarado en el plenario, condenando al recurrente sin que haya existido prueba de cargo "suficiente" para acreditar un delito de abuso sexual sobre Leocadia

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, Casimiro (acusación particular) el Ministerio Fiscal solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 4 de diciembre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso impugna la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 17 de enero de 2019. La sentencia recurrida confirmó la condena que la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra impuso a Baldomero como autor un delito continuado de abuso sexual, con acceso carnal, de una menor de 16 años, del artículo 183.1 del Código Penal; así como autor de un delito de elaboración de pornografía infantil sobre un menor de 16 años, del artículo 189.1 a) y 189.2 a) del Código Penal; y como autor de un delito de exhibición de material pornográfico a menores de edad, del artículo 186 del Código Penal. Además de ello, la sentencia dictada en apelación condena también al recurrente como autor de un delito de abuso sexual sobre menor de 16 años, perpetrado sobre la menor Leocadia y del que venía absuelto en la instancia.

1. El primer motivo del recurso se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que le genera indefensión la falta de grabación de una parte del juicio oral.

Sostiene el alegato que la falta de grabación de una parte de la declaración testifical de Teresa, madre de la víctima, genera indefensión material para el recurrente, pues no existe posibilidad de que los órganos judiciales que conocen del recurso puedan realizar un control externo que verifique si hubo o no prueba de cargo suficiente en el proceso, solicitando por ello la nulidad del juicio oral y de la sentencia que le puso término.

2. En lo relativo a la defectuosa grabación del juicio, debe recordarse que es el artículo 743 de la LECRIM el que regula el acta del juicio oral en el Procedimiento Ordinario. Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina judicial, el artículo 743 recoge:

" 1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Letrado de la Administración de Justicia deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Letrado de la Administración de Justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Letrado de la Administración de Justicia salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Letrado de la Administración de Justicia, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan



incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Letrado de la Administración de Justicia extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Letrado de la Administración de Justicia deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Letrado de la Administración de Justicia extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.

5. El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Letrado de la Administración de Justicia leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Este acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes."

Conforme a lo preceptuado, la documentación de las vistas ha de efectuarse de una forma u otra, dependiendo de los medios técnicos de que disponga el órgano judicial, o que se entienda que resulten más operativos en cada momento concreto, siendo responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia que la documentación quede suficientemente garantizada, aun con el residual y subsidiario mecanismo de un acta extendida por él sirviéndose de instrumentos informáticos o incluso de manera manuscrita, pues el artículo 453 de la LOPJ les atribuye " *con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias*", añadiéndose en el artículo 454 del mismo texto legal que ellos son " *responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes...*".

3. Tiene declarado esta Sala (STS 503/2012, de 5 de junio) que el acta es esencial a efectos de recurso, pues en ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones, y el contenido esencial de la actividad probatoria; añadiendo que, por ello, "el levantamiento y corrección del acta se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales". En esta misma sentencia destacábamos que la relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción (con cita de la STS de 26 de abril de 1989), o incluso en algún caso se ha llegado a la solución, que entendíamos más discutible por suponer un salto entre planos diferentes, de anudar a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (con cita de la STS 525/1995, de 1 de abril).

4. En todo caso, ello no supone que cualquier defecto en la grabación haya de derivar en la nulidad del juicio oral, por más que pueda no venir acompañada de otros instrumentos que salven o suplan la deficiencia de constancia en los términos contemplados en el artículo 743 de la LECRIM antes citado. Con independencia de que el defecto derive de una inaceptable desatención del adecuado funcionamiento inicial del sistema de registro digital, como cuando deriva de problemas técnicos sobrevenidos que no se avistan de inmediato, o cuando simplemente surge de que quienes intervienen en el acto del juicio oral emiten su voz en una dirección distinta al punto en el que se ubica el micrófono, es evidente que en esos supuestos la disfunción pasará inicialmente desapercibida, por lo que será imposible impulsar inmediatas correcciones o desplegar los mecanismos subsidiarios de documentación que permitan dejar completa constancia del desarrollo y del contenido del juicio. En estos supuestos, en la práctica nada infrecuentes, por más que el defecto se proyecta necesariamente sobre el derecho al recurso legalmente previsto, ni se modifica la naturaleza o límites de la impugnación, ni introduce por sí mismo una situación de indefensión material y concreta que justifique la nulidad automática del juicio oral que aquí se reclama.

5. Para los supuestos en los que sí hay un acta que refleja el contenido del acto judicial, hemos declarado que, solo cuando se revelen en ella hechos absolutamente incompatibles con lo expresado por los Magistrados en su sentencia, podrá suscitarse en rigor cuestión acerca de la veracidad de aquella (STS 46/2012, de 1 de



febrero, con cita de la sentencia 1403/2003, de 29 de octubre), si bien sin que el acta pueda reemplazar la percepción de las pruebas de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados (STS 1265/2005, de 31 de octubre) a partir del principio de inmediación (STS 1030/2010, de 2 de diciembre)

Por otro lado, es constante la doctrina que fija que la indefensión constitucionalmente prohibida es aquella que supone una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba, pues, como reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio): "el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC núm. 25/1991, de 11 de febrero; también SSTC 1/1996, de 15 de enero; 219/1998, de 16 de noviembre)". Decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1998 de 17 marzo, que "Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998, FJ 3.º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados (SSTC 155/1988, FJ 4.º; 112/1989, FJ 2.º) ".

En los mismos términos se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) indicando que para apreciar la existencia de una indefensión, con transcendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia, sino que debe constatar un impedimento a la facultad de alegar y demostrar en el proceso los derechos propios para pretender su reconocimiento, o de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, o 15/95).

Como sintetizábamos en nuestra sentencia 734/2010, de 23 de julio, la garantía constitucional de proscripción de indefensión puede resumirse en las exigencias de: a) Que sea real y efectiva, lo que no ocurre ante cualquier infracción procesal; b) que impida al titular el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; c) que sea ocasionada por el comportamiento del órgano jurisdiccional; d) que no quepa atribuir indolencia al propio titular del derecho; e) que se origine la imposibilidad de rectificación de procedimientos irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección. y f) que es carga de quien la alega su acreditación.

Y esta exigencia de una materialización efectiva de la indefensión derivada de los defectos que puedan surgir en la documentación del contenido de los debates del Juicio Oral, singularizada en algunas de las resoluciones de esta Sala más veteranas (STS 464/2015, de 7 de julio; y la STS 1000/2016, de 17 de enero), se sintetizó posteriormente en el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de 24 de mayo de 2017 que, tras proclamar la necesidad de garantizarse la autenticidad, la integridad y la accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso, concluye que " *Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolucón*". Contenido que ha sido aplicado por diversas sentencias posteriores como la STS 529/2017, de 11 de julio; o STS 84/2018, de 15 de febrero; o ATS 1334/2018, de 18 de octubre).

6. En definitiva, y sintetizando la jurisprudencia sobre el particular, una vez constatada la existencia de un defecto de grabación, procede valorar si el mismo es revelador de una verdadera indefensión material, a la vista del tipo de impugnación, la naturaleza de los motivos invocados, y las alegaciones que se incluyen en ellos; pero en todo caso, ha de tenerse presente que: i) las deficiencias en la grabación del juicio oral no alteran los márgenes del recurso de casación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación; ii) la deficiente grabación del juicio, no conlleva, en todo caso, indefensión, cuando el Tribunal de casación está en condiciones de evaluar, sin limitación, la corrección del juicio probatorio, en el caso concreto y en atención a las alegaciones del recurso; y iii) sería posible plantearse una indefensión si el recurrente precisa el contenido concreto de las pruebas, de manera alguna que sean incompatibles con lo expresado por los Magistrados en su sentencia y siempre que para resolver el recurso sobre este aspecto sea imprescindible conocer lo acaecido en el juicio no documentado.

7. En el caso que contemplamos, de los múltiples testimonios prestados en el juicio oral, solo una parte de la declaración testifical de Teresa ha fracasado en su conservación, debiendo rechazarse que del desajuste técnico pueda derivarse una eventual indefensión para el acusado. La dirección letrada que conduce la impugnación percibió directamente el testimonio analizado y expresa en su recurso que la omisión de la



grabación afecta al relato que abordó la testigo sobre el momento en el que su hija inició la relación con el acusado y sobre la actitud observada por el padre de la menor cuando supo de ella. Entiende esencial el testimonio, pues el recurrente sostiene la tesis de que las relaciones con la menor se iniciaron después de que la menor cumpliera los 13 años de edad, de suerte que cuando se fijó la edad de 16 años para otorgar un consentimiento válido en orden a mantener relaciones sexuales (LO 1/2015), modificando los 13 años que hasta entonces contemplaba el artículo 183 del Código Penal, el acusado siguió en la creencia inicial de que sus relaciones no contrariaban la ley penal. No obstante, alegato y testimonio resultan inconducentes a la pretensión revocatoria. Ni el Tribunal de instancia desconoce el contenido del testimonio prestado por la madre, al que hace referencia en determinados análisis de la sentencia, ni elude que su versión se sostuvo también por otros testigos. El Tribunal declara la responsabilidad penal del recurrente porque, con independencia de cuando se iniciaran las relaciones de pareja, obtiene la certeza de que el acusado supo de la reforma legislativa, y conoció por ello de la ilicitud de las relaciones sexuales que, a partir de la entrada en vigor de la reforma penal, mantuvo con una menor de 14 años de edad.

De este modo, se está en condiciones de evaluar -en plenitud y sin limitación- la corrección del juicio probatorio que ataca el recurso, lo que hizo el Tribunal de apelación cuando, en el primer fundamento de su resolución, expresa que el recurso no proyecta que el defecto en la grabación genere una indefensión material, indicando que: "*Aun así, aceptando que tal fuese el contenido omitido de esas declaraciones, su importancia y trascendencia es muy reducida y nunca causarían una efectiva indefensión siquiera ahora se acepte ese testimonio según la versión del apelante que haría referencia a datos no muy relevantes, de dudosa fiabilidad y que no empecerían la valoración del resto de la prueba practicada que ha sido relativamente profusa.*"

En todo caso el Tribunal "a quo", ex inmediate, resta casi toda credibilidad al testimonio parcialmente omitido, tal y como se razona por extenso en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida que a estos efectos se acepta por el tribunal".

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a su derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Sostiene el recurrente que su relación con Nuria se inició a finales de marzo del año 2015, tal como aseveró en el acto del plenario y como confirmó la propia Nuria, además de una amplia relación de testigos. Por ello, entiende que es absolutamente erróneo y contrario al resultado de la prueba hacer constar como hecho probado que la relación de pareja se inició a finales de enero de 2016. A partir de esta disconformidad destaca que Nuria nació el día NUM002 de 2001, por lo que tenía 13 años cumplidos cuando inició su relación con el acusado. Entiende que eso debería suponer aplicar los preceptos del Código Penal vigentes en la fecha de inicio de la relación, que sancionaba los hechos solo cuando la víctima fuera menor de 13 años. En todo caso sostiene que al no haber sido ilegal su relación inicial, no puede tenerse por acreditado que el acusado tuviera conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento cuando entró en vigor la reforma legislativa, cuya promulgación asegura que desconocía.

1. El recurrente desliza la denuncia de una infracción de ley en un motivo que se formula por quebranto de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. Sostiene que por haberse iniciado la relación afectiva bajo la vigencia del Código Penal en su redacción anterior a la reforma operada por LO 1/2015, y puesto que el artículo 183 condenaba la realización de actos de naturaleza sexual cuando se tratara de un menor de 13 años, es ese precepto el que debe regir la punibilidad de su comportamiento, por más que el 1 de julio de 2015 entrara en vigor el nuevo redactado que sanciona este tipo de relaciones cuando se mantengan con un menor de 16 años.

Como indicamos en nuestra STS 826/2017, de 14 de diciembre, de la que la propia sentencia de instancia se hace eco, el artículo 2 Código Penal reconoce la garantía penal (*nulla poena sine lege*), de la que es consecuencia necesaria la exigencia de irretroactividad, salvo que la nueva Ley sea más beneficiosa, complementando así la garantía criminal que recoge el artículo precedente. Constituye así una vertiente del principio de legalidad reconocido en los artículos 25.1 y 9.3 de la CE, que establece que: "*la Constitución garantiza el principio de legalidad... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*".

Un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal, inmerso como se dijo en las SSTC 8/81 y 15/81 en el de legalidad, significa que no es posible aplicar una Ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor; y al mismo tiempo indica que los efectos de una Ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contempla la situación más benignamente o porque tal situación haya dejado de contemplarse (STC 21/93 de 18 enero).



No obstante lo anterior, en el caso presente nos encontramos ante un delito continuado de abuso sexual, lo que ya hemos dicho que no supone una figura destinada a resolver en beneficio del reo los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino que es una verdadera realidad jurídica que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una unidad objetiva y subjetiva (SSTS 461/2006 de 17 abril; 1018/2007, de 5 diciembre o 1075/2009, de 9 octubre), con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (SSTC 484/2000, de 21 marzo o 136/2002, de 6 febrero). Y es esa consideración unitaria la que otorga plena vigencia al artículo 7 del Código Penal que indica que " *A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*"; sin que exista ninguna justificación para beneficiar al autor que, no obstante la novedosa punición de una conducta, no inhibió sus impulsos y continúe actuando como si la proscripción penal no existiera.

Como en el caso analizado en la sentencia que nos sirve de referencia, en el presente supuesto las distintas acciones ilícitas que conforman el delito continuado de abuso sexual se cometieron, según una declaración de hechos probados que el recurrente no discute en cuanto al periodo que el Tribunal proclama, al menos entre finales del año 2016 y la fecha de la detención del acusado el 13 de octubre de 2016; esto es, con muchos de los abusos perpetrados con posterioridad al 1 de julio de 2015, fecha en la que entró en vigor la reforma LO 1/2015.

Está claro que estos últimos hechos no pueden ser enjuiciados bajo la redacción que la Ley 5/2010 proporcionó al Código Penal, derogado ya en el periodo de actuación reiterada que recogen los hechos probados, como es también palmario que el delito continuado no solo se consume cuando se ejecuta la última acción que configura el complejo delictivo que se constituye en un ilícito penal por la conjunción de las distintas acciones que lo integran, sino que en este caso incluso se desarrolló suficientemente bajo el imperio de la nueva legislación. Por consiguiente, perpetrado y consumado el delito continuado objeto de enjuiciamiento bajo la vigencia de la nueva reforma, serán las disposiciones de esta las aplicables a tal efecto, sin extenderse en el tiempo la vigencia de una Ley después de la fecha de su derogación.

2. En lo que hace referencia al quebranto de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, ya hemos indicado en diversas ocasiones que al introducirse el juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que impone la presunción de inocencia, se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese es el espacio en el que se coloca la alegación del motivo, en la que se niega que exista prueba de cargo que sustente que las relaciones entre el acusado y Nuria comenzaran a finales de enero de 2016, tal y como la sentencia de instancia sostiene, y no en el mes de marzo de 2015 como la defensa aduce; añadiendo también el motivo que lo que refleja la prueba es que el recurrente continuó con dichas relaciones al ignorar que se había producido la reforma penal.

La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que en los procedimientos con doble instancia contemplados en el artículo 847.1.a de la LECRIM, el control casacional de las sentencias que les pongan término, no solo comporta realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación, sino que también puede ajustarse a revisar los juicios de inferencia que se hayan alcanzado en la instancia, a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado el tribunal de apelación en el caso de que el argumento hubiera sustentado el previo recurso devolutivo ante él, de suerte que, en definitiva, el ámbito del control casacional se refiere a la ponderación y argumentación que sobre la cuestión haya exteriorizado el tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante.

Se ha explicitado también en numerosas resoluciones de esta Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), que la labor que corresponde al tribunal de apelación en la encomienda de supervisar la valoración de la prueba hecha por el juzgador de instancia, cuando se alega ante él la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del juzgador a quo, porque solo a este corresponde esa función valorativa, sino verificar que, efectivamente, el tribunal de instancia contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que entraña que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/01, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

Es cierto, como se ha dicho, que la inserción del elemento de la razonabilidad dentro del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia genera un espacio común en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial efectiva. En todo caso, el control por parte del tribunal de apelación de la coherencia del juicio probatorio del tribunal a quo, particularmente cuando lo que se invoca es un quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no pasa por exigir un juicio valorativo en el que se detallan todas las pruebas



que se han tenido en cuenta, sino que el Tribunal de instancia fije con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos -muy especialmente cuando hayan sido controvertidos-, tanto porque permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, o la corrección técnica de la decisión dada por el tribunal, cuanto porque facilita el examen de la lógica y racionalidad de sus conclusiones fácticas.

De este modo, por más que no sea necesario razonar lo que resulta obvio, ni sea tampoco exigible un discurso exhaustivo sobre hechos aceptados por el acusado, en lo que se refiere a los hechos negados, no reconocidos por este o de cualquier forma cuestionados o discutidos, las pruebas a considerar al verificar la racionalidad del proceso valorativo no son solo aquellas que lógicamente conduzcan a la conclusión obtenida por el tribunal, sino todas aquellas que hayan sido traídas por las partes y que puedan destruir o debilitar la convicción hasta conducirla al campo de lo incierto, lo remoto o lo especulativo.

Por último, debe recordarse, conforme la doctrina constitucional, que el control de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde la suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa). En todo caso, es pacífica la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala que proclama que el control en este último supuesto ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales de instancia quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías, del acervo probatorio; de modo que solo puede considerarse 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 (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre o 123/2006 de 24 abril, entre otras).

Desde esta consideración de la función casacional como evaluadora de que la supervisión que ha hecho el Tribunal de apelación respete las reglas anteriormente expuestas de valoración del juicio probatorio del Tribunal de instancia, debe rechazarse la pretensión que sustenta el motivo.

Si bien es cierto que la defensa presentó una amplia prueba testifical que sustentaba que las relaciones entre el acusado y Nuria pudieron principiarse antes de la entrada en vigor de la reforma penal, el Tribunal de instancia rechaza esa tesis, no solo por la escasa credibilidad que otorga a unos testigos en los que percibió un interés de favorecimiento al acusado, sino sobre la base de una prueba objetiva, cual es la conversación mediante mensajes telefónicos mantenida el día 30 de marzo de 2016, en la que Nuria recuerda al acusado (f. 365) que ese día era especial porque cumplían dos meses juntos y le daba las gracias por ello, respondiéndole el acusado (f. 366) que ese día 31 -en clara referencia al 31 de enero- había cambiado su vida, dándole también las gracias por esos dos maravillosos meses.

En todo caso, como bien destaca también la sentencia de instancia, aun cuando la relación hubiera comenzado en un periodo anterior -lo que la sentencia solo contempla a efectos argumentales- tampoco puede sostenerse la acreditación del sustrato fáctico que sería preciso para la apreciación del error completo o incompleto de prohibición que la defensa postula.

El Tribunal de instancia destaca que el recurrente, a partir de enero de 2016, era plenamente consciente de que Nuria tenía 14 años de edad. La inferencia se extrae con claridad del hecho de que Nuria se incorporó al equipo de fútbol que entrenaba el recurrente en el mes de enero de 2016, haciéndolo en el equipo de cadetes, por lo que el acusado no solo vio el documento nacional de identidad perteneciente a la menor, sino que sabía que en modo alguno podía tener 16 años, dado que pertenecen a la categoría de cadetes los que cumplen en el año de participación (2016), los 14 o 15 años de edad. En todo caso, destaca además el Tribunal la conversación mantenida entre ambos el 30 de marzo de 2016 (f. 366), en la que tras agradecerse recíprocamente los dos meses que llevaban juntos, el recurrente manifiesta explícitamente saber que Nuria tenía entonces 14 años.

Por otro lado, además de conocer la edad de Nuria, el Tribunal concluye que el acusado sabía de la reciente proscripción penal de realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, aun contando con su consentimiento. El Tribunal de instancia extrae su conclusión no solo del hecho de que fuera advertido por varios adultos del riesgo de mantener relaciones con Nuria, sino por la especial cautela que el acusado hubo de observar sobre esta cuestión, no solo por contar con antecedentes penales por un delito de naturaleza sexual, sino por su función tutora de un grupo de chicas jóvenes.

En todo caso, la inferencia es palmaria si se consideran los mensajes telefónicos cruzados entre el acusado y Nuria. En una conversación sostenida el 28 de enero de 2016 (f. 367) el acusado se lamenta de que Nuria



no fuera un poco más mayor. En otra de 12 de marzo de 2016, tras conversar ambos sobre la edad de 14 años que tenía entonces Nuria, ésta reconoce tener miedo por el acusado, respondiéndole el acusado que " *el que puede terminar en la cárcel soy yo*" (f. 364 y 365). En el mismo sentido se expresan el 24 de abril de 2016 (f. 366), cuando Nuria se preocupa porque el acusado pueda tener problemas y " *que te metan en la cárcel por mi culpa. Buff, eso sí que no*". Por último, el 9 de agosto de 2016 (f. 367), en relación a una conversación mantenida por el acusado con Nuria, el recurrente admite que " *para meterme en la cárcel sobra, y después ya me defenderé como pueda, eso funciona así*". Es evidente que estas manifestaciones solo se explican si el acusado conocía la nueva regulación penal, pues si entendiera que su relación era lícita a la vista de una legislación anterior que ignoraba derogada (tal y como la defensa sostiene), cualquier referencia al miedo de entrar en prisión resultaría injustificada y absurda, por imposible.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 1. El tercer motivo se formula al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 LECRIM. El recurrente denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, así como la indebida aplicación de los delitos de elaboración de pornografía infantil sobre menor de 16 años (artículos 189. 1. a) y 189. 2 a) del Código Penal); del delito de exhibicionismo y provocación sexual, exhibición de material pornográfico entre menores de edad, artículo 186 y 189 del CP; del delito de abuso sexual previsto en el artículo 183 del CP y concordantes; además de la indebida aplicación de la pena accesoria de prohibición de aproximación, inhabilitación para profesión y oficio y libertad vigilada.

El incorrecto planteamiento técnico del motivo, en el que se entremezcla la denuncia de infracción de preceptos constitucionales y sustantivos, además de no expresar los fundamentos legales o doctrinales por los que se sostiene la indebida aplicación de estos (art. 874.1.º LECRIM), circunscribe la resolución a los verdaderamente contemplados en el desarrollo del alegato.

El motivo destaca que fue la menor Nuria quien se hizo y envió las fotografías sexuales al acusado, sin que Baldomero se las pidiera. Expresa también que los vídeos sexuales en los que aparecen los dos, los realizó ella de manera espontánea y que fue después cuando decidió remitírselos al acusado, de suerte que ni aquellas ni estos pueden entenderse confeccionados desde la utilización de menores de edad. En segundo término, en lo que hace referencia a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, el recurrente señala que si bien enseñó uno de esos vídeos a la menor Leocadia, esta misma reconoce que lo había visto anteriormente, en una ocasión en la que tuvo a su disposición el teléfono del entrenador para operar en las redes sociales, habida cuenta que su teléfono carecía de saldo para operar con datos. Entiende por ello que los hechos no contravienen la finalidad de la norma y que procede la absolución por este delito.

2. En lo que hace referencia al delito de elaboración de pornografía infantil, la parte recurrente, de modo procesalmente incorrecto, acumula en este motivo la solicitud de modificación del relato fáctico a través del número 852 de la LECRIM y la indebida aplicación del tipo penal sustantivo en el que se asienta la condena del acusado, esto es, del artículo 189 del Código Penal. Ambos motivos son esencialmente incompatibles, pues el cauce del 849.1.º impone respetar el relato fáctico de la sentencia de instancia, mientras el artículo 852 discrepa precisamente de sus conclusiones y aspira a que quede sin efecto. Lo correcto sería formular en primer lugar un motivo por error de hecho en la valoración probatoria, para incluir en el relato fáctico una referencia a que la génesis de fotografías y vídeos es la que el recurso sostiene, e interponer seguidamente un motivo de infracción de ley, para el supuesto de que prospere el anterior.

El cuanto a la valoración probatoria, la sentencia de instancia declara probado que " *Durante ese periodo Baldomero solicitó en diversas ocasiones a Nuria, a través de las aplicaciones DIRECCION002, DIRECCION003 y DIRECCION004 que le enviara fotos y vídeos de ella desnuda y en actitud sexual explícita, a lo que Nuria accedió en repetidas ocasiones, siendo otras ésta quien se las enviaba voluntariamente. En dichos archivos de imagen y video podía observarse a Nuria exhibiendo sus pechos y sus genitales en actitud sexual explícita*". Y añade que: " *También en fechas de 1 y 6 de mayo de 2016 el procesado realizó por sí o instó a Nuria a realizar sendas grabaciones de vídeo en las que se puede observar a Baldomero introduciendo su pene en la boca de la menor y un dedo o la lengua en su vagina, archivos que ambos guardaron en la memoria de sus respectivos teléfonos móviles. No consta que esos archivos hubieran sido difundidos a través de las redes sociales a terceras personas*".

La conclusión en la instancia es conforme con la valoración de los elementos concurrentes. De un lado, las imágenes fotográficas con contenido sexual explícito que Nuria envió al recurrente son múltiples, de modo que puede inferirse que el recurrente impulsaba su realización desde el momento en que no puso término a la actividad, destacando incluso la sentencia que Nuria no excluyó en su testimonio que el recurrente pudiera habérselas solicitado en alguna ocasión. Por otro lado, en lo que hace referencia a los vídeos, además de haberse tomado en el reducido espacio interior del automóvil en el que la pareja se encontraba, lo que ya de



por sí sugiere el concierto de los protagonistas, destaca que uno de los vídeos recoge un comportamiento sexual de iniciativa de la menor, dispersando cualquier sugerencia de que la grabación pudiera abordarse por otro que no fuera el recurrente, en cuyo teléfono se encontró después la grabación. Como no resulta tampoco ilógico que el Tribunal de instancia pueda extraer el convencimiento de que la grabación fue impulsada por el recurrente, por lo incomprensible que resultaría que una menor grabe la intimidad de un adulto de 37 años y desvele su comportamiento remitiendo las grabaciones a este, si la grabación no cuenta con su beneplácito. Una valoración que la sentencia impugnada entiende adecuada, al expresar el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia que la recepción y el almacenamiento de tales contenidos evidencia una petición implícita, pues nadie que, consciente de la ilicitud de esas conductas, aceptase tales contenidos y los almacenase o utilizase, podría negar que su comportamiento es inadecuado, ya que toda norma civilizada de mera educación y la ley obligan a impedir tales comunicaciones y contenidos, rechazándolos y advirtiendo a quien los protagoniza del rechazo.

En lo tocante a la consideración sustantiva del precepto, el artículo 189.1.a del Código Penal sanciona: "*El que captare o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas*", previéndose como subtipo agravado aquellos supuestos en los que se utilice menores de 16 años (art. 189.2).

En lo que a este procedimiento interesa, se trata de un delito cuya acción consiste en la creación o producción de material de pornografía infantil, diferenciándose en ello de la conducta prevista en el artículo 183 ter 2 (embaucar a un menor para obtener imágenes pornográficas de este), que se configura como una tentativa al delito previsto en el artículo 189.1, al hacer referencia al *sexting* (de *sex* y *texting*), esto es, al envío de mensajes o fotografías propias reales o simuladas, para lograr del embaucado la remisión de material pornográfico o para que le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca el menor.

La reforma operada por la LO 1/2015 introduce la consideración del legislador de que a los efectos de este delito se considera pornografía infantil, entre otros contenidos, todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, además de cualquier representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales; interpretación auténtica que deriva de una tradicional posición jurisprudencial en la que habíamos proclamado que por pornografía había de entenderse aquello que desbordaba los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas que fueran más allá de la mera desnudez.

Hemos indicado también que el bien jurídico protegido se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual (STS 796/2007, de 1 de octubre o 332/2019, de 27 de junio, entre otras); destacando que las conductas descritas en el art. 189 tienen en común que el sujeto pasivo es un menor de 18 años (o incapaz) y que su consentimiento no es válido al existir una presunción legal en el sentido de que no concurren condiciones de libertad para el ejercicio de la sexualidad por parte de estos, cuando dicho ejercicio implica su utilización por terceras personas con fines pornográficos o exhibicionistas, lo que implica que un sector doctrinal considere también objeto de protección la dignidad del menor o su derecho a la propia imagen, justificando así la irrelevancia del consentimiento de los menores de 18 años que deciden intervenir en la elaboración del material pornográfico, incluso sin mediar abuso de superioridad o engaño, cuando ese consentimiento, por el contrario, sí sería válido para la práctica de relaciones sexuales cuando no mediasen tales circunstancias (SSTS 803/2010, de 30 de septiembre o 332/2019, de 27 de junio).

Lo expuesto muestra la tipicidad de los hechos, por más que las imágenes en las que se asienta la condena fueran obtenidas y facilitadas con la complicidad de la menor, pues si se dio esta participación voluntaria fue precisamente por la actuación delictiva del recurrente que, quebrantando el derecho a la indemnidad sexual de una menor de 16 años, así como el adecuado respeto del derecho a su propia imagen en un periodo de su formación en el que no se perciben con claridad los perjuicios que pueden derivarse de la circulación incontrolada de determinado material sexual que le hace referencia, impulsó a Nuria a realizarse fotografías sexualmente explícitas, además de elaborar con ella material videográfico de contenido pornográfico en reiteradas e individualizadas ocasiones.

3. Respecto a la exhibición de este material a la también menor Leocadia, el recurso admite que tuvo lugar, si bien cuestiona el alcance penal de la acción desde la consideración -admitida por el Tribunal de instancia- de que el vídeo ya había sido espontáneamente visionado por la joven, aprovechando una ocasión en la que tuvo a su disposición el teléfono del acusado. Plantea el recurso que los hechos no pueden por ello contrariar el bien jurídico objeto de protección, eludiendo en su objeción una doble realidad. De un lado, que el delito del artículo 185 del Código Penal, ubicado bajo la rúbrica del *los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*,



no solo contempla acciones en las que se desvelen a un menor determinados comportamientos sexuales que ignore, sino cualquier actuación que comporte la percepción de imágenes o actividades de contenido sexual que puedan influir o afectar a su normal desarrollo como persona o de su sexualidad, lo que no se desvanece porque el menor conociera los comportamientos sexuales genéricos o concretos que se le muestren. Por otro lado, el recurso omite la realidad de otra actuación que satisface las exigencias del tipo penal analizado y que la sentencia recoge en los hechos probados, pues no puede sino calificarse de exhibición obscena que el recurrente forzara que Leocadia tuviera que presenciar, desde la parte de atrás del vehículo del acusado y estacionados en un monte, la actividad sexual que Baldomero desarrolló con Nuria en la parte delantera del vehículo, consistente en que esta iniciara o le practicara una felación.

El motivo se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo se formula por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, reprochando el recurrente que la Audiencia Provincial, con posterioridad a la emisión de la sentencia dictara, un auto adoptando la medida cautelar de alejamiento.

La decisión cuestionada es ajena a la resolución que se impugna, además de quedar fuera del ámbito de recurso de casación de conformidad con el artículo 848 de la LECRIM, de modo que la causa de inadmisión se torna ahora en motivo de su desestimación.

QUINTO.- El quinto motivo del recurso se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la tutela judicial efectiva, al entender indebidamente aplicado el delito de abuso sexual del artículo 183.1 del Código Penal, así como por imponérsele una indemnización en aclaración de sentencia posterior. El motivo es plenamente coincidente con el motivo sexto del recurso pues, pese a formularse este por un quebranto del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, no engloba ningún desarrollo, limitándose a remitir a lo ya expuesto en su motivo sexto.

Los déficits de formulación del motivo se manifiestan aquí nuevamente. Lo que el recurso cuestiona en su desarrollo es que se haya fijado una indemnización de 1.000 euros a favor de Leocadia, cuando no se ha probado un daño moral por ese importe; añadiendo que la beneficiaria no se personó en el proceso como acusación particular y no alegó daño alguno en el juicio oral cuando testificó.

1. El motivo debe desestimarse. La sentencia de instancia declara probado que: "*En fecha no determinada, posterior a la del anterior episodio, y anterior a la detención del acusado, se encontraban el acusado, Nuria e Leocadia en el interior del automóvil del primero, estacionado en las inmediaciones del Monte de DIRECCION005 (DIRECCION000), y cuando estaban sentados los dos primeros en la parte delantera del vehículo y en actitud sexual, el procesado, guiado por un propósito libidinoso, pasó la mano por el muslo izquierdo de Leocadia con intención de tocarle el culo y sus órganos genitales, lo que le impidió la menor apartándole la mano, sin que Baldomero hubiera continuado con sus actos*". La sentencia del Tribunal Superior de Justicia que se impugna contempla estos hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual del artículo 183 del Código Penal, expresando que: "*Si existe un ataque a la libertad sexual, eso no puede obviarse con una referencia a la relativa levedad de ese ataque, que seguirá siendo siempre un delito contra la libertad sexual*".

En este caso el contexto no puede ser más explícito y/o grave; basta con apreciar la evidencia del intento de implicación a la menor en relaciones sexuales con otra menor, la imposición de una intimidad de carácter más que obvio y muy difícil de evitar dentro del reducido espacio de un vehículo y el intento de aprovechar abusivamente el contacto físico con la menor llegando a un tocamiento de intención claramente lúbrica que no progresó ante el rechazo firme de la menor"

De este modo, la reparación indemnizatoria deriva de la responsabilidad penal declarada, en los términos previstos en los artículos 109, 110 y 113 del Código Penal.

2. El artículo 105 de la LECRIM dispone que los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. Respecto de la acción civil *ex delicto*, el artículo 108 recoge que "*La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables*"; añadiéndose en el artículo 112 que "*Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar*".

En la causa no consta que la perjudicada hubiese reservado la acción civil, ni que renunciara expresamente a su derecho de restitución, sosteniendo el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas en la instancia,



y en su recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que los hechos analizados eran constitutivos de un delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 185 del Código Penal, además de un delito de abuso sexual del artículo 183, habiendo interesado la indemnización a Leocadia en 1500 euros por los daños morales causados en virtud de ambas infracciones. La indemnización que se acordó en la instancia, por el delito de exhibicionismo y provocación sexual fue de 500 euros, a los que el Tribunal Superior de Justicia añadió una indemnización de 1000 euros por los daños morales derivados del delito de abuso sexual apreciado en la alzada. De este modo, la sentencia impugnada respeta estrictamente el principio de rogación, sin sobrepasar el "*petitum*" del Ministerio Fiscal

3. Entrando a analizar la denuncia de que el Tribunal de apelación no ha justificado ni establece la base fáctica en la que se apoya el montante específico de la indemnización acordada, debe recordarse que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales forma parte del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la CE. La reclamación de que se exteriorice el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión judicial, no solo opera como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción, sino que permite el completo ejercicio del derecho de defensa. La doctrina constitucional y reiterada jurisprudencia de esta Sala, destacan que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, tanto se vulnera cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, cuanto si esta resulta meramente aparente, esto es, carece de intensidad suficiente para cubrir la finalidad esencial de esta motivación y satisfacer los extremos sobre los que debe proyectarse, en el sentido de dar justificación del juicio de certeza de los hechos probados, expresar las razones de su calificación jurídica y razonar el contenido decisional, no solo en lo referido a la individualización de la pena que pueda imponerse, sino respecto de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil, costas procesales y consecuencias accesorias.

Por otro lado, nuestra jurisprudencia destaca que la exigencia de identificar las bases indemnizatorias puede resultar insuperable cuando se trata de la indemnización por daño moral, pues los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente. Los daños morales no es preciso que tengan que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetros para la evaluación de su alcance -cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y la singulares circunstancias de la víctima.

En el presente caso el Tribunal no solo considera que la menor Leocadia fue atacada en su libertad e indemnidad sexual en un periodo de formación de su personalidad, sino que fue impulsada a mantener relaciones sexuales en un trío amoroso con una amiga y con su entrenador deportivo de 37 años de edad, habiendo sufrido tocamientos pese a su rechazo y en un contexto de pleno desvalimiento. Recoge así el Tribunal la significación propia de los daños morales que justifica el importe económico de su modesta reparación.

El motivo se desestima.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Baldomero, contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2019 (complementada por auto de 11 de febrero de 2019), por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el Recurso de Apelación 46/2018, interpuesto contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2018 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Sumario Ordinario 51/2017, con imposición al recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Lurca



Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz

I

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ