



Roj: **STS 2165/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2165**

Id Cendoj: **28079120012021100444**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2021**

Nº de Recurso: **3097/2019**

Nº de Resolución: **447/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 447/2021**

Fecha de sentencia: 26/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3097/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Valencia. Sección Tercera

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3097/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 447/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de mayo de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 3097/2019, interpuesto por la **Fiscalía Provincial de Valencia** y por **D. Juan Manuel**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Josefa Santos Martín, bajo la dirección letrada de D. Diego Pacheco Avilés, contra la sentencia n.º 218/2019 dictada el 9 de abril de 2019 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

Intervienen el **Ministerio Fiscal** y **D. Juan Manuel**, ambos como recurridos y recurrentes respectivamente.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de DIRECCION004 instruyó Sumario número 1/2016, por delitos de agresión sexual, corrupción de menores y exhibición de material pornográfico contra Juan Manuel; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, cuya Sección tercera (rollo de sala 135/2017) dictó Sentencia número 218/2019 en fecha 9 de abril de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El acusado Juan Manuel, nacido el NUM000 -1990, con DNI NUM001 y sin antecedentes penales, usuario -además de titular- del número de abonado de teléfono móvil NUM002, en la segunda quincena del mes de marzo de 2012 y fingiendo ser una menor llamada Remedios, envió a través de la red social DIRECCION000 una invitación de amistad a la menor Salome, nacida el NUM003 -2000, la que fue aceptada, Transcurridos 3 días aproximadamente, el acusado contactó, bajo la falsa identidad y a través de su teléfono móvil num. NUM004 mediante la aplicación DIRECCION002 con Salome tras conseguir el teléfono de ésta, manteniendo inicialmente conversaciones en tono amigable enviándole el acusado 'la fotografía de una menor desnuda, haciéndole creer que se trataba de la mencionada menor con la que Salome pensaba había trabado amistad, solicitando a ésta hiciera lo mismo y, como quiera que Salome se oponía ello, el acusado comenzó a amedrentarla, diciéndole que era un delito poseer la expresada fotografía y que, de no acceder a su pretensión al denunciaría a ella y a sus padres.

El acusado, siendo conocedor de que Salome era menor de edad y con la finalidad de satisfacer sus deseos sexuales, solicitó a ésta, insistiendo en que de no hacerlo la denunciaría a ella y a sus padres, le enviase fotografías en las que apareciese desnuda, mostrando su partes íntimas. Salome remitió, desde su teléfono móvil NUM005 y a través de la aplicación DIRECCION002 al teléfono móvil del acusado, num. NUM004, diversas imágenes en formato 3jp en las que parecía desnuda, mostrando el pecho, con las piernas abiertas exhibiendo sus genitales, de espaldas mostrando los glúteos y dejando a la vista el inicio del conducto anal, y adoptando diferentes poses, así como 1 vídeo en el que aparecía desnuda la mitad inferior del cuerpo y masturbándose. El acusado solicitó a Salome le enviase más archivos de similar contenido, amedrentándola, si no los enviaba, con meter a sus padres en la cárcel y hacer llegar a todos los contactos que ella tenía en la red DIRECCION000 los archivos que ya había enviado a aquel.

El día 5 de abril de 2012 Fabio, padre de Salome, apreció en ésta un estado de nerviosismo que no era propio de ella, motivo por el cual, tras verla entrar y salir repetidamente al cuarto de baño, se dirigió al mismo sobre las 14:45 horas y, tras abrir la puerta, sorprendió a Salome desnuda grabando un vídeo con el teléfono móvil, quien terminaba de enviar otro al teléfono del acusado. Ante dicha situación, Fabio cogió el teléfono de su hija y, tras examinarlo, pidió explicaciones a ésta sobre lo que estaba ocurriendo, contándole Salome lo que sucedía, dirigiéndose ambos esa misma tarde al cuartel de la Guardia Civil de DIRECCION001, donde Fabio interpuso denuncia por tales hechos. Mientras se estaba redactando al dneuncia, se recibió en el telefono movil de Salome -el que llevaba consigo su padre, un mensaje vía DIRECCION002 procedente del num. NUM004, en el que el remitente pedía le enviase el vídeo.

El día 9 de abril de 2012 el acusado, desde su teléfono NUM004 remitió, mediante la aplicación DIRECCION002 al teléfono de Salome, tres mensajes en los que indicaba "ya estoy arta", "me prometiste un video y nada", "mañana os denuncio". El día 21 de abril de 2012 el acusado, desde su teléfono NUM004 remitió dos mensajes de texto al teléfono de Salome, en los que mencionaba "El ciempiés humano" y "A serbian film".

El denunciante ha renunciado expresamente a la indemnización que pudiere corresponderle por estos hechos.

Tras ser averiguada la titularidad del teléfono NUM004, se practicó en fecha. 29-10-2012 entrada y registro en el domicilio del acusado, sito en Cáceres, C/ DIRECCION003, num. NUM006, debidamente autorizado mediante auto de fecha 25-10-2012 dictado por el Juzgado de Instrucción 3 de DIRECCION004, en cuya diligencia se intervino:

En el salón de la vivienda:



- un ordenador portátil. marca Acer, modelo Aspire 5541, cuyo usuario era el acusado, con nombre de usuario " Casposo " y contraseña de acceso " NUM014 ", del que se extrajo el disco duro marca Western Digital, de 641 GB WD, modelo Scorpio Blue, num. de serie NUM007 .
- un ordenador portátil de la marca Dell Inspiron 13, modelo PP25L, num de serie NUM008 , cuya usuaria era Zaida , de cuyo equipo se extrajo el disco duro marca Western Digital de 3,5 WD, modelo Scorpio, de 160 GB, con num de serie NUM009 .
- un teléfono móvil marca LG, modelo P 970, con num Imei NUM010 , con tarjeta SIM de la operadora Orange con num de abonado NUM011
- un teléfono móvil marca Sony Ericson modelo LT18i, Xperia ARC, con tarjeta SIM de la compañía DIRECCION000 Movil, con num de abonado NUM004 , con IMEI NUM012 y PIN NUM013 , siendo su titular y usuario el acusado.
- un teléfono móvil marca Sony, modelo Xperia, tarjeta Sim de la operadora Yoigo, num abonado NUM015 , IMEI num NUM016 y PIN NUM013 , siendo su usuario el acusado.
- un teléfono móvil marca Samsun, modelo Galaxy S-SCL, tarjeta SIM de la operadora Yoigo, abonado num. NUM005 , IMEI NUM017 .

En el dormitorio en el que se encontraba durmiendo el acusado se intervino:

- Un ordenador de sobremesa de la marca Acer, modelo Aspire M 5910, num de serie NUM018 , del que se extrajo el disco duro marca Western Digital de 1 OTB de capacidad, modelo Sata 64 MG, con num de serie NUM019
- un pen drive marca Sandisk de 4 GB, color metálico plateado, modelo Cruzer micro BH0805KVEB.
- 56 DVDs y CDs
- un ordenador de sobremesa marca Acer, Modelo Aspire SA90NB74, con num de serie NUM020 , del que se extrajo el disco duro marca Hitachi, con capacidad 320 GB, num serie NUM021 .

El análisis de la información contenida en el disco duro extraído del ordenador marca Acer, modelo Aspire 5541, usuario " Casposo ", contraseña " NUM014 ", reveló que tenía 3 particiones, hallándose en una de ellas etiquetada como Acer (I) una carpeta denominada "sssss", con ruta de acceso DIRECCION005, la que contenía 21 archivos de imagen en formato jpg., en los que aparecía Salome desnuda mostrando distintas partes del cuerpo: las nalgas, exhibiendo el pecho o, de frente, con las piernas abiertas mostrando sus genitales, de espaldas mostrando los glúteos y dejando a la vista el inicio del conducto anal, con diferentes poses y tocamientos; así como dos videos en, formato 3gp en los que aparece la menor Salome exhibiendo sus genitales y masturbándose. En la misma partición Acer (I) se encontró una carpeta denominada "Ffoutput", con ruta de acceso DIRECCION005 , en la que se halló un video de contenido sexual en el que participaban menores de edad.

Tras el análisis del pen drive marca Skandiskde 4 GB, color metálico plateado, modelo Cruzer micro BH0805KVEB, fueron recuperados, entre otros, 18 archivos BMP de imagen en los aparecen jóvenes desnudas y semidesnudas en diferentes poses sexuales, mostrando sus partes íntimas, a la vez que realizando tocamientos sobre las mismas, sin que conste que dichas jóvenes tuvieran una edad inferior a 18 años.

Analizado el disco duro marca Weswen Digital, modelo Sata, 64 MB de capacidad, con número de serie NUM019 , extraído del ordenador marca Aspire M 5910, num de serie NUM018 - hallado en el, dormitorio donde se encontraba durmiendo el acusado cuando los agentes comenzaron la diligencia de entrada y registro en el domicilio de aquel - se encontraron 4 particiones, en una de ellas etiquetada como Acer (I), fue localizada una carpeta con el nombre "Zorras DIRECCION000 ", cuya ruta de acceso es " DIRECCION006 ", la que contiene 18 fotogramas en los que se puede observar a jóvenes (desnudas, mostrando el pecho y los genitales, con tocamientos e introducción de dedos) sin que conste fueren menores de edad.

El teléfono marca LG, modelo P970, tarjeta SIM operadora Orange, abonado NUM011 , IMEI NUM010 fue analizado, conteniendo el terminal -carpeta Files e Image- diversas archivos de imagen de jóvenes desnudas/os en diversas actitudes de índole sexual, sin que conste participaren en ellas menores de edad.

La causa ha permanecido paralizada en la fase de instrucción desde el 29-9-2013 al 17-9-2014 y del 27-6-2016 al 12-1-2017."

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



"CONDENAR a Juan Manuel como criminalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de corrupción de menores, en la modalidad de elaboración de material pornográfico que afecta a menores de edad, concurriendo la circunstancia atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, a las penas de prisión de 2 años y 9 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el desempeño de cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de 3 años.

Imponer al acusado Juan Manuel la medida de libertad vigilada por el periodo de 3 años, a ejecutar tras el cumplimiento de las penas privativas de libertad, dejando para fase de ejecución de sentencia la concreción de la medida.

Condenar al acusado Juan Manuel al pago de un tercio (1/3) de las costas procesales.

Se decreta el comiso del ordenador marca ACER, modelo Aspire 5541, del que se extrajo el disco duro marca Western Digital, de 64 GB WD, modelo Scorpio Blue, nun de serie NUM007 ; el disco duro acabado de mencionar; el ordenador de sobremesa de la marca Acer, modelo Aspire M 5910, num de serie NUM018 , del que se extrajo el disco duro marca Western Digital de 1 OTB de capacidad, modelo Sata 64 MG, con num de serie NUM019 ; éste disco duro; el teléfono móvil marca Sony Ericson modelo LT18i, Xperia ARC, con tarjeta SIM de la compañía DIRECCION000 Movil, con num de abonado NUM004 e IMEI NUM012 y PIN NUM013 ; y el teléfono móvil marca LG, modelo P970, con num lmei NUM010 , con tarjeta SIM de la operadora Orange con num de abonado NUM011 .

ABSOLVER al acusado Juan Manuel de los delitos de agresión sexual continuado y de exhibición de material pornográfico a menores de edad, declarando de oficio los dos tercios (2/3) restantes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al acusado todo el tiempo que hubiere estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a Salome , perjudicada por el delito, aun cuando no estuviere personada en el mismo."

**TERCERO.**- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la Fiscalía Provincial de Valencia y por la representación procesal de Juan Manuel , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.**- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

#### **Ministerio Fiscal**

Motivo único.- Se interpone al amparo del art. 849.1º de la LECrim, al entender que la sentencia recurrida ha inaplicado indebidamente los artículos 178 y 180 del Código Penal.

#### **Juan Manuel**

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por violación del artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación al art. 53.1 del propio texto constitucional, en concreto del derecho a la presunción de inocencia, ya que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría con respecto al delito de corrupción de menores.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley. Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECRIM, en su número primero, por la indebida aplicación del art 21.6 del Código Penal. Se formula de forma subsidiaria y alternativa al anterior motivo y para el caso de que el mismo fuera desestimado.

**QUINTO.**- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de los motivos alegados por la representación del acusado, impugnándolos subsidiariamente. La Procuradora Sra. Santos Martín impugna a su vez el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. La Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 25 de mayo de 2021.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Juan Manuel



### **Primer motivo, al amparo del artículo 5.4 LOPJ , por infracción de precepto constitucional: lesión del derecho a la presunción de inocencia**

**1.1.** El recurrente denuncia insuficiencia probatoria en la declaración de condena. A su parecer, la ausencia de toda comprobación pericial del contenido de las respectivas terminales utilizadas en los actos comunicativos que se describen, impide trazar una correspondencia concluyente de que el hoy recurrente fuera quien contactara con la menor y esta le enviara las imágenes intervenidas en su poder. La propia sala de instancia identifica y reconoce el déficit de acreditación probatoria consecuenta a una investigación descuidada que justificó, incluso, que se revocara el auto de conclusión del sumario para que se procurara su práctica. Para el recurrente, el hecho de que se hallaran en su poder digital las imágenes de la menor descritas en la sentencia recurrida, no permite concluir ni que provengan de un teléfono móvil de la menor, ni que fueran recibidas en el teléfono del Sr. Juan Manuel , ni que este las obtuviera mediante ningún tipo de intimidación.

**1.2.** Al hilo del motivo, se hace preciso recordar que el derecho a la presunción de inocencia goza de una específica y relevante garantía institucional, como lo es, que la persona condenada en la instancia pueda acudir a un tribunal superior pretendiendo la revisión de la decisión. Por ello, sin perjuicio de la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, el deber constitucional de protección de la presunción de inocencia, sobre todo cuando se presenta como el único recurso devolutivo, nos impone diferentes planos de intervención que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas; la consistencia de las informaciones aportadas para considerar suficientemente acreditados más allá de toda duda razonable los hechos sobre los que se funda la declaración de existencia del delito y de participación del recurrente; hasta la propia evaluación del proceso valorativo del tribunal de instancia. Determinando, por un lado, si las razones por las que atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 227/2007, 617/2013, 310/2019-. Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. STC 5/2000, 149/2000, 202/2000, 340/2006, 105/2016- y esta propia Sala -vid. entre muchas, SSTS -. Un defecto grave en el método valorativo empleado puede comportar una también grave afectación del derecho a la presunción de inocencia -vid. STC 105/2016-.

Cuando de lo que se trata es de declarar acreditada de manera suficiente la hipótesis acusatoria, el canon de suficiencia probatoria debe ser, en virtud del principio de presunción de inocencia, más exigente. Ello supone que debe presentarse como la próxima a lo acontecido más allá de toda duda razonable. Como consecuencia, y de contrario, surge la obligación de declarar no acreditada la hipótesis acusatoria cuando la prueba practicada arroja un resultado abierto, de tal manera que las hipótesis defensivas o la hipótesis presuntiva general de no participación que garantiza, de partida, el principio de presunción de inocencia, como regla de juicio, aparezcan, desde criterios racionales de valoración, también como probables, aun cuando lo sean en un grado menor que la tesis acusatoria.

**1.3.** Pero este no es, ni mucho menos, el caso que nos ocupa. La hipótesis acusatoria se sostiene sobre datos probatorios que permiten dotarla de un grado de conclusividad altísimamente prevaleciente que sitúa la hipótesis de defensa -que el recurrente no mantuvo comunicaciones telemáticas con la menor exigiéndole la entrega de las grabaciones ulteriormente localizadas en sus archivos telemáticos- en un marginal, por insignificativo, territorio de remota posibilidad fenomenológica.

Datos probatorios que se integran en un cuadro de prueba que actúa, por tanto, como objeto o espacio de valoración de cada una de las informaciones que lo integran. En efecto, el cuadro de prueba hace que el valor probatorio de sus resultados para fundar una sentencia condenatoria no se mida por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno, sino por el valor integrativo de todos ellos. Los valores específicos interactúan conformando la *imagen probatoria*. El peso probatorio de cada dato probatorio, se nutre de las aportaciones confirmatorias de la hipótesis de la acusación que arrojan cada uno de los otros datos de prueba.

El grado de conclusividad de la inferencia final no se mide por la simple suma de resultados, sino por una operación más compleja. El valor que se atribuya a un dato de prueba se nutre, interaccionando, de los otros datos de prueba. El resultado probatorio es, por tanto, multifásico y cumulativo. Por ello, debe evitarse un modelo deconstructivo de análisis de los resultados de prueba, como propone el recurrente, pues puede arrojar una falsa representación sobre la imagen proyectada por el cuadro probatorio. En efecto, el abordaje crítico de cada uno de los datos de prueba aisladamente considerado, puede sugerir la ausencia de fuerza acreditativa intrínseca. Pero ello no comporta, de forma necesaria, que el resultado cumulativo de todos los datos, interactuando, no sea suficientemente sólido para poder declarar probada la hipótesis de la acusación.



**1.4.** Este es el supuesto que nos ocupa. La sentencia de instancia identifica, primero, el conjunto de las informaciones probatorias y, segundo, analiza su relevancia reconstructiva desde una decidida perspectiva heurística marcada por la idea del cuadro de prueba. Traza un *esquema en red* de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados.

Los datos fácticos, acreditados por prueba directa, de los que se parte para afirmar que la menor remitió al recurrente imágenes pornográficas de su propio cuerpo tomadas por ella misma son los siguientes: el número de teléfono al que la menor remitió las imágenes grabadas con contenido sexual corresponde al del hoy recurrente, tal como se acreditó por la prueba documental emitida por la compañía telefónica; desde este teléfono se enviaron mensajes DIRECCION007 al número de teléfono de la menor, como pudo observar de forma directa el padre de la menor Sr. Salome, en el momento en que sorprendió a su hija, en estado de nerviosismo, grabando un vídeo desnuda en el interior del cuarto de baño; el contenido del mensaje, como precisó el testigo, conminaba a la menor a que enviara el video de contenido pornográfico grabado; tal como se precisó por la compañía DIRECCION000, una persona que se identificó como " Remedios ", nombre supuesto con el que contactó con la menor, utilizaba dicho número para comunicarse por la red social; como también se ha acreditado por la documental aportada por la plataforma, que la persona que respondía al nombre de " Remedios " aparecía como invitado en el juego *on line* " Casposo ", utilizando como cuenta de correo " DIRECCION008 ", dándose la circunstancia que el nombre de usuario y la contraseña de acceso al ordenador portátil del recurrente era, respectivamente, " Casposo " y " NUM014 "; con motivo de la entrada y registro practicada en el domicilio del recurrente, en uno de los discos duros intervenidos, y como precisaron los peritos informáticos de la Policía Judicial, se hallaron veintitún archivos y dos videos que mostraban imágenes pornográficas de la víctima Salome; las fechas de creación y modificación de tales archivos coinciden con las fechas en las que se produjeron los hechos, en los términos descritos por la propia testigo Salome.

**1.5.** Pues bien, y sin perjuicio de que, en efecto, existía un potencial probatorio no explorado -el examen de las respectivas terminales- ello no se traduce en que el conjunto de las informaciones probatorias de las que dispuso el tribunal no resulte suficiente para construir la inferencia de participación criminal en términos resistentes a cualquier duda razonable. Sobre todo, si, como acontece en el caso, las explicaciones ofrecidas por el Sr. Juan Manuel -que terceras personas podrían haber accedido a su ordenador o suplantado su identidad- carecen de toda plausibilidad atendido, precisamente, el peso inferencial de los datos de prueba acreditados.

La suficiencia de los datos de prueba no se mide en términos cuantitativos sino de calidad reconstructiva. La que permite trazar una imagen de suficiente correspondencia entre la hipótesis de acusación y el hecho que se declara probado neutralizando, correlativamente, las hipótesis alternativas.

En el caso, los referidos hechos-secuencia que, a modo de *puentes inferenciales*, determinan la red de datos sobre los que se justifica probatoriamente la inferencia de participación criminal arroja un resultado incontestable en términos de racionalidad: las imágenes pornográficas de la menor que poseía el recurrente fueron obtenidas mediante contactos telemáticos por las redes sociales mantenidas por este y la menor Salome.

**1.6.** Y por lo que se refiere al modo en que dichas imágenes se obtuvieron, el tribunal de instancia otorga un destacado valor reconstructivo a las informaciones aportadas en el plenario por la víctima, quien precisó de forma serena y detallada el contexto de producción y las concretas conminaciones que, en forma de amenazas, recibió de su interlocutor, al que no conocía personalmente, exigiéndole la entrega del material grabado de contenido pornográfico.

La información es fiable pues no solo coliga con el resto de las informaciones, sino que, además, aparece fuertemente corroborada por el testimonio del Sr. Salome, quien el día 5 de abril de 2012 pudo leer directamente el mensaje que, remitido por DIRECCION002 desde el número de teléfono del que era titular el hoy recurrente, conminaba a la entonces menor Salome para que le remitiera el video de contenido pornográfico que instantes antes esta había grabado. Tampoco se identifica ninguna merma de credibilidad derivada del marco previo de relaciones. La testigo nunca había conocido personalmente al recurrente, del que, además, desconocía su verdadero nombre. No se identifica, tampoco, ningún fin espurio ni secundario. Incluso, la testigo, mediante sus legales representantes, renunció a toda indemnización civil en fase instructora.

No hay infracción alguna del derecho a la presunción de inocencia.

**Segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º LECrim, por infracción de ley: indebida inapreciación de la circunstancia de dilaciones indebidas como muy cualificada**

**2.1.** Como motivo con alcance subsidiario el recurrente pretende que se reconozca valor privilegiado a la atenuante de dilaciones indebidas apreciada en la instancia. Para el recurrente, el tiempo transcurrido entre la



incoación del proceso y su enjuiciamiento, más de siete años, no se justifica ni por la complejidad del objeto procesal ni por su conducta defensiva o pretensional. El indebido transcurso del tiempo solo puede explicarse por las significativas disfunciones que se produjeron durante la fase instructora. Además de prologadas paralizaciones, se tardó más de cuatro años en practicar la exploración judicial de la menor, transcurriendo más seis años sin que se practicara el análisis pericial de los terminales de telefonía por distintas disfunciones y descoordinaciones, como cabe observar con claridad en el intercambio de oficios entre el Juzgado de Instrucción y el responsable del laboratorio de criminalística de la Guardia Civil, haciéndose constar por diligencia de 9 de julio de 2018 que dichos terminales no se localizan.

**2.2.** El motivo, impugnado por el Ministerio Fiscal, debe prosperar.

No cabe duda que el transcurso indebido y extraordinario del tiempo en la tramitación del proceso - *el abuso del proceso*, en terminología anglosajona- hace que la persona acusada sufra por adelantado las consecuencias de su sometimiento al proceso. La excesiva prolongación del proceso comporta una suerte de *pena natural* que debe ser compensada, como fórmula que permita mantener el equilibrio retributivo entre la gravedad de la conducta y la pena impuesta.

La reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010 ofrece una valiosa guía de valoración normativa de la proyección del paso del tiempo en la medición de la responsabilidad penal del autor del delito, del todo conforme, por otro lado, con los estándares elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. por todas, SSTEDH, caso Milovanovic c. Serbia, de 8 de octubre de 2019; caso Raspopovic y otros c. Montenegro, de 26 de marzo de 2020- de los que se nutre esencialmente nuestra propia jurisprudencia -vid. STS 4284/2020, de 14 de diciembre-.

Como se precisa en la norma, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución se puede obtener una suerte de cociente. Lo extraordinario de la dilación que reclama el tipo como fundamento de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal.

De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo.

Lo que comporta una cualificada carga descriptiva que pesa sobre quien invoca la atenuación -sobre todo, cuando, como en este caso, se pretende un efecto atenuatorio intenso-, como es la de precisar el *iter* de actuaciones procesales que se consideran no ajustadas al canon de la razonabilidad temporal de producción -vid. STS 126/2014, de 21 de febrero-. Y ello para que podamos evaluar normativamente las causas que pueden explicar la duración del proceso y calificar la dilación, si se identifica, como extraordinaria o no, atribuyéndole el efecto de atenuación procedente.

En el caso, las informaciones aportadas por el recurrente en el desarrollo del motivo, a la luz también de lo precisado en la sentencia de instancia, permiten identificar retrasos muy significativos en el curso del proceso. Como los más de cuatro años transcurridos hasta que se realizó la exploración de la menor victimizada o los más de seis años de gestiones infructuosas y disfuncionales para que se practicara una diligencia de examen de los terminales telefónicos intervenidos, amén de más de un año y medio de absoluto *silencio* del proceso.

Lo que arroja un resultado concluyente: los siete años de prolongación de la causa hasta sentencia, que por su objeto debería haber tenido una tramitación especialmente diligente y preferente, son la consecuencia de una tramitación significativamente disfuncional, desligada de toda vinculación con la complejidad del objeto procesal que, por otro lado, debe calificarse de no excesiva.

**2.3.** En esa medida, el periodo transcurrido de siete años ha de calificarse de extraordinario, en los términos exigidos por el artículo 21. 6º CP. Debiéndose recordar que para evaluar como indebido el transcurso del tiempo, siempre deben utilizarse elementos relacionales pues exige partir del tiempo estimado en el que, en condiciones objetivas de adecuación funcional, debería haberse desarrollado o producido la actuación o el



trámite procesal. Sin que, para ello, puedan tomarse en cuenta, como factores atemperadores, circunstancias estructurales de saturación o sobrecarga del propio sistema judicial.

Periodo de siete años hasta la sentencia definitiva al que deben sumarse los más de dos años transcurridos hasta la presente sentencia firme, resultante de la tramitación del único recurso devolutivo disponible para la parte. Y si bien el periodo de referencia que debe tomarse en cuenta para valorar la dilación extraordinaria en esta sede de recurso es el que transcurre hasta la sentencia definitiva, el transcurrido hasta la sentencia firme comporta un objetivo aumento de la duración de la causa y, en esa medida, intensifica los marcadores de afflictividad, atendidas las significativas consecuencias penales que se derivan. Plazo total de nueve años que hace patente la necesidad de adecuar el juicio de punibilidad a valores de proporcionalidad ordinal y sistémica -vid. al respecto, STEDH, caso Rutkowski y otros c. Polonia, de 7 de julio de 2015 [en el mismo sentido, la más reciente STEDH, caso Zbrorowski c. Polonia, de 26 de marzo de 2020] por la que el Tribunal de Estrasburgo rechaza expresamente la fragmentación de términos a la hora de valorar la dilación del proceso, considerando computable el tiempo transcurrido en espera de la decisión de revisión por parte del tribunal superior-.

**2.4.** Apreciamos no solo dilación extraordinaria sino también elementos de especial desmesura pues, como apuntábamos, una gran parte del tiempo transcurrido entre la incoación del proceso y la sentencia definitiva se explica por disfunciones de ordenación procedimental. Plazo desmedido con relación a un objeto procesal sencillo, pero del que se derivan graves consecuencias punitivas para la persona sometida al mismo.

La determinación de las consecuencias punitivas derivadas de la estimación del motivo las fijaremos al hilo del examen del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

#### **RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL**

**Único motivo, al amparo del artículo 849.1º LECrim , por infracción de ley: indebida inaplicación del delito de agresión sexual del artículo 178 CP**

**1.1.** El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se funda en un único motivo por el que se combate el juicio de tipicidad en la medida en que, junto a la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de corrupción del artículo 189.1.a) CP, se descarta su subsunción, además, en el tipo de agresión sexual del artículo 178 en relación con el artículo 180.1. 3º CP, objeto de acusación. Considera el recurrente que los hechos que se declaran probados obligan a dicha subsunción pues se identifica un modo de agresión sexual marcado por el elemento intimidatorio, resultando indiferente que la acción atentatoria sobre la libertad sexual sea realizada por la menor intimidada sobre su propio cuerpo o cometida por la acción directa sobre este del victimario.

**1.2.** El contenido pretensional agravatorio obliga, con carácter previo, a despejar si concurren las condiciones constitucionales de revisión con finalidad revocatoria de la sentencia de instancia. Es evidente que la doctrina que arranca con la STC 167/2002 y que trae causa y fundamento de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Spinu c. Rumanía, de 29 de abril de 2008; caso García Hernández c. España, de 16 de noviembre de 2010; caso Lacadena c. España de 22 de noviembre de 2011; caso Sánchez Contreras c. España, de 20.3.2012; caso Niculescu DellaKeza c. Rumanía, de 26 de marzo de 2013; caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez c. España, de 14 de enero de 2020- reconfiguró el efecto devolutivo atribuido al recurso de casación cuando de lo que se trata es de la revisión de pronunciamientos absolutorios basados en una valoración directa y plenaria de las pruebas, en particular las personales.

En estos casos, para la doctrina constitucional, la inmediatez de la que goza el juez de instancia constituye una suerte de precondition valorativa de la prueba, cuya ausencia impide a los tribunales superiores subrogarse en la labor determinativa de la eficacia probatoria de tales medios.

El legislador se hizo eco de la doctrina constitucional estableciendo mediante la reforma de 2015 -Ley 41/2015- un modelo fuertemente restrictivo de revisión -incluso llegando más allá que lo que las exigencias convencionales imponían- hasta el punto de privar al tribunal superior de la facultad de revalorar la prueba sobre la que el tribunal inferior funda su decisión absoluta para revocar y condenar al absuelto. De tal modo, el alcance de la facultad revisora de las decisiones absolutorias basada en la valoración de la prueba, debe limitarse a identificar si la decisión del tribunal de instancia se funda en bases cognitivas irracionales o incompletas, ordenando en estos casos el reenvío de la causa para que el tribunal *a quo* reelabore la sentencia incompleta o reajuste los argumentos que se tachan de irracionales o, excepcionalmente, se repita de nuevo el juicio.

La revocación pretendida mediante el recurso devolutivo procedente solo resultará posible si el gravamen en que se basa adquiere una sustancial y exclusiva dimensión normativa. Calificación que adquiere el valor de presupuesto de admisión del propio recurso formulado.



Lo que obliga a determinar, con carácter previo, si el fundamento revocatorio del motivo aparece condicionado por el sentido y alcance dado por el tribunal de instancia a la prueba practicada, sobre la que se construye el relato fáctico, o si responde a una estricta cuestión de subsunción normativa del propio relato. Si el gravamen que presta sostén a la pretensión respondiera a esta segunda tipología es evidente que su examen, en los propios términos destacados por el Tribunal Constitucional -vid. SSTC 209/2003, 272/2005, 201/2012, 105/2016-, al no implicar una nueva reconstrucción del fundamento fáctico de lo decidido, debe reconocerse como una facultad transferida por el efecto devolutivo derivado del recurso correspondiente ante el órgano de segunda instancia -vid. SSTEDH, caso Bazo González c. España de 16 de marzo de 2009; caso Kashlev c. Estonia, de 26 de abril de 2016-.

**1.3.** Partiendo de lo anterior, y a la luz de los fundamentos del recurso formulado, identificamos condiciones potenciales de revisabilidad. Y ello por una razón esencial: el gravamen adquiere manifiesta prevalencia normativa. Lo que se pretende es que el hecho, en los términos que se declaran probados en la sentencia de instancia sin ningún otro elemento aditivo, se subsuma, además, en el tipo de agresión sexual que también fue objeto de acusación en la instancia.

No se pretende una previa reconfiguración fáctica sobre la que pueda ajustar la calificación que soporta el recurso. Incluso, el recurrente renuncia a cuestionar ajustes fácticos que impedirían la condena por el tipo originalmente pretendido. Lo fáctico ocupa en el objeto devolutivo un papel exclusivamente funcional al servicio de la pretensión de modificación normativa. Es el hecho declarado probado el que presta, de forma exclusiva, sostén al motivo revocatorio -vid. STEDH, caso Marilena-Carmen Popa c. Rumanía, de 18 de febrero de 2020-.

**1.4.** Despejado el óbice de revisabilidad, cabe ya anunciar que el motivo debe ser estimado.

En efecto, identificamos en los hechos que se declaran probados todos los elementos que permiten el pretendido juicio de subsunción como un delito, además, de agresión sexual del artículo 178 CP. Una acción lesiva de la libertad de autodeterminación personal, con un claro componente aflictivo de la indemnidad sexual de la entonces menor Salome, concurriendo el elemento de la intimidación como modo o medio de sujeción de la víctima a la voluntad cosificadora del victimario.

El escenario ofensivo en el que se produce, marcado por la distancia física entre victimario y víctima, no desnaturaliza la acción en términos de tipicidad ni compromete, en atención a criterios de proporcionalidad, su ubicación y sanción por el tipo de la agresión sexual.

Es cierto, como se ha mantenido por algún sector doctrinal, que la ciberviolencia sexual puede ser, *prima facie*, considerada, respecto a la que se desarrolla en los escenarios relacionales físicos, menos intrusiva y aflictiva de la intimidad sexual al no producirse el contacto físico directo con el agresor sin que concurra, tampoco, el riesgo del empleo de la violencia física o de que la amenaza de violencia pueda tornarse en un ataque directo a la integridad física. Además, se afirma, el entorno digital ofrece mayores posibilidades situacionales de activar mecanismos eficaces de protección. Elementos diferenciales que impedirían la subsunción de los supuestos de ciberviolencia sexual en los tipos de agresión sexual tal como están en la actualidad regulados. La ciberviolencia no alcanzaría, para los que defienden esta posición, la tasa de idoneidad y lesividad exigible a la violencia típica empleada en los delitos de agresión sexual. Por ello, extender la protección que estos tipos dispensan a las conductas de ciberviolencia sexual resultaría excesiva por desproporcionada.

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

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

**1.6.** El Grupo de Trabajo del Consejo de Europa sobre el acoso *on line* y otras formas de violencia en línea, en particular contra las mujeres y los niños, en un estudio de 2018 - *Mapping study on cyber violence*- describe la ciberviolencia como "el uso de los sistemas informáticos para causar, facilitar o amenazar a las personas con violencia causando o pudiendo causar daños o sufrimientos físicos, sexuales, psicológicos o económicos, incluyendo también la explotación de las circunstancias, características o vulnerabilidades individuales". Lo que coliga con las conclusiones del informe de 2015 de la Comisión especializada de las Naciones Unidas sobre



*ciberviolencia contra mujeres y niñas - The UN Broadband Commission for digital development working group on broadband and gender- relativas a que "el término "ciber" se utiliza para señalar las diferentes formas en que Internet exacerba, amplifica o difunde el abuso y la violencia. Incluyendo todo un espectro de comportamientos que van desde el acoso en línea hasta el deseo de infligir daños físicos, agresiones sexuales, asesinatos y suicidios".*

De tal modo, la ciberviolencia sigue comprendida, cuando especialmente se proyecta sobre mujeres y niñas, en el concepto de violencia utilizado en el artículo 1 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, " como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada" -vid. por su particular relevancia en el análisis de la ciberviolencia contra las mujeres y sus distintas tipologías y proyecciones, STEDH, caso BUTURUGĂ c. Rumanía, de 11 de junio de 2020-.

**1.7.** Partiendo de lo anterior, y como bien sostiene el Ministerio Fiscal en su recurso, el hecho probado no describe una conducta de *embaucamiento* por engaño, como se califica por el tribunal de instancia, para obtener las grabaciones en las que la menor aparece realizándose tocamientos sobre su propio cuerpo con un claro contenido sexual. Se describe, de contrario, un marco de intimidación nutrido de explícitas amenazas de que de no acceder a las conminaciones del victimario este revelaría las imágenes a todos los contactos que la menor tenía en la red social DIRECCION000 y *denunciaría*, además, a sus padres. La sentencia de instancia utiliza una expresión muy gráfica: el victimario *amedrentó* a Salome . Esto es, le infundió miedo, la atemorizó.

No solo por el uso de significantes con un unívoco significado semántico, sino también por la descripción fáctica en que se apoya identificamos un claro componente intimidatorio en el comportamiento de cosificación sexual al que el Sr. Juan Manuel sometió a la entonces menor.

**1.8.** Ciertamente, la actual regulación dual de las formas de acción en los delitos contra la libertad sexual obliga a trazar una frontera, que no siempre resulta sencilla, entre la forma de abuso y de agresión, en la medida en que no se define en la norma penal en qué consiste el primero. El legislador opta por una suerte de fórmula de tipicidad negativa: serán abusos sexuales los actos sexuales realizados sobre una persona sin su consentimiento y sin mediar intimidación y violencia.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

**1.12.** Pues bien, como anticipábamos, partiendo de dichos indicadores, identificamos con extremada claridad un marco de intimidación nutrido de amenazas explícitas, reales, graves y que, en términos situacionales, incorporan una tasa muy significativa de idoneidad para provocar el efecto sujeción buscado y abarcado directamente por el plan de autor.

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

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

**1.13.** Este nuevo ciberespacio de interacción social fragiliza los marcos de protección de la intimidad, convirtiendo en más vulnerables a las personas cuando, por accesos indebidos a sus datos personales, pierden de manera casi siempre irreversible, y frente a centenares o miles de personas, el control sobre su vida privada.

Pero no solo. Cuando tales datos se relacionan con la sexualidad, junto a su divulgación indiscriminada, y en especial si la víctima es mujer, y a consecuencia de constructos sociales marcados muchas veces por hondas raíces ideológicas patriarcales y machistas, se activan mecanismos en red de criminalización, humillación y desprecio.

La revelación en las redes sociales de la cosificación sexual a la que ha sido sometida la víctima, y en especial, insistimos, cuando es mujer y menor -vid. sobre el especial impacto de las conductas de ciberviolencia sobre las mujeres y las niñas, el Informe de 2017 del *Instituto DIRECCION009*, dependiente de la Unión Europea, puede tener efectos extremadamente graves sobre muchos planos vitales. Lo que ha venido a denominarse como un escenario digital de la polivictimización.

No cabe duda, por tanto, que la llamada "*sextorsion*" -término ya incorporado en la STEDH, caso BUTURUGĂ c. Rumanía, de 11 de junio de 2020, y citado por primera vez por esta Sala en la STS 450/2018 de 10 de octubre- constituye una de las formas más graves de ciberviolencia intimidatoria.

**1.14.** La manifiesta idoneidad conminatoria del comportamiento desarrollado por el acusado Sr. Juan Manuel explica causalmente la conducta de contenido sexual desarrollada por la menor sobre su propio cuerpo, en los términos descritos en los hechos probados de la sentencia recurrida.

Conducta marcada por la violencia intimidatoria que disipa cualquier atisbo de interacción voluntaria, incluso en el marco de la tipicidad aplicable previa a la reforma del Código Penal de 2015.

El acusado, mediante mecanismos que adquieren el valor normativo de intimidación, sometió a la menor a su voluntad de cosificación sexual.

**1.15.** El hecho de que fuera la propia niña, bajo intimidación, quien realizara los tocamientos con contenido sexual explícito sobre sus partes íntimas -y como de forma reiterada hemos afirmado, vid. SSTS 1397/2009,



301/2016, 450/2018, 159/2019- no afecta a la idoneidad de la acción para lesionar el bien jurídico protegido: la libertad de autodeterminación personal proyectada sobre el derecho de toda persona a decidir cuándo, cómo, con quién y a quién mostrar su cuerpo o manifestar su sexualidad o sus deseos sexuales.

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

En la actual regulación, y en claro contraste con el Código de 1973, no se previene ningún delito contra la libertad sexual que el verbo típico en que consiste la acción exija que el autor sea quien la ejecute de manera física y directa. Los términos en los que hoy se expresan los tipos son tan amplios - *el que atentare contra la libertad sexual, el que realizare actos de carácter sexual, etc.*- que se separan, con claridad, de la casi extinta categoría de los delitos de propia mano.

Interpretación que, por otro lado, resulta del todo conforme a las condiciones sustantivas y metodológicas de la interpretación judicial de la norma penal, precisadas tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Achour c. Francia, de 29 de marzo de 2006 y, caso Del Río c. España, de 21 de octubre de 2013- como del Tribunal Constitucional -vid. SSTC 57/2010, 120/2005, 258/2007, 91/2009- y que, a modo de rápido resumen, cabe sintetizar en cinco: primera, la evitación de toda analogía creadora de la norma; segunda, la coherencia del resultado interpretativo con el núcleo de la prohibición; tercera, su razonable previsibilidad; cuarta, el respeto a pautas valorativas conformes con los principios constitucionales; quinta, la utilización de un modelo de argumentación compartido, no extravagante.

Reiteramos, todas las anteriores condiciones se dan en la subsunción anunciada. Del hecho de que mediante la reforma de 2015 del artículo 183 CP se introdujera expresamente la agresión sexual sobre menores consistente en actos sexuales realizados por la víctima sobre sí misma, no significa que dicho comportamiento no pueda considerarse ya contemplado en el tipo general de agresión sexual del artículo 178 CP, en la medida en que este, insistimos, no exige que el agresor realice los actos directa y físicamente sobre el sujeto pasivo -vid- STS 158/2019-.

La solución, además, coherente con exigencias de interpretación sistemática, pues si no se admitiera que las agresiones y abusos permiten la comisión del delito sin contacto directo con la víctima, no tendría sentido prever el concurso entre estos y la determinación a la prostitución, como sin embargo prevén los artículos 187.3 CP para los adultos y el 188.5 CP para los menores.

Así mismo, el prevalente elemento de grave intimidación que concurre en la acción, presta clara singularidad típica a la conducta que se sitúa lejos de los *tipos colindantes* como el del *embaucamiento* del artículo 183.ter.2 CP y el de la determinación para participar en un comportamiento de carácter sexual del artículo 183 bis, párrafo primero, CP, introducidos por la reforma de 2015. Además, la fórmula de subsunción es del todo compatible con los mandatos de tipificación contenidos la Directiva 2011/92.

El acusado, generando un marco de intimidación, negó, lesionó y despreció la libertad sexual de una persona que por su edad merece, además, una especial protección -vid. Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil* y Convenio del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007-causando un resultado de incuestionable relevancia típica.

**1.16.** Resultado de lesión que debe, en efecto, calificarse en los términos pretendidos por el recurrente, como agresión sexual agravada del artículo 178 CP en relación con lo previsto en el artículo 180.1. 3º CP, como fórmula de tipicidad más favorable atendida la fecha de comisión.

Sin perjuicio del juego del error de tipo sobre el dato de la edad de 12 años de la menor al tiempo de los hechos, apreciado por el tribunal de instancia y asumido por el Ministerio Fiscal, no cabe duda que el acusado, como se describe en la sentencia recurrida, disponía de elementos informativos suficientes para conocer que la víctima era menor de edad.

La mecánica empleada por el depredador sexual en este caso abarcó, como elemento nuclear de su plan de autor, dicha minoría de edad. Esta circunstancia, y por las razones antes expuestas, en el contexto de las *ciberrelaciones*, constituye un factor decisivo de fragilidad lo que favorece la eficacia de la intimidación desplegada y, con ella, la obtención del resultado buscado. Lo que intensifica notablemente el desvalor de la acción justificando sobradamente también la apreciación de la circunstancia agravatoria típica pretendida.

**1.17.** En orden a la penalidad, atendida la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas con valor privilegiado, consideramos ajustado a los elementos de desvalor de la acción -el prolongado marco de intimidación generado, la edad de la menor, doce años de edad- y de resultado -la obtención de veintiún



fotogramas y dos vídeos de claro contenido pornográfico y los potenciales riesgos de graves alteraciones sobre el equilibrio emocional y el desarrollo psico-afectivo de la menor- fijar la pena en los límites altos del grado inferior.

Lo que se traduce en la pena puntual de cuatro años y seis meses de prisión, con la inhabilitación especial para el desempeño de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de cinco años, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la pena privativa de libertad y un periodo de libertad vigilada de cinco años.

Con relación al delito de corrupción del artículo 189.1 a) CP, a la vista del notable efecto degradatorio que se deriva de la estimación del motivo formulado por el Sr. Juan Manuel y de los marcadores de desvalor antes referidos, fijamos la pena en diez meses y quince días de prisión con las accesorias establecidas por el tribunal de instancia.

#### **Cláusula de costas**

1.1. De conformidad a lo previsto en el artículo 901 LECrim se declaran de oficio las costas causadas por el recurso formulado por la representación del Sr. Juan Manuel .

#### **Cláusula de notificación**

1.1. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Salome , ya mayor de edad, a salvo que manifieste su voluntad de no querer recibir dicha comunicación.

### **FALLO**

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

**Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación** interpuesto por la representación del Sr. Juan Manuel y **haber lugar** al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 9 de abril de 2019 de la Audiencia Provincial de Valencia (sección Tercera) que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3097/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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 Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Andrés Palomo Del Arco

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 26 de mayo de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 3097/2019, interpuesto por el Ministerio Fiscal y por D. Juan Manuel contra la sentencia núm. 218/2019 de fecha 9 de abril de 2019 dictada por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en los fundamentos al hilo del motivo segundo del formulado por la representación del recurrente, Sr. Juan Manuel procede atribuir a la atenuación de dilaciones indebidas el valor de privilegiada. Por su parte, a la vista del éxito del motivo único formulado por el Ministerio Fiscal procede la condena del Sr. Juan Manuel como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 180.1. 3º, ambos, CP.

### FALLO

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

**Condenamos** al Sr. Juan Manuel como autor de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 180.1.3º, ambos, CP, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas con valor cualificado, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión con la inhabilitación especial para el desempeño de cualquier profesión u oficio que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por tiempo de cinco años, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la pena privativa de libertad y un periodo de libertad vigilada de cinco años.

Con relación a la condena por un delito de corrupción de menores del artículo 189.1. a) CP estimamos también la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas con valor cualificado y fijamos la pena privativa de libertad de diez meses y quince días de prisión con las accesorias fijadas por el tribunal de instancia.

Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y comuníquese personalmente a la Sra. Salome en los términos indicados en la parte expositiva de la primera sentencia, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.