



Roj: **STSJ AND 16507/2020 - ECLI:ES:TSJAND:2020:16507**

Id Cendoj: **18087312012020100149**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Granada**

Sección: **201**

Fecha: **29/09/2020**

Nº de Recurso: **96/2020**

Nº de Resolución: **251/2020**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MANUEL GUTIERREZ LUNA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, DIRECCION001 Y DIRECCION002

Sección de Apelación

S E N T E N C I A N U M . 2 5 1 / 2 0

ILTMO. SR. PRESIDENTE.....)

D. MANUEL GUTIÉRREZ LUNA.....)

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)

D. RAFAEL GARCIA LARAÑA.....)

D. JOSE MANUEL DE PAÚL VELASCO)

Granada a veintinueve de septiembre de dos mil veinte

Apelación penal nº 96/20

Vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los lltmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente Rollo de apelación nº 96/20 y autos originales de procedimiento ordinario seguidos ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería - Procedimiento Sumario 4/2019- procedentes del Juzgado de Instrucción n.º Tres de Almería, por delitos continuados de agresión sexual a menor de 14 años y continuado de elaboración de material pornográfico.

Es acusado Jose Daniel , cuyas circunstancias personales constan en la sentencia apelada, representado por la Procuradora D^a. María del Mar Monteoliva Ibáñez y defendido por el Letrado D. Nabil El Meknassi Barnosi.

Son partes acusadoras y apeladas, **D^a Andrea** , representada por la Procuradora D^a Concepción Murcia Ocaña, y defendida por la Letrado D^a Ana María Castaño Martínez.

Y el **Ministerio Fiscal**.

Es ponente el Magistrado D. Manuel Gutiérrez Luna, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

Segundo.- En fecha 16 de Enero de 2020, se dictó sentencia por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, en la referida causa, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente:

"UNICO.- *El procesado, Jose Daniel , mayor de edad, nacido el NUM000 /1966, sin antecedentes penales, contrajo matrimonio en el año 2009 con Berta , madre de la menor Andrea , nacida el NUM001 /94.*



Con anterioridad al año 2009, el procesado mantenía con Berta una relación sentimental, compartiendo con la menor Andrea, momentos de convivencia en un cortijo de campo, sito en la localidad almeriense de DIRECCION000.

Jose Daniel, en fecha no determinada pero en todo caso, entre los años 2005 y 2006, cuando la menor Andrea cursaba sexto de primaria y contaba con la edad de 11-12 años, siempre a horas intempestivas comprendidas entre las 00:00 y las 06.00 horas, cuando la menor Andrea se quedaba a dormir en el cortijo, se dirigía al dormitorio de la misma y encontrándose durmiendo, la destapaba sin su permiso, se acostaba junto a ella unas veces, otras se quedaba de pie y le quitaba el pijama, le tocaba sus pechos y zona genital, cogiendo en ocasiones la mano de la niña para colocársela en el pene. Hechos que tuvieron lugar en varias ocasiones, sin que se pueda concretar el número.

Posteriormente, entre los años 2008 a 2012, el procesado, igualmente a horas intempestivas de la madrugada, se dirigía a la habitación en la que dormía la menor y se aproximaba a su cama. Andrea se percataba de la presencia de Jose Daniel, negándose a sus acciones en el modo y manera que podía, intentaba taparse o girarse en la cama para evitarlo, encogía el cuerpo; pero éste le tocaba en el hombro y la acariciaba, diciéndole "me estabas esperando?". En esta situación, Jose Daniel metía sus dedos en la boca de Andrea y a continuación los introducía en la vagina de la niña, acción que desarrolló en varias ocasiones entre tres y seis veces a lo largo de los años referidos. Igualmente la obligó a mantener sexo oral, teniendo la menor que practicarle felaciones. Un día concreto del verano de 2011, cuando se encontraban en el cortijo de campo de DIRECCION000, Andrea se despertó en una tumbona de la piscina, percatándose de que tenía su boca en el pene de Jose Daniel y éste le estaba chupando a ella la vagina. Se levantó y empezó a vomitar.

La última vez que tuvieron lugar estas acciones, Andrea contaba con 16 años y se encontraba durmiendo, Jose Daniel se presentó en su habitación y la destapó, ante lo cual Andrea se dió la vuelta y agarró con fuerza las sábanas, tratando de evitar a Jose Daniel y éste le susurró al oído "o lo haces o al final voy a tener que meterla".

Jose Daniel, en numerosas ocasiones, entre el 06/04/2008 y el día 16/10/2011, entre las 01.00 horas y las 5.00 horas, fotografió y grabó a Andrea en el dormitorio sin su consentimiento, y en concreto fotografió su cuerpo desnudo, sus pechos, sus genitales y efectuó grabaciones durante actos sexuales practicados entre Jose Daniel y Andrea, en los que se aprecian masturbaciones y felaciones. Dichos vídeos y fotografías fueron almacenados en una tarjeta de memoria de la marca MMC Mobile de 1 GB de capacidad, con número de serie NUM002.

Durante este periodo de tiempo, y una vez contrajo matrimonio, el procesado con Berta, Jose Daniel ejercía funciones de padre respecto de la menor Andrea, corrigiéndola si llegaba tarde, ocupándose de su medicación, de ponerle crema si se lastimaba haciendo deporte, llegando incluso a controlar sus menstruaciones. Cuando Andrea le preguntaba a Jose Daniel por qué le tocaba y hacía esas cosas, él contestaba que eso era normal, que ella debía tener un problema mental, que su madre lo sabía, llegando a efectuar en público tocamientos en los pechos o culo, y ante las quejas de la niña o de su madre, Jose Daniel decía que era broma, que eran gestos de cariño. Si la menor se negaba, Jose Daniel se enfadaba muchísimo, diciéndole "no puedes negarme lo que ya me has dado", "si tu madre se queda sola va a ser por tu culpa, por no hacer lo que te pido; da gracias del nivel de vida que llevas, pues es gracias a mí, y si esto se rompe es solo por tu culpa", "piensa que no estás en la calle llena de pis, y eso es gracias a mí".

Como consecuencia de la conducta del acusado, Andrea presenta DIRECCION003, clínicamente significativa y DIRECCION004.

Tercero.- Dicha sentencia, contiene el siguiente Fallo:

*"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Jose Daniel, como autor penalmente responsable de un **delito continuado de abuso sexual sobre menor de 13 años**, a la pena de 2 años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a la persona de D^a Andrea a menos de 500 metros y de comunicarse con la misma durante un periodo de 4 años.*

Que **debemos condenar y condenamos** al procesado Jose Daniel, como autor penalmente responsable de un **delito continuado de agresión sexual con penetración**, agravado por ser la víctima descendiente por afinidad del mismo, a la pena de **14 años de prisión**, accesoria legal de inhabilitación absoluta, y prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 500 metros y de comunicarse con la misma durante un periodo de 20 años.

Que **debemos condenar y condenamos** al procesado Jose Daniel, como autor penalmente responsable de un **delito continuado de elaboración de material pornográfico** agravado por ser la víctima descendiente por afinidad, a la **pena de 7 años y un día de prisión**, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio



pasivo. Comiso del material informático intervenido, y prohibición de aproximarse a la víctima menos de 500 metros y de comunicarse con la misma durante un periodo de 10 años, así como al pago de 4/5 de las costas procesales ocasionadas".

Que **debemos absolver y absolvemos** al procesado *Jose Daniel* del **delito de elaboración y tenencia de pornografía infantil** objeto de acusación por la acusación particular, declarando de oficio 1/5 de las costas procesales ocasionadas.

En concepto de **responsabilidad civil**, debemos condenar y condenamos a *Jose Daniel*, a que indemnice a *D^a Andrea* en la suma de **50.000 euros**, más intereses legales previstos en el artículo 576 de la LEC.

Le será de abono para el cumplimiento de su condena todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa, de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades.

Será de aplicación como límite al cumplimiento de la pena lo establecido en el artículo 76 del Código Penal".

Cuarto .- Frente a la referida sentencia, la representación procesal del acusado *Jose Daniel* interpuso recurso de apelación e interesando la celebración de vista, no estimándose necesaria por la Sala, y denegándose por proveído de 21 de Julio pasado.

Dado al traslado a la acusación particular -constituída por *D^a Andrea* - y Ministerio Fiscal, se opusieron al recurso planteado, interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

Seguidamente fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal, donde se incoó el correspondiente rollo; se turnó de ponencia y se señaló para su deliberación el día 24 de Septiembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- En el procedimiento ordinario origen de la presente alzada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería dictó **sentencia** condenando al acusado *Jose Daniel*, como autor de un delito continuado de abuso sexual sobre menor de 13 años, delito continuado de agresión sexual con penetración, agravado por ser la víctima descendiente por afinidad del mismo y delito continuado de elaboración de material pornográfico, con la misma agravación de parentesco, al quedar acreditado por las pruebas practicadas en el plenario que, el acusado quien contrajo matrimonio con la madre de la víctima, y conviviendo en el mismo domicilio, en una primera etapa hizo objeto de abusos sexuales a *Andrea*, entre los 11 y 12 años de edad de ésta, consistente en tocamientos en sus pechos y zona genital; más tarde, y cuando *Andrea* contaba con 13 años de edad y hasta los 16 años, los abusos sexuales consistieron en introducción de dedos del acusado en la vagina de la menor, así como en varias ocasiones la obligó a realizarle felaciones; igualmente el condenado, cuando la perjudicada contaba con 13 y hasta los 15 años de edad, la grababa en vídeo, sin consentimiento de la misma, su cuerpo desnudo, pechos y genitales, así como los actos sexuales practicados con la misma, como masturbaciones y felaciones.

La sentencia ha sido recurrida en apelación por la **representación de la defensa de Jose Daniel**, alegando los siguientes motivos: 1.- Prescripción del delito continuado de abuso sexual sobre menor de 13 años: Como quiera que el delito del art. 181.1 y 2 del C. Penal, al asignársele pena de 1 a 3 años o multa, tiene un plazo de prescripción de 5 años - art. 132 C.P.-, a contar desde el alcance de la mayoría de edad de la víctima; al presentarse la denuncia en 4 de Abril de 2017, transcurrieron más de 5 años desde que la víctima alcanzó la mayoría de edad. 2.- Indebida denegación de prueba por la Sala sentenciadora de conversación de Twitter, por lo que interesa nulidad del juicio celebrado. 3.- Error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución: Considera a tal respecto la inexistencia de violencia o intimidación hacia la entonces menor *Andrea*, así como tampoco puede hablarse de intimidación ambiental; amparado en el mismo principio de presunción de inocencia, niega haber existido el hecho que se narra ocurrido en la piscina en el año 2011, así como a las amenazas de realizar felaciones, ya que tenía voluntad de llevarla a cabo. 4.- Vulneración del art. 74 del C. Penal: Estima debe ser inaplicable tal precepto, ya que deben ser absorbidos todos los actos en uno sólo, y no aplicar la continuidad, absorbiendo el delito más grave al menos grave. 5.- Inaplicación del art. 182 C. Penal: Estima que al tratarse de hechos consentidos por la menor y conocidos igualmente por su madre, la pena habrá de ser de 1 a 2 años de prisión o multa, en el caso de los abusos sin penetración; y en los abusos con penetración de 2 a 6 años de prisión. 6.- Vulneración del principio de presunción de inocencia respecto al delito continuado de elaboración de material pornográfico: A tal respecto manifiesta que la custodia por parte de la Policía Judicial, estaría quebrada, no habiéndose cotejado el material por el Letrado de la Administración de Justicia.

Por su parte, **acusación particular** constituída por *D^a Andrea*, y **Ministerio Fiscal**, impugnan el recurso interpuesto, interesando se desestime el mismo y la confirmación de la sentencia recurrida.

**Segundo.- Primero motivo del recurso de apelación: Prescripción del delito de abusos sexuales a menor de 13 años del art. 181.1 y 2 del Código Penal :**

Considera la representación del recurrente que, este delito ha de declararse prescrito, ya que se presentó denuncia por la Sra. Andrea , al haber transcurrido más de cinco años -plazo de prescripción- desde el alcance por ésta de la mayoría de edad.

Que, el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, plasmado en Sentencia nº 1136/2010, de 21 de Diciembre, referido a delitos conexos o concurso de infracciones, vino a establecer que en esta clase de delitos " *el procedimiento ha de considerarse a estos efectos como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones, no siendo posible, por consiguiente, aplicar la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre los ilícitos, sino que mientras el delito más grave no prescriba, tampoco puede prescribir aquél con el que está conectado*".

En el mismo sentido, la STS nº 505/2019, de 24 de Octubre de 2019, dice que " *En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador, para fijar el, plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado*".

Que, en el caso presente, la Sala sentenciadora hace una distinción de hechos cometidos por el acusado, siendo ambos de la misma naturaleza, el primero entre los años 2005 y 2006 -delito de abusos sexuales sobre menor de 13 años- y el segundo cometido entre los años 2008 a 2012, abusos sexuales con penetración.

Por tanto, no es de aplicar aisladamente la prescripción del delito de abusos sexuales del artículo 181.1 y 2 del Código Penal, ya que, se trata del delito más levemente penado, por lo que, habría de estarse en todo caso a la prescripción del delito más gravemente sancionado, el de abusos sexuales con penetración del art. 182 del Código Penal. Al ser la pena conforme a la Ley Orgánica 15/2003, de 10 años de prisión, la prescripción de este delito era de 10 años, conforme al art. 131.1 del código punitivo.

Como quiera que la denuncia se interpone por la perjudicada en 4 de abril de 2017, y la víctima hacía cinco años que había cumplido la mayoría de edad, es claro que, no había prescrito el delito.

Por lo que, procede desestimar este motivo del recurso.

Tercero .- Segundo motivo del recurso de apelación: Indevida denegación de prueba por la Sala sentenciadora de conversación de Twitter, por lo que interesa nulidad del juicio celebrado.

Que, a tal respecto, la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional estima que la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, integra el contenido de un derecho fundamental contenido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. No toda denegación de la prueba interesada por las partes supone una automática violación de dicho precepto, sino que requiere que suponga un efectivo quebranto del derecho de defensa de la parte proponente, impidiendo de forma inmotivada la prueba de las alegaciones planteadas en apoyo de su posición en el proceso (acusación o defensa).

Los criterios para abordar la posible vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa son los siguientes:

- a) La actividad probatoria ha de ser solicitada en la forma y momento.
- b) La actividad ha de ser pertinente, lo que, a partir de la competencia de los órganos judiciales para la evaluación de pertinencia, supone que el recurrente ha de argumentar convincentemente en torno a la pertinencia de la prueba denegada sin que, por contra, el órgano judicial haya fundamentado el rechazo de un modo no irrazonable, o de un modo tardío tal que genere indefensión o riesgo de perjuicio o condicionamiento de su solución sobre la prueba o de la decisión de fondo.
- c) La prueba ha de ser relevante o necesaria para la decisión del litigio.

En el caso presente, la defensa del acusado tuvo el documento que trató de aportar como prueba documental durante la fase de instrucción o bien a la hora de emitir el escrito de defensa; de forma excepcional, el Tribunal Supremo admite la práctica de pruebas cuando exista una razón justificada para no haber sido aportada en el momento procesal oportuno, y que en este caso, no se aprecia ni se alegó justificación alguna para haber guardado el momento del juicio oral para tratar de aportarlo.

Considera esta Sala de alzada que a más de lo anterior, se trata de un "pantallazo" aportado por la defensa, sin prueba pericial alguna que acredite que, se recibió en el móvil del acusado, ni que proviniese del móvil de la perjudicada, ni su contenido; tampoco se aportó ante la Sala el aparato móvil del acusado a fin de que se pudiese cotejar por el Letrado de la Administración de Justicia la autenticidad de cuanto se trata de probar con un simple papel.



De aplicación es la doctrina jurisprudencial contenida en STS 754/2015, de 27 de Noviembre, invocada por el Ministerio Fiscal, donde se dice : *la Sala quiere reiterar una idea básica, que ya fue declarada por la STS 300/2015, de 19 de Mayo , y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido*".

Por todo ello, habiéndose aportado en momento procesal inoportuno, amén de no reunir los requisitos ya señalados el documento en cuestión, procede rechazar su incorporación como documento, y la no procedencia, como se interesa, de la nulidad del juicio celebrado.

Cuarto. - Tercer motivo del recurso de apelación: Error en la valoración de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución : Considera a tal respecto la inexistencia de violencia o intimidación hacia la entonces menor Andrea , así como tampoco puede hablarse de intimidación ambiental; amparado en el mismo principio de presunción de inocencia, niega haber existido el hecho que se narra ocurrido en la piscina en el año 2011, así como a las amenazas de realizar felaciones, ya que tenía voluntad de llevarla a cabo.

En torno a la presunción de inocencia alegada por la representación del acusado Sr. Jose Daniel , es de recordar que, en la STS 468/2019, de 14 de octubre, con cita de las SSTS 28/2016, de 28 de enero y 125/2018, de 15 de marzo, se refiere que la invocación del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** permite al Tribunal constatar "... si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas **impugnaciones** que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba, y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (Art. 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)...".

El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es doctrina reiterada que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, el recurso "... no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente. No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada y, de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es prescindir de la valoración de pruebas personales, efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas (SSTS 712/2015, de 20 de noviembre; 176/2016, de 2 de marzo; 397/2017, de 21 de junio; 524/ 2017, de 7 de julio).

Es decir, conforme a lo establecido en la Sentencia 468/2019 antes mencionada, al Tribunal que conoce del recurso, "... no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y racionalidad....".



De otro lado, y en cuanto a las **funciones** que corresponden al **Tribunal de Apelación**, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 2020, aludiendo a resoluciones anteriores de la misma Sala (SSTS 1126/2006, de 15 de diciembre; 742/2007, de 26 de septiembre o 52/2008, de 5 de febrero), explicita 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 el quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no consiste en realizar una nueva ponderación 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 supervisión que entraña verificar que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica haya seguido el procedimiento y respete los supuestos para los que el método probatorio fue legalmente previsto, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/2001, 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 detallen 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, o los no reconocidos por éste o que de cualquier forma han resultado 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 la Sala Segunda del T.S. 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).

Quinto .- El Tribunal sentenciador ha contado con pruebas suficientes a criterio de esta Sala para llegar a la convicción de que se produjeron los hechos que han conformado los distintos delitos por los que viene condenado el recurrente. Y así, entre otras ha analizado de forma escrupulosa cada una de las pruebas practicadas en el plenario.

1.- La **declaración de la víctima**, Sra. Andrea , quien ha narrado los hechos, manteniendo la misma versión en cuantas ocasiones ha tenido la oportunidad de exponerlos, desde el inicio con la presentación de la denuncia, como posteriormente en el Juzgado de Instrucción y juicio oral. En todo momento ha mantenido que, cuando contaba con 11 y 12 años de edad, el acusado se introducía de noche en su cama, y comenzaba a tocarle sus pechos y órganos genitales, quitándole previamente el pijama, hechos que se repetían con frecuencia; cuando cumplió los 14 y hasta los 16 años de edad, ya los hechos eran distintos, toda vez que le obligaba a realizar felaciones, y en otras ocasiones, le introducía sus dedos en su vagina; asimismo en ocasiones veía una luz roja, que posteriormente supo que, el acusado le grababa desnudo completamente, y en las escenas de las felaciones que le tenía que hacer; y para ello siempre le decía "que tenía que hacerlo; que la vida holgada que



llevaba era por él, y que si lo comentaba se acabaría todo", y que "su madre quedaría sólo, si ella dijese algo de lo que venía ocurriendo".

2.- El acusado Jose Daniel , reconoce la existencia de felaciones, si bien niega que hubiera violencia o intimidación hacia la menor para realizar tales actos, al tiempo que indica que ella misma era quien le pedía llevar a cabo dichas felaciones; niega el episodio de la piscina sucedido en el verano de 2011.

3.- Junto a ello, existen **elementos corroboradores**.

Así la madre de la víctima, D^a Berta , manifestó en el plenario que no se percató de que el acusado durante la noche, y una vez dormía ella, se ausentaba del dormitorio conyugal y se acercase al dormitorio de su hija Andrea ; Jose Daniel decía que no podía dormir y que se levantaba; que cuando su hija no le daba un beso al acusado, éste perdía el control, se enfadaba y gritaba; que, delante suya en ocasiones "le tocaba las tetas y culo" a su hija Andrea , al tiempo que le daba un "pico", y decía que era síntoma de confianza; que tenía un absoluto control sobre su hija

El novio de Andrea , Roman , manifestó que, observaba cuando acudía a su casa que el acusado estaba bastante obsesionado con ella; controlaba todos sus actos, sobre todo con quién salía y dónde estaba en cada momento; en una ocasión tocó el cuerpo de Andrea , diciendo el acusado que se trataba de un gesto de cariño; que Andrea le contó que desde hacía tiempo abusaba de ella el acusado.

Las **fotografías** donde se observan los pechos y genitales de la víctima, incluso una felación de Andrea al acusado, y obtenida por aquélla de una tarjeta de memoria del ordenador que usaba el acusado en la vivienda familiar; asimismo vídeos donde se constata cómo Jose Daniel realizaba felaciones - *cunnilingus*- a la perjudicada y que fueron extraídos de mismo medio ya dicho, y entregados a la Policía Nacional.

La psicóloga D^a Melisa , del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Almería, quien tras entrevistas y pruebas realizadas a Andrea , concluye que la misma no presenta rasgos de personalidad de carácter patológico y que la sintomatología que presenta es compatible con los hechos denunciados.

Sexto. - La doctrina jurisprudencial ha señalado que, aún cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1.º) Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2.º) Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso-, sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim), en definitiva, es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3.º) Persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su falta de veracidad.

Tales elementos, que no es preciso que concurren todos a la vez, no han de considerarse como requisitos, sino como criterios orientativos que, lejos de acomodarse a unos rígidos clichés valorativos que actúen como inderogables presupuestos metódicos para la apreciación probatoria, lo cual no resultaría coherente con nuestro sistema de libre valoración probatoria, coadyuvan a la Sala en orden a su libre apreciación de la prueba practicada en juicio. Y es que a nadie se le escapa, dice la STS de 19-03-03, que " *cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima , en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo esas características, tienen solidez firmeza y veracidad objetiva*".

En el caso presente, las el acusado admite las felaciones que le hacía Andrea , si bien indicando que, las realizaba a petición de la víctima, extremo éste rotundamente negado por ésta.



La declaración de Andrea , junto al reconocimiento por parte del acusado de haberle hecho felaciones Andrea -si bien se dice por el condenado que eran a instancias de la víctima- junto con el resto de pruebas y elementos corroboradores y analizados, hace que esta Sala de apelación se incline, como lo hace la Sala a quo, por la versión de la perjudicada, ya que, desde el inicio de las actuaciones mediante denuncia, se ha mantenido la misma versión por quien ha sido víctima de tan execrables hechos; no se aprecia animadversión ni motivo espurio en su versión.

El Tribunal ha tenido a su presencia a la víctima en el momento del juicio oral, pudiendo apreciar la verosimilitud de sus declaraciones, en cuanto la misma aporta detalles de la forma de producción de los hechos, que se ha visto robustecido por el elenco de restantes pruebas practicadas en su intermediación.

La defensa niega haber sucedido el **hecho ocurrido en la piscina, en el verano de 2011**, donde según la víctima estaba durmiendo sobre una hamaca, y al despertarse se encuentra con el pene del acusado en su boca y éste con su boca en su vagina - *cunnilingus* -.

Se trata en definitiva de una más de las felaciones relatadas por Andrea , y que niega haber tenido lugar el condenado.

Frente a ello, es de reiterar lo expuesto en el párrafo anterior, respecto a la credibilidad de la víctima. Da detalles en cuanto a la fecha, lugar en que ocurrió ese hecho -cortijo de DIRECCION000 , donde se hallaban pasando el verano en ese año-, y que al despertarse vió el pene del acusado en su boca, y entretanto él le hacía cunnilingus en su vagina; y que de inmediato se levantó y empezó a vomitar.

No hay por qué dudar de la ocurrencia y realidad de ese hecho, reiterándose lo ya expuesto anteriormente, con relación a la credibilidad.

Considera la defensa la **inexistencia de violencia o intimidación** hacia la entonces menor Andrea .

En la época en que se producen los hechos de los abusos sexuales, la menor vivía con su madre y la pareja, el acusado, haciendo éste de padre, encargándose de todo aquello que un progenitor realizar a diario con relación a las necesidades usuales de un hijo: el ver notas de su colegio; darle crema cuando presentaba algún esguince del deporte que realizaba la menor; viendo las amistades de Andrea y el entorno en que se movía. Ello junto a las frases que le repetía cuando la víctima se negaba a tener relación alguna, y el acusado le decía que, "si comentaba algo de lo ocurrido se quedaría su madre sola" y que "debía aceptar cuanto hacía, ya que, el alto nivel de vida del que disfrutaba era debido a él"; y que "gracias a él, tenía un alto nivel de vida", y que "piensa que si no estás en la calle llena de pis, y eso es gracias a mí".

Todo ello, hacía que la menor por temor a esas advertencias y habiendo viviendo el acusado con su madre y como una familia, hacía que cediera a las pretensiones del acusado.

Séptimo.- Vulneración del art. 74 del C. Penal : Estima el recurrente debe ser inaplicable tal precepto, ya que deben ser absorbidos todos los actos en uno sólo, y no aplicar la continuidad, absorbiendo el delito más grave al menos grave.

Que, a tal respecto carece de fundamento este motivo, ya que se ha analizado en apartado anterior, la punición separada de ambos delitos.

Octavo.- Inaplicación del art. 182 C. Penal .

En este motivo del recurso de apelación, estima el apelante, debe ser aplicable el precepto indicado, ya que eran consentidos los abusos sexuales y los abusos con penetración por la víctima, la pena por el primero de los delitos de 1 a 2 años de prisión y por el segundo de 2 a 6 años.

Que, no es de aplicación al caso el art. 182 del C. Penal, ya que, como se ha expuesto a lo largo de la presente resolución, los abusos cometidos entre los años 2005 y 2006, la víctima contaba con una edad inferior a los 13 años -11 y 12 años-, por lo que, los abusos sexuales no podrían considerar consentidos a tenor del art. 181.2 del C. Penal.

En el segundo bloque de delito -continuado de agresión sexual-, no es de aplicación dicho precepto, toda vez que se refiere a abusos sexuales y no agresión sexual como ocurre en el caso.

Por lo que, el motivo ha de decaer igualmente.

Noveno.- el último de los motivos del recurso, viene referido a la condena por el delito continuado de **elaboración de material pornográfico**: A tal respecto manifiesta que la custodia por parte de la Policía Judicial, estaría quebrada, no habiéndose cotejado el material por el Letrado de la Administración de Justicia.



Supone la cadena de custodia, en este caso de material obtenido del ordenador que utilizaba el acusado en el domicilio donde convivía con la madre de la menor, y ésta, fué entregado en el momento de procederse a la denuncia por la víctima ante la Policía Nacional, declarando en el plenario el Policía Nacional nº NUM003 , quien manifestó haber mostrado al acusado las fotos y vídeos donde se observaban tomados por el acusado y en los que se veía desnuda a Andrea .

El acusado pudo ver tanto las fotos como los vídeos aportados por la víctima.

La defensa no aporta dato alguno del que pueda inferirse la ruptura o quiebra de la custodia. Andrea los entregó ante la Policía Nacional y posteriormente ante el Juzgado de Instrucción; la propia víctima manifestó que veía una luz roja y que posteriormente pudo conocer que se trataba de grabaciones con ella desnuda, extremo éste que no se niega por el condenado.

Por tanto, el motivo debe fenecer, procediendo desestimar el recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

Décimo.- Que, pese a la desestimación del recurso de apelación, procede declarar de oficio las costas de esta alzada, conforme a los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jose Daniel contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 16 de enero de 2020, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, con testimonio de la presente resolución, y en su caso de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN .-

En Granada, a veintinueve de septiembre de dos mil veinte. La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia Penal de fecha de hoy, es entregada en este órgano judicial, uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente, estando registrada con el número 251/20. La presente Sentencia es pública. Doy fe.-