

Roj: STS 997/2008 - ECLI:ES:TS:2008:997  
Id Cendoj: 28079120012008100064

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1226/2007

Nº de Resolución: 84/2008

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil ocho.

En los recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por la acusación particular el CASAL DELS INFANTS DEL RAVAL y por los procesados Carlos Francisco y Juan Ramón, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que condenó a dichos procesados por delito de abuso sexual al primero y delito de abuso sexual y otro de pornografía infantil al segundo, los Excmos.Sres. Magistrados componentes de al Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal, habiendo comparecido como parte recurrida LA GENERALITAT DE CATALUÑA (ostentando la tutela del menor Baltasar, y estando la acusación particular recurrente representada por la Procuradora Sra. Alonso León, y los procesados también recurrentes por la Procuradora Sra. Rodríguez Herranz.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 32 de Barcelona instruyó Sumario con el número 4/2005 contra Carlos Francisco y Juan Ramón, y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Sexta con fecha quince de Marzo de dos mil siete dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Se declara probado que el procesado Carlos Francisco, de nacionalidad ecuatoriana y con residencia legal en España, mayor de edad y sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el 18-6-05 hasta 24-11-05, durante el mes de mayo de 2005 colaboraba como monitor voluntario en el Casal dels Infants del Raval, lugar donde conoció al menor Baltasar, nacido el 2-11-92, estableciendo una relación personal con el mismo que motivó fuera a su domicilio sito en c/ DIRECCION000 nº NUM000, NUM001 - NUM002 de Barcelona varias ocasiones y en una de ellas, en fecha 7-5-05, consiguió que el menor le masturbara al tiempo que el acusado le realizó tocamientos en los genitales.

SEGUNDO.- El procesado Juan Ramón, mayor de edad y sin antecedentes penales, en prisión por esta causa desde 18-6-05 hasta 4-1-06, fue presentado al menor Baltasar por el acusado Carlos Francisco, en una de las ocasiones que estaba en su domicilio, propiedad del primero, estableciendo también una relación personal con Baltasar a quien compró algunos regalos y le dio dinero. Con ocasión de esta relación el día 22-5-05 quedó el acusado con el menor para ir al cine y en su propio domicilio sito en la AVENIDA000 nº NUM003 de Cervelló, Barcelona, tras desnudar al menor y desnudarse el mismo, consiguió que el menor le practicara una felación.

El día 12 de junio tuvo otro encuentro con el menor en el domicilio del acusado Carlos Francisco, en el curso del cual el menor practicó otra felación al acusado, sin que conste que Carlos Francisco lo supiera.

TERCERO.- El procesado Juan Ramón tenía, entre todo el material que fue intervenido en su domicilio, un CD con fotografías de contenido pornográfico en la que aparecen menores de edad, para su propio uso".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Carlos Francisco como autor responsable de un delito de abuso sexual, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo y accesoria de inhabilitación especial para el oficio o profesión de monitor por tiempo de CINCO AÑOS, a que indemnice al menor Baltasar en la suma de 2.000 euros y al pago de una cuarta parte de las costas procesales incluidas las de las dos acusaciones particulares.

Debemos condenar y condenamos a Juan Ramón como autor responsable de dos delitos de abuso sexual con penetración y un delito de pornografía infantil, sin concurrir circunstancias modificativas, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, por cada uno de los delitos de abuso y la pena de CUATRO MESES DE PRISIÓN por el delito de pornografía, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y a que indemnice al menor en la suma de 8.000 euros y al pago de tres cuartas partes de las costas procesales, incluidas las de las dos acusaciones particulares.

Se impone a ambos acusados la prohibición de acercamiento a Baltasar en una distancia inferior a mil metros por período de CINCO AÑOS así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio.

A los acusados les será de abono el tiempo que hayan permanecido en prisión por esta causa si no les ha sido de aplicación en otra.

Notifíquese a las partes la presente resolución notificándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACIÓN para ante el TRIBUNAL SUPREMO en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, por la acusación particular del CASAL DELS INFANTS DEL RAVAL y por los procesados Carlos Francisco y Juan Ramón, 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 dichos recursos.

4.- El recurso interpuesto por la representación de la acusación particular del CASAL DELS INFANTS DEL RAVAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- (denominado único en relación a Carlos Francisco) Por infracción de Ley del art. 849-1º L.E.Cr. por inaplicación del tipo del art. 181.1 y 2 del Código Penal, abuso sexual no consentido, a los hechos sucedidos el día 10 o 12 de junio de 2005 y por los cuales resultó absuelto. Segundo.- (denominado único en relación a Juan Ramón) Por infracción de precepto constitucional del art. 24 de la Constitución española, que ha derivado en infracción de Ley del art. 849-1º y 2º de la L.E.Criminal, por inaplicación del tipo del art. 181.1 y 2 del Código Penal, en relación con el art. 182.1 del mismo cuerpo legal, abuso sexual no consentido con acceso carnal por vía anal, a los hechos sucedidos en día 12 de junio de 2005.

El recurso interpuesto por la representación del procesado Carlos Francisco, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción del art. 849-1º de la L.E.Criminal, por haberse aplicado indebidamente el art. 192-1º del C.Penal dados los hechos que se declaran probados en la sentencia, pues su representado en ningún instante estaba encargado de hecho o de derecho de menor. Segundo.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional, al haberse conculcado los arts. 9.3, 24.1 y el art. 120 de la Carta Magna que establece la obligatoriedad de la motivación de las resoluciones judiciales, preparándolo por el cauce del art. 5.4 de la L.O.P.J. Tercero.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional del art. 852 de la L.E.Criminal, al haberse conculcado el art. 24.2 de la Carta Magna que establece la presunción de inocencia, al no haberse practicado un mínimo de actividad probatoria que desvirtúe tal presunción, preparándolo por el cauce del art. 5.4 de la L.O.P.J.

Y el recurso interpuesto por la representación del procesado Juan Ramón, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por quebrantamiento de forma del art. 850.1º L.E.Cr. por haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por la presente parte se considera pertinente. Segundo.- Por quebrantamiento de forma del art. 850.1º L.E.Cr. por haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por la presente parte fue admitida a pesar de ello el Tribunal no la practicó. Tercero.- Por quebrantamiento de forma, del art. 850.1º L.E.Cr. por haberse denegado una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por la presente parte fue admitida a pesar de ello el Tribunal no la practicó. Cuarto.- Por infracción de Ley del art. 849-2º de la L.E.Cr. por haber habido en la

apreciación de las pruebas error de hecho, según resulta de los particulares del documento obrante en autos. Quinto.- Por infracción de Ley del art. 849-2º L.E.Cr. por haber habido en la apreciación de las pruebas error de hecho, según resulta de los particulares del documento obrante en autos que sin razonamiento alguno muestran la equivocación evidente del juzgador, no desvirtuados por otras pruebas. Sexto.- Por infracción de Ley del art. 849 nº 2 de la L.E.Cr. por haber habido en la apreciación de las pruebas error de hecho, según resulta de los siguientes particulares del documento obrante en autos que sin razonamiento alguno muestran la equivocación evidente del juzgador no desvirtuados por otras pruebas. Séptimo.- Por infracción de Ley del art. 849 nº 2 de la L.E.Criminal, por haber habido en la apreciación de las pruebas error de hecho, según resulta de los particulares del documento obrante en autos que sin razonamiento alguno muestran la equivocación evidente del juzgador, no desvirtuados por otras pruebas. Octavo.- Por quebrantamiento de forma del art. 851-3º L.E.Cr.- al no resolverse en la sentencia la cuestión de a fecha en la cuál se tomaron las fotografías que suponen la base para condenar por un delito de pornografía infantil y que fue cuestión primordial de la defensa. Noveno.- Por infracción de Ley del art. 849 nº 1º L.E.Cr. por haberse infringido los preceptos penales de carácter sustantivo, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia. Décimo.- Por infracción de Ley del art. 849 nº 1º L.E.Cr. por haberse infringido los preceptos penales de carácter sustantivo, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia. Undécimo.- Por infracción de Ley del art. 849 nº 1º L.E.Cr. por haberse infringido los preceptos penales de carácter sustantivo, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia. Duodécimo.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional, al haberse conculcado los arts. 9.3, 24.1 y el art. 120 de la Carta Magna que establece la obligatoriedad de la motivación de las resoluciones judiciales, preparándolo por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J. Décimo tercero.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional del art. 852 L.E.Cr., al haber conculcado los arts. 9.3, 24.2 de la Carta Magna que establece el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, preparándolo por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J. Décimo cuarto.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional del art. 852 L.E.Cr. al haber conculcado el art. 24-2 de la Carta Magna que establece la presunción de inocencia, al no haberse practicado un mínimo de actividad probatoria que desvirtúe tal presunción, preparándolo por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J. Décimo quinto.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional, con base en el art. 5.4 L.O.P.J. y art. 852 L.E.Cr., al haberse infringido el art. 24.1 C.E. que ampara el derecho a la tutela judicial efectiva, por sí solo y también en relación con los principios de legalidad, seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad proclamados en el art. 9.3 también de la C.E. Décimo sexto.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional del art. 852 L.E.Cr. al haber conculcado el art. 14 C.E. que dice que todos los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, preparándolo por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J. Décimo séptimo.- Por vulneración de precepto de carácter constitucional del art. 852 L.E.Cr. al haberse conculcado el art. 18.2 C.E. que establece el secreto de las comunicaciones, preparándolo por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, pidió la inadmisión de todos los motivos alegados en los mismos, asimismo dado traslado a cada una de las partes de sus respectivos recursos se impugnaron todos ellos por cada uno de los recurrentes; la Sala admitió a trámite dichos recursos y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 30 de Enero del año 2008.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de la acusación particular EL CASAL DELS INFANTS DEL RAVAL.

PRIMERO.- El primero de los motivos lo es en relación al acusado Carlos Francisco y se residencia en el art. 849-1º L.E.Cr. por corriente infracción de ley, consecuencia de la inaplicación del art. 181-1º y 2º C.P., a los hechos sucedidos el día 10 o 12 de junio de 2005 que cometió el acusado y por los cuales fue absuelto.

1. En la sentencia -nos dice la entidad recurrente- se afirma textualmente que "sólo puede considerarse probado aquel hecho que haya sido acreditado en el acto de la vista oral, conforme a las garantías del debido proceso" de lo que se colige que si en el acto de la vista no se prueba no puede derivarse condena. En la hipótesis que nos atañe el hecho aparece denunciado desde un principio por el menor y la parte acusada pudo defenderse perfectamente.

Como argumento decisivo nos explica la entidad recurrente que en el caso de la condena a Carlos Francisco por el otro hecho también abrigó alguna duda el tribunal en el acto de la vista y sin embargo se condenó y justificó la decisión al folio 6º de la sentencia diciendo que "..... es cierto que al ser preguntado el

menor si el día de la fiesta de la hermana sucedió algo con Carlos Francisco, manifestó no recordarlo, pero ello no desvirtúa el relato del menor por el hecho de que no asocie la fiesta con los tocamientos, pues sí los asocia con otra circunstancia como fue la comida de macarrones que sucedió ese día".

Si a todo ello unimos las afirmaciones sentenciales hechas por el tribunal de que "la declaración del menor es mantenida en lo sustancial desde el inicio del juicio hasta el acto de la vista y describe los encuentros y los actos de contenido sexual con los mismos detalles y características en todas las ocasiones que las relata", y que "los encuentros, las circunstancias que éste (la víctima) expone que los rodearon son reconocidas por los acusados quienes se limitan a suprimir la parte del contenido lúbrico del encuentro, pero coincidiendo con el menor en el resto....", debió ser suficiente para que el tribunal lo considerase culpable de este delito imponiendo la correspondiente condena.

2. El propio planteamiento del recurso lo aboca a su inevitable desestimación.

En los hechos probados no se describen los actos lúbricos imputados que pudieron ser denunciados, porque el tribunal no los consideró acreditados y en casación y por el cauce que se articula el motivo queda el recurrente obligado al más escrupuloso respeto a los hechos probados (art. 883-4 L.E.Cr.) y en ellos no consta relatado ese comportamiento como presupuesto previo para responsabilizar al acusado por tal delito.

La entidad recurrente acude a argumentaciones de la sentencia reinterpretándolas, excediéndose de las posibilidades impugnativas que la ley le otorga, ya que la determinación del alcance probatorio de todo lo actuado en juicio es misión exclusiva y excluyente del tribunal de instancia (art. 117-3 C.E. y 741 L.E.Cr.). La recurrente pretende sustituir la valoración probatoria de éste por la suya propia. Si el menor declaró ante el instructor a propósito de la denuncia una cosa y en el plenario otra, y la Audiencia, después de contrastar ese primer testimonio y lo depuesto en juicio, conforme al art. 714 L.E.Cr., no llegó al pleno convencimiento de la ocurrencia del hecho, no tuvo más remedio que acudir al principio in dubio pro reo sin que esta Sala casacional pueda ahora transmutar tal convicción por la suya propia por impedirlo el principio de intermediación judicial, como parte integrante del derecho a un juicio justo (art. 24-2 C.E.).

Por todo ello el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- El segundo motivo se interpone, vía art. 849-1º L.E.Cr., respecto al acusado Juan Ramón, por entender infringido el art. 24-2 C.E. efecto de la inaplicación del tipo cualificado del art. 181.1.2 del C. Penal, en relación al 182.1 del mismo cuerpo legal, al no haber condenado la sentencia por el abuso sexual no consentido con acceso carnal por vía anal, todo ello referido a los hechos sucedidos el día 12 de junio de 2005.

1. La absolución por el hecho en cuestión se justificó en la sentencia -según argumenta el organismo recurrente- por las afirmaciones contenidas en el folio 7, par. 3 de la misma que dice lo siguiente: "En este encuentro, la representación del Casal del Infants del Raval añade una penetración por vía anal, con el dedo o con el pene, además de una felación. Dejando aparte que este hecho no ha sido recogido en el auto de procesamiento, por lo que sería un hecho nuevo introducido de forma sorpresiva y con lesión del derecho de defensa, lo cierto es que el menor no lo relató en el acto del juicio, sólo dijo que le puso crema, razón por la que no puede considerarse suficientemente probado.....".

Sobre esa base estima la entidad que debió condenarse, oponiendo razones procesales y de fondo.

2. Desde el punto de vista procesal es cierto que el principio acusatorio y el derecho de defensa no quedan condicionados por el auto de procesamiento y la calificación provisional de las partes acusadoras. Sería suficiente con que el hecho formara parte de las diligencias como manifestación o imputación no formal del ofendido o algún testigo en el momento de denunciar o prestar testimonio ante el juez y que la parte a la que afecta pudiera prevenirse en el juicio de que durante su desarrollo se acreditase, pues si es así, podía elevarse el hecho a la calificación definitiva sin perjuicio de que la defensa pudiera pedir la suspensión del juicio por el tiempo preciso para su ilustración y combatirlo adecuadamente.

Pero independientemente de dicha cuestión formal y ya dentro del fondo del asunto, la protesta articulada posee las mismas connotaciones que la planteada en el anterior motivo. El tribunal pudo contrastar las imputaciones previas al juicio y el testimonio emitido en él por el menor y de dicha comparación le surgieron dudas racionales acerca de su verdadera existencia y optó por la decisión garantista de absolver. Tal decisión es inatacable en este trance procesal por mucho que esta Sala de casación entienda que los hechos ocurrieron, como inicialmente los narra el menor, pues es de todo punto imposible, dada la inconcusa doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, valorar las pruebas sin haber gozado de la correspondiente intermediación.

Consiguientemente, no constando tal conducta delictiva en el factum, al que debemos plena sumisión y respeto (art. 884-3 L.E.Cr.), no puede ser objeto de consideración jurídica en orden a la realización de cualquier juicio de subsunción, imposible si antes unos hechos no se declaran probados.

El motivo se desestima.

Recurso del procesado Carlos Francisco .

TERCERO.- En el primer motivo acude al cauce procesal previsto en el art. 849-1 L.E.Cr., por considerar indebidamente aplicada la cualificación del art. 192.1º.

1. El art. 192 la establece para los casos de abusos sexuales cuando los autores o cómplices de estos delitos "sean ascendentes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz....".

El recurrente dice que se hace una interpretación analógica o "in malam partem" del principio de legalidad, ya que el acusado sólo desempeñaba la función de monitor voluntario durante dos horas a la semana para dedicarlas a actividades de juegos y apoyos, sin potestad supervisora sobre el menor.

2. El primer obstáculo que concurre en el motivo es el de dar la espalda al hecho probado, en donde no se menciona que su labor de monitor voluntario fuera por un lapso temporal de dos horas a la semana (art. 884-3 L.E.Cr.). Pero aunque lo fuera, la actividad la desarrollaba durante prácticamente todas las semanas, lo que hace que fueran sumándose meses y años durante los cuales el recurrente consiguió la confianza y desde luego el ascendiente necesario para facilitarle la comisión del delito.

Aunque ejerciera funciones tutoriales de hecho de modo esporádico sobre el menor, se producía una situación de indudable superioridad, circunstancia que facilitaba la ejecución de los actos libidinosos, que a su vez hacía más reprochable su conducta por ser precisamente el recurrente el que durante un periodo de tiempo tiene a su cargo al menor y ejerce funciones tuitivas, actuando en tales ocasiones contra su indemnidad sexual en los términos descritos por el factum.

La "ratio cualificadora" se da en la hipótesis contemplada y esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en el mismo sentido en casos de guarda de hecho periódica (veáanse S.T.S. nº 977/99 de 17-06-99, recurso 2566/98; nº 1553/2000 de 10-10-2000, recurso 3193/99 y nº 429/2002 de 08-03-2002, recurso 1544/00).

CUARTO.- El segundo motivo lo formaliza a través del art. 5-4º L.O.P.J. por entender conculcados los arts. 9-3, 24-1º y 120-3 de la C.E. que establecen la obligatoriedad de la motivación de las resoluciones judiciales.

1. El recurrente protesta por la ausencia de motivación de las penas impuestas, haciendo referencia al primer párrafo del fundamento jurídico tercero en que, de forma escueta y con carácter general, justifica la imposición de la pena por "la gravedad de la conducta realizada" y por faltar a la confianza de una institución pública de la que se prevalió.

En el desarrollo del motivo sólo hace referencia a la opción entre multa y pena privativa de libertad previstas en el art. 181.1 C.P. sin hacer la menor alusión a las restricciones complementarias integradas por la prohibición de aproximación a la víctima (art. 57 C.P.) o por la de prohibición de ejercicio de la actividad tuitiva del art. 192.2 C.P.

2. Pues bien, como quiera que la facultad de opción por la pena privativa de libertad o multa del art. 181.1 C.P. no se halla sometida a un criterio normado, basta con una motivación escueta o general con remisión a los aspectos fácticos de la sentencia para justificar su ponderada elección y darla por buena. El recurrente acude al art. 66 C.P. previsto para individualizar la pena dentro del marco genérico aplicable en atención a las circunstancias modificativas genéricas, pero lo cierto es que en el caso que nos ocupa la opción por la prisión y no la multa vendría justificada por la alusión genérica a la gravedad del hecho, como fácilmente puede colegirse de la propia sentencia y por la deslealtad del sujeto activo a la confianza depositada en él por el organismo protector de la Generalitat de Cataluña. En este aspecto no podemos afirmar que exista identidad de razones, con infracción del non bis in idem, con la ratio agravatoria de la cualificación, porque una cosa es que el delito se cometa por el aprovechamiento de la función que se desempeña y otra muy distinta que la función o cargo asignado, aunque fuera esporádico y por petición voluntaria, se ostente por una decisión de confianza de un organismo público que el sujeto ha defraudado. Eso no ocurriría, por ejemplo, cuando el puesto que se ejerce por el agente lo hubiera ganado por oposición o concurso-oposición. En este caso fue por libre designación del Casal dels Infants.

Justificada, aunque sea mínimamente, la opción que -insistimos- depende absolutamente del arbitrio del tribunal, la pena que se impuso fue la mínima posible. Dentro de su recorrido penológico de 1 a 3 años, era preciso imponerla en su mitad superior por aplicación del art. 192.1, cuyo límite inferior es el de dos años, cantidad de pena que no puede ser objeto de discusión ni de justificación por ser el mínimo legal.

El motivo se desestima.

QUINTO.- El tercero y último de los motivos aducidos lo canaliza a través del art. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J. por haber conculcado el derecho a la presunción de inocencia regulado en el art. 24-2 C.E., en ausencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo.

1. El reproche que formula lo limita en esencia a la afirmación de que la única prueba de cargo gira en torno al testimonio del menor Baltasar . Los argumentos tienen su asiento en la no exacta determinación del día en que ocurrieron los hechos que parece situarlos el menor en el día siete de mayo, pero que en realidad ocurrieron el día ocho.

Independientemente del día en que ocurrieran, que sólo podía propiciar una base argumentativa para el recurrente, aportando contraprueba de que el día 7 no pudo estar con el menor, lo cierto es que otros datos que aporta el propio menor situarían el suceso el día 8 de mayo de 2005. Sobre esa circunstancia elucubra el recurrente para desacreditar el hecho reputado delictivo.

2. Al recurrente no le asiste razón. Es de todos sabido que el delito que nos ocupa no es de esos que se cometen a la vista de la gente, sino de modo absolutamente reservado e íntimo, a cubierto de las miradas ajenas, lo que dificulta sobremanera su probanza.

El tribunal sentenciador es consciente de que en el caso de autos al ocurrir diversos hechos, sobre alguno de los cuales se ha decretado la absolución, halla lógico que pueda provocar alguna confusión al principal testigo de cargo, víctima del delito. Las propias manifestaciones iniciales en las que se utilizaban expresiones como "... cree que era ese u otro día....", confirman la justificada confusión en algún aspecto.

Pero en el caso de autos se confirma la estancia del menor en la casa en que ocurrieron los hechos, reconocida por el propio acusado, que también admitió la comida que hizo consistente en macarrones, circunstancia confirmada por el menor y otros testigos. La hermana y cuñado del acusado corroboran la comida y la celebración de su cumpleaños, que no recordaba del todo bien el menor, y que también estuvieron solos en una habitación, precisamente en la que el joven afirma que ocurrieron los hechos.

Si a eso añadimos que el testimonio de la víctima fue tamizado por el tribunal, conforme a los filtros que esta Sala y el Tribunal Constitucional vienen recomendando como posibles garantías de fiabilidad de un testimonio, y que también la versión del menor y su actitud de sinceridad fue corroborada por la "Unidad de Abusos a menores" del Hospital Sant Joan de Déu, como por varios médicos forenses y los psicólogos del "Servei d#Atenció a la Víctima" que lo han examinado profesionalmente, es indudable que la convicción del órgano jurisdiccional de instancia tiene suficiente asiento probatorio.

Conforme a todo lo dicho es patente que no puede prosperar el motivo que se limita a interpretar o valorar la confesión del menor sobre el día concreto que sucedieron los hechos y otros aspectos de la convicción del tribunal, censurando sus conclusiones, cuando la facultad valorativa de la prueba la ostenta de forma exclusiva y excluyente el tribunal de instancia (art. 741 L.E.Cr.).

Esta Sala de casación ha comprobado que existió prueba de cargo, legítimamente obtenida y practicada, con intervención y contradicción de todas las partes y valorada por el tribunal conforme a máximas de experiencia y criterios de lógica.

El motivo ha de rechazarse.

Recurso de Juan Ramón .

SEXTO.- Comienza atacando la sentencia en el primer motivo por quebrantamiento de forma del art. 850-1º L.E.Cr. al haberse denegado una diligencia de prueba, propuesta en tiempo y forma.

1. Con fundamento en el art. 729-3 L.E.Cr., antes de comenzar las sesiones del juicio, el recurrente solicitó la práctica de una prueba excepcional consistente en el reconocimiento físico de sí mismo por parte de los médicos forenses a fin y efecto de constatar que poseía una mancha por exceso de melanina en el cuello, además de un tatuaje cerca del ombligo. Alternativamente y para caso de inadmisión de dicha prueba se aportaba como documental fotografías donde consta claramente el tatuaje.

Todo ello estaba dirigido a comprobar la credibilidad del ofendido, inquiriendo sobre la posibilidad de que las hubiera visto en el acusado, cuando declaró que ambos se hallaban en el momento de los hechos completamente desnudos.

2. El tribunal de instancia, con buen criterio y conforme a la facultad que le otorga el art. 729 L.E.Cr., las consideró inadmisibles.

En lo concerniente a la mancha por efecto de la melanina que portaba en la parte trasera del cuello miembros del tribunal de visu o directamente pudieron apreciarla, y respecto al tatuaje no consta cuando se lo hizo, lo que no se excluye que tuviera lugar después de ocurrir los hechos y antes del juicio.

Independientemente de todo ello el derecho a la prueba no es absoluto, omnímodo o ilimitado, sino que es el tribunal del juicio el que debe declarar la pertinencia o la relevancia de la prueba interesada, y en este caso es patente la futilidad o inutilidad de tales pruebas, dada la finalidad probatoria perseguida.

Respecto a la mancha antes referida, si los actos lúbricos realizados consistieron en felaciones, la colocación de los implicados debía ser dándose frente, situación poco favorecedora para percatarse de ese detalle fisonómico, y en cualquier caso la situación corporal de la mancha quedaba lejos de las partes del cuerpo que fueron objeto de tocamientos.

En cuanto al tatuaje, aunque hipotéticamente lo diéramos por existente en el momento de los hechos, a pesar de su ubicación en lugar próximo al ombligo, tampoco se ha acreditado el grado de luminosidad u oscuridad de la habitación donde se hallaban el sujeto activo y la víctima cuando los hechos se estaban desarrollando, amén que cualquiera que fuera la luminosidad, la carga emocional de la situación no era la más propia para retener detalles secundarios.

Pero tanto en uno como en otro caso, aunque reputáramos esencial la prueba (cuando en realidad no lo es) e improcedente su denegación (que tampoco lo es), la falta de probanza de ese extremo no podría perjudicar al acusado, por lo que partiendo y suponiendo reales y existentes esas características del cuerpo del sujeto agente, si de lo que se trataba era de indagar frente al menor si fueron vistas durante los actos libidinosos, así se hizo en juicio y preguntado el ofendido sobre las mismas respondió afirmando "que no las vio" o "no lo recuerda", respuestas que permiten concluir que de haber existido era razonable no haberlas visto, y consecuentemente el grado de credibilidad del testimonio del menor por eso no desaparece ni disminuye un ápice.

El motivo debe decaer.

SÉPTIMO.- Por igual vía procesal que el anterior (art. 850-1º L.E.Cr.) en el motivo numerado como dos estima indebidamente denegada una prueba que fue propuesta en tiempo y forma.

1. La solicitud se hizo en el escrito de calificación provisional "Otroso I" letra f) en el que se lee: "Que se proceda el visionado .... del C.D. anexo obrante al folio 446 que contiene material pornográfico incautado". "A tal efecto que estén a disposición de la Sala aparatos reproductores y ordenadores tanto para el visionado de las fotografías, como para la comprobación de las propiedades de los archivos".

El Presidente de la Sala de instancia al tratar de averiguar la razón de la prueba para pronunciarse sobre la admisibilidad de la misma con conocimiento de causa, manifiesta la defensa que el objeto único es comprobar el momento en que se hicieron las fotografías y ello por cuanto de este modo "se comprobarán las fechas en que fueron tomadas, por una cuestión muy importante, ya que el delito es típico a partir del 1 de octubre de 2003" (sic).

2. Pasando por alto o dándolo por corregido al año de entrada en vigor, pues la Ley Orgánica nº 15/2003 de 25 de noviembre comenzó a regir el 1º de octubre de 2004, la conducta típica que le es imputada al recurrente y por la cual se le condena es la prevista en el nº 2 del art. 189: "el que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado....", y si ello es así, como así es, resulta obvio que la fecha de confección del material pornográfico, nada tiene que ver en la configuración del tipo delictivo.

El injusto típico se concreta a la posesión para uso propio de material pornográfico referente a menores e incapaces, independientemente del tiempo en que se creara y quien lo creara. El legislador estableció una figura típica de peligro, en cuanto anticipa las barreras protectoras del derecho penal a situaciones que a su juicio pueden provocar o favorecer su exhibición, venta, distribución, facilitación u otro tipo de conductas a que se refiere el apartado b) del número 1º del art. 189 C.Penal.

En conclusión, el hecho que se pretendía probar es absolutamente indiferente a efectos de precisar la fecha de comisión del delito o de otra cualquier causa exculpatoria. El delito es consecuencia de la posesión, en momento en que se halla vigente la ley penal, de ese material para uso propio.

El rechazo de la prueba fue perfectamente ajustado a derecho.

OCTAVO.- También el motivo tercero se asienta en el mismo cauce procesal (art. 850-1º L.E.Cr.) por quebrantamiento de forma, igualmente por la denegación de una prueba que siendo admitida no llegó a practicarse.

1. El tribunal citó a los testigos propuestos por la defensa Diego , Ildefonso y Pablo , para que declararan el día 21 de febrero de 2007, pero al no haberlo podido hacer en las condiciones interesadas por la defensa, solicitó que volvieran a declarar visionando las fotografías que presuntamente constituían pornografía infantil para realizar preguntas sobre las mismas.

El presidente al dar por terminada la sesión de ese día y a la vista de las pruebas practicadas hasta el momento consultó con la defensa proponente de los testigos si consideraba todavía oportuno que volvieran al día siguiente, y ante la respuesta positiva les citó de nuevo para ese día, pero en cambio no se les volvió a escuchar en declaración.

La prueba no se rechazó, sino que se ignoró, lo que impidió -según el recurrente- que se formulara la correspondiente protesta, sólo posible en supuestos denegatorios.

2. Al recurrente no le asiste razón. En el caso de autos, debió exigir al tribunal que tomara declaración a los testigos si realmente habían acudido al llamamiento judicial, y si no lo hicieron interesar la suspensión del juicio para forzar de nuevo la comparecencia, explicando la necesidad de su testimonio para que la Sala de instancia juzgara la procedencia de tal suspensión, obligándole a emitir un pronunciamiento con base en el art. 746 L.E.Cr. en orden a la necesidad o innecesidad del testimonio de un testigo.

En caso de denegación, pudo y debió hacer la correspondiente protesta, dejando constancia de las preguntas que pretendían formularse a los testigos o de otro modo las razones de la prueba o aspectos que pretendían esclarecerse y su influencia en la resolución de la causa, cosa que no hizo en aquel momento, ni hace ahora al argumentar el motivo.

El aquietamiento del recurrente a la situación, cuando tenía obligación procesal de actuar, le deslegitima para realizar esta queja casacional.

El motivo no puede ser acogido.

NOVENO.- Los siguientes motivos (4º, 5º, 6º y 7º) deberán analizarse conjuntamente dada su naturaleza y finalidad coincidente.

Se interponen por error facti (art. 849-2 L.E.Cr.), al entender que el tribunal confundió la fecha en la que ocurrieron unos determinados hechos, que además no tuvieron lugar en los términos que la sentencia establece.

1. La parte del factum atacada y que debiera suprimirse, según la tesis impugnativa sostenida, se contrae al apartado 2º, párrafo primero: "... el día 22-5-05 quedó el acusado con el menor para ir al cine y en su propio domicilio sito en la AVENIDA000 nº NUM003 de Cervelló, Barcelona, tras desnudar al menor y desnudarse él mismo, consiguió que el menor le practicara una felación.."

La alternativa que el recurrente propone en sustitución de la que acabamos de transcribir es idéntica en el motivo 4º, 5º y 7º, en los que se pretende el siguiente redactado: "El día 29 de mayo de 2005 Juan Ramón en compañía de Baltasar fue al cine, después le acompañó a casa de Baltasar , sin que ocurriera nada"; y en el motivo sexto la última frase, que hemos subrayado se sustituye por "... consiguió que el menor le realizara tocamientos".

Para alcanzar tales modificaciones el recurrente acude a los documentos siguientes:

a) En el motivo 4º se remite al folio 388, en el que aparece un e-mail enviado por Baltasar (víctima del delito) al acusado, y en la que figura la fecha de 29-5-2005, a las 18 horas 10 minutos 32 segundos, con el texto que allí consta, caracterizado por su especial intimidad y acreditativo de la práctica de actos lúbricos entre los mismos.

El recurrente dice que no pudo enviarlo él, porque en ese momento estaba el menor con él en el cine y además el día 29 no se cometieron los hechos que describe el factum.



b) En el motivo 5º, el documento lo integra otro e-mail, obrante al folio 43 de las actuaciones, que el recurrente envió al menor ofendido en fecha 24-mayo-2005, hablándole de una operación que había sufrido en el ojo, lo que le impedía además, según se dice en el texto, concertar una cita.

Con ello pretende acreditar que por la operación del ojo sufrida no pudo reunirse con el menor el día 22, ni ocurrir esos hechos, que los traslada al 29 de mayo.

c) El tercer documento, correspondiente al motivo 6º, se refiere a un informe médico de urgencias (folio 34) del Hospital Sant Joan de Déu, en el que con fecha 15-6-2005 se realiza una anamnesis al menor, en cuyo documento, que recoge todo lo que el menor explica, no se habla de que el acusado le obligara a realizar ningún acto sexual con la boca, sólo con la mano.

d) El documento referido en el motivo 8º lo constituye una escritura notarial de 14-octubre-2005, que figura en el "Otrosí I", del escrito de calificación y que recoge un acta de presencia por la que se autoriza al letrado del recurrente, D. Ildefonso, para acceder al correo electrónico del acusado Juan Ramón. En este correo parece que el menor quiere exculparle.

2. Antes de dar respuesta a los cuatro motivos, resulta de todo punto conveniente recordar la doctrina que esta Sala viene sosteniendo, de modo reiterado y persistente, sobre el error de hecho atribuido al Tribunal, deducido de documentos obrantes en autos.

Las exigencias para su prosperabilidad se reducen a los siguientes:

a) ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3. Con la doctrina expuesta chocan en diversos aspectos las pretensiones modificadoras del factum.

En primer lugar ninguno de los cuatro documentos posee autarquía probatoria, también llamada por esta Sala, quizás impropia, "literosuficiencia" o capacidad del documento para acreditar por sí solo y sin ninguna otra prueba adicional, interpretación o explicación, cualquier hecho o circunstancia. En tres casos (motivos 4º, 5º y 7º) se trata de varios e-mails o correspondencia informática remitida por autor y víctima. La literosuficiencia la podrán tener los aspectos formales del documento, en el sentido de acreditar que el documento en concreto existió, tenía el contenido que refiere y fue remitido entre las terminales que el mismo indica, pero lo que en modo alguno acredita es la veracidad del contenido allí expresado.

La credibilidad de tales escritos, integrados por pruebas personales documentadas (declaración de voluntad de personas, que después deponen en juicio), proviene de la confianza y fiabilidad que merece al tribunal el sujeto que la emite, al que podrá interrogarse en juicio contradictoriamente sobre la existencia y contenido de tal correo y de las respuestas dadas obtener las consideraciones valorativas pertinentes.

Otro tanto puede decirse de la anamnesis que el médico de guardia realiza al menor cuando es atendido en urgencias (motivo 6º). La realidad de lo allí relatado depende de la credibilidad que posea el que la hizo, que fue el ofendido, al que también en el plenario se le pudo preguntar por qué razón a una persona (médico de guardia) le contó o le dejó de contar ciertas cosas por las que era preguntado y si respondían a la realidad.

Faltando, pues, la literosuficiencia de los documentos, por esa sola razón, los motivos no deberían prosperar.

4. Junto a este obstáculo formal figura otro no menos importante y es que sobre la fecha de la comisión de los hechos el tribunal dispuso de prueba contradictoria, esto es, de otros elementos probatorios que inducían a pensar que los hechos ocurrieron, con alto grado de posibilidad, el día 22 de mayo y no el 29, pero si hubieran sucedido el 29 tampoco poseerían virtualidad para variar el fallo que quedaría inalterado, habida cuenta de la irrelevancia del dato, en orden al juicio de subsunción. Por otra parte es patente la dificultad de

garantizar la realidad de una circunstancia que no es fácil de recordar por el tiempo transcurrido y sobre todo porque cuando ocurrió la persona que fue protagonista del hecho a recordar nunca pensó que debería formar parte de una causa criminal y tendría que hacer esfuerzos memorísticos para tratar de reconstruir mentalmente la escena con todos sus detalles.

La sentencia en el fundamento jurídico 1º (folios 6 y 7) desarrolla con precisión y suficiente amplitud las razones que en el orden probatorio ha tenido en cuenta el tribunal para entender que los hechos suceden el día 22 y no el 29 de mayo de 2005. En este sentido contó con:

a) el testimonio del menor que lo sitúa el día 22.

b) el e-meil de 24 de mayo que Baltasar envía a Juan Ramón corrobora lo expuesto por el primero aludiéndose en él al regalo de la máquina "Nintendo" y aprovechando la misiva para concretar una cita. A su vez el e-meil hace referencia a otro diferente enviado una hora antes por el acusado Juan Ramón que habla de un encuentro anterior.

c) la taquillera del cine afirma que el acusado había ido al cine con el menor tanto el día 22 como el 29.

d) el acusado en fase de instrucción reconoció que fue con el menor al cine, admitiendo que estuvo en su casa, aunque fuera por breves instantes, para luego en el plenario matizar que el menor no entró en la casa, sin que haga referencia a la fecha, ni a una circunstancia tan relevante, como que en ese momento se encontraba en Madrid en una feria.

Como prueba en contra se halla el testimonio de una empleada del acusado que afirma que su jefe estaba en Madrid en esas fechas y cuya credibilidad no debe ser excesiva si pensamos la violencia y consecuencias para la deponente de declarar en contra los intereses de su principal.

En definitiva, cuando concurren distintas pruebas sobre un extremo sometido a acreditamiento, no cabe entrar en valoraciones, ya que es el tribunal de origen el único que apreciando todas en conjunto puede alcanzar la convicción oportuna por ser facultad que éste posee de forma exclusiva y excluyente, como tenemos dicho.

Los cuatro motivos deben desestimarse.

DÉCIMO.- En el motivo octavo se denuncia, con base en el art. 851-3º L.E.Cr., quebentamiento de forma al no concretarse en la sentencia la fecha en la cual se tomaron las fotografías que suponen la base para condenar por un delito de pornografía infantil.

1. En la proposición de prueba interesaba que se procediera al visionado de C.D. anexo, obrante al folio 446, que contiene el material pornográfico incautado al objeto de comprobar las propiedades de los archivos, entre los que consta la fecha en que se creó el archivo y así conocer si los hechos por los que aparece condenado en base al art. 189-2 C.P. se cometieron antes de la entrada en vigor del precepto, conforme a la Ley 11/2003 de 29 de septiembre (el recurrente confunde la ley a la que parece referirse, que es la nº 15/2003 de 25 de noviembre).

2. Ninguna incongruencia omisiva se ha producido sobre el particular, ya que este déficit formal sólo se comete cuando la omisión recae sobre una cuestión jurídica y en este caso lo que se pretende es la averiguación de un hecho. Lo correcto es la protesta que por denegación de prueba efectuó en otro de los motivos. En éste insiste por un cauce procesal absolutamente inadecuado.

Además de tratarse de una cuestión de hecho, el tribunal la denegó directa o indirectamente y lo hizo con acierto, ya que ninguna influencia tiene ese dato en la configuración del delito. Se puede conceder a efectos dialécticos en beneficio del reo que los archivos se confeccionaron por un tercero hace más de 20 años y el delito persistiría en los mismos términos.

El motivo se rechaza.

DÉCIMO PRIMERO.- En el noveno motivo, por corriente infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.), se estima aplicado indebidamente el art. 182.1 y falta de aplicación del 181.1 del C. Penal.

Como explica el recurrente este motivo se halla en relación al sexto, del que es subsidiario. Para que existiera un error subsuntivo sería necesario que se hubiera alterado el factum por admisión del correspondiente motivo formalizado por error facti, en el que se acreditara que no existió felación y que sólo hubieron simples tocamientos.

Producido el acceso carnal por vía bucal -según reza el factum- el precepto ha sido correctamente aplicado.

El motivo se rechaza.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el décimo de los motivos, también por error iuris (art. 849-1º L.E.Cr.), estima inaplicado, cuando debió serlo, el art. 74 C.Penal.

1. El recurrente rechaza la argumentación de la sentencia que entiende que en los hechos enjuiciados no existe continuidad delictiva, en atención a la clara y determinada concreción temporal de los dos actos imputados y la naturaleza eminentemente personal del bien jurídico protegido.

2. El tribunal sentenciador ha acertado en el juicio de subsunción al rechazar la continuidad delictiva, que dados los términos del art. 74 C.Penal, debe ser la excepción, precisamente por el carácter inequívocamente personal del bien jurídico que la ley protege.

Esta Sala viene aplicando la continuidad delictiva en las hipótesis de un número indeterminado y largo en el tiempo de actos lúbricos ilícitos, cuando se cometen dentro de una misma situación de superioridad o preeminencia, normalmente en el ámbito familiar, en cuyo contexto el sujeto de forma previamente proyectada abusa sucesiva e ilimitadamente del sujeto pasivo que tiene dificultades para consentir por hallarse bajo la misma sutil presión psicológica desde un inicio ejercida, aprovechando la posición de superioridad que el sujeto activo ejerce.

El caso no es el mismo, porque en el presente se ha tenido que renovar el dolo o voluntad delictiva en dos ocasiones concretas y determinadas y cuyo desenlace o resultado no podía pronosticarse.

3. Además, la imposición de una sola pena de conformidad al art. 74 C.P. no iba a favorecer la posición del recurrente. De apreciar la continuidad delictiva la pena a imponer oscilaría entre 7 años y 12 años y 6 meses de prisión, ya que estaría integrada por la mitad superior de la pena básica del delito más grave (esto es de 4 a 10 años: art. 182 C.Penal) que podría llegar a la mitad inferior de la superior en grado. La mitad superior de la pena básica discurriría entre 7 y 10 años y la mitad inferior de la pena superior en grado, que iría de 10 a 15 años, podría alcanzar hasta la mitad, esto es, hasta 12 años y 6 meses, magnitudes que superan las dos penas impuestas al recurrente de cuatro años de prisión cada una.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO TERCERO.- También por infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.) en el motivo undécimo el recurrente aduce inaplicación del art. 14 del C.Penal, referido al error.

1. En el motivo sostiene que era desconocedor de la edad del menor, requisito imprescindible para condenar por el art. 181-1º y 2º del C.Penal, y es lo cierto que el sujeto pasivo del delito tenía 12 años, esto es, próximo al límite de edad establecido legalmente.

El recurrente rechaza los argumentos de la Sala de origen e interesa la absolución ya que se entiende que el error es invencible o incluso de ser vencible, se hace imposible sancionar por esta figura penal ante la ausencia de la correlativa previsión de la comisión por culpa o imprudencia de este delito (art. 12 C.Penal).

2. En estos casos límite, visto el planteamiento de la cuestión la Audiencia tuvo cuidado en asegurarse del conocimiento de este dato por parte del acusado.

En ese sentido el fundamento jurídico segundo, párrafo 5º declara:

"Se rechaza la alegación de error de hecho en cuanto a la edad del menor, porque además de haber declarado varios testigos que Diego aparentaba la edad que tenía, no es creíble que quien es profesional en materia de pornografía y sabe perfectamente los límites legales en relación a menores, pues el mismo lo refirió en el acto del juicio, no se cerciorara convenientemente de este hecho, puesto que la relación que tenía con Carlos Francisco y éste, a su vez, con el centro del Raval, como monitor, le permitía saber perfectamente la edad del menor".

Dadas las razones tenidas en cuenta por el tribunal sentenciador, que acude a una inferencia plenamente fundada y consistente, esta Sala no puede sustituirla gratuitamente por otra valoración distinta (art. 741 L.E.Cr.).

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- El recurrente en el siguiente motivo de casación, señalado con el número 11º combate la sentencia, vía art- 5-4 L.O.P.J., por falta de motivación de la pena, con infracción de los arts. 9-3, 24-1 y 120-3 C.E.

1. Considera que la motivación de la sentencia es escasa o prácticamente nula a la hora de razonar la imposición de pena privativa de libertad en lugar de multa, opción prevista en el art. 189.1º C.P. para el delito de posesión para uso propio de material pornográfico.

2. Al recurrente no le asiste razón. El precepto no obliga a someter el arbitrio judicial a pautas determinadas, por lo que habría que comprobar simplemente que el ejercicio del mismo por parte del tribunal de instancia no fue arbitrario, absurdo o extremadamente desproporcionado.

La Audiencia explica de modo claro cuál es la causa de la elección de pena y en el fundamento de derecho tercero, párrafo 2º, nos dice que "se le imponen 4 meses de prisión por la posesión de pornografía infantil, determinando tal clase de pena en vez de la de multa y la extensión algo superior al mínimo, en atención a la cantidad de imágenes infantiles ocupadas".

Podrá discrepar el recurrente del argumento, pero no es posible afirmar que la justificación en la elección de la naturaleza de la pena está huérfana de motivación.

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo décimo tercero del recurso denuncia, a través del art.852 L.E.Cr., la conculcación de los arts. 9-3, 24-2 C.E., por denegación de pruebas pertinentes que producen indefensión.

1. Vuelve a referirse al art. 729-3 L.E.Cr., que es el fundamento que justifica la práctica de esta prueba, pretendiendo que los médicos forenses reconocieron físicamente al acusado para constatar la mancha por exceso de melanina en el cuello y la existencia de un tatuaje próximo al ombligo. La comprobación de las circunstancias era necesaria para utilizarlas en el interrogatorio del menor.

2. La queja que realiza repite la que ya hizo en el motivo 1º, ahora por otro cauce procesal.

Lo cierto es que al menor se le pregunta por estos datos, los cuales no tienen influencia en la credibilidad que pueda atribuirse al mismo, que procede de otras fuentes.

Los argumentos para rechazar el motivo son los mismos que ya expusimos en el fundamento primero del propio recurrente, a los cuales nos remitimos.

DÉCIMO SEXTO.- En el siguiente motivo, según el orden en que los plantea el recurrente (nº 14º) , residenciado en el art. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J., estima vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.).

1. El censurante reprocha a la Audiencia que sólo haya dispuesto para convencerse de la culpabilidad del acusado del testimonio del menor, con todo lo que tiene de inseguro. No puede obligarse al recurrente a demostrar en que lugar estuvo y todo lo que hizo en los momentos en que se le atribuye la realización de actos delictivos.

A continuación examina y revisa los resultados de las pruebas que le son adversas, dada la propia versión de los hechos. Echa en falta la formulación al menor de muchas preguntas, que hubieran contribuido a depurar la veracidad de sus diferentes declaraciones, en las que encuentra contradicciones.

Respecto a la pornografía poseída, no se ha acreditado que conociera el contenido de las imágenes que guardaba en su archivo informático.

2. La alegación de un motivo de este tipo obliga al tribunal de casación a supervisar simplemente, no a proceder a nueva valoración, que el material probatorio de que se sirvió el tribunal, por su carácter incriminatorio, se estima suficiente para en una ponderación racional y prudente convencerse de que una persona ha cometido el hecho que se le imputa, pruebas que han debido obtenerse por cauces regulares y practicadas en el plenario con todas las garantías legales.

No se puede volver a valorar la prueba disponible, ni ensayar interpretaciones diferentes a las realizadas por el tribunal (art. 741 L.E.Cr.). Bastará con observar que el discurso lógico o estructura racional de las motivaciones y valoraciones del órgano enjuiciador para considerar que unos hechos delictivos se han probado y el recurrente ha tenido participación en ellos, ha sido conforme a las normas y pautas de la lógica, de la experiencia y de la ciencia.

Por otro lado, si el recurrente considera que al ofendido menor no se le formularon ciertas preguntas que hubieran hecho dudar de su sinceridad, pudo haberlas formulado él y no lo hizo.

3. En nuestro caso el testimonio del menor, directamente observado y contrastado con sus anteriores declaraciones por el tribunal, le mereció, y es una opción razonable, toda clase de crédito. Respaldaban esta opinión los expertos y técnicos que examinaron al joven y dieron su opinión sobre la actitud del mismo ante los hechos y el fiel reflejo de lo que contaba. Pero a ello se unió un fuerte respaldo probatorio de carácter corroborador, entre cuyas circunstancias podemos citar:

a) el propio testimonio de los acusados, que es absolutamente coincidente en lo esencial (a salvo alguna diferencia en las fechas no determinante) con todo lo depuesto por la víctima. Sólo excluían de los encuentros los actos libidinosos realizados.

b) los testigos en general, que igualmente reforzaron la versión de la víctima, como la taquillera del cine, etc.

c) los e-mails y misivas remitidos entre acusado y víctima que han sido incorporados a la causa como prueba documental.

d) el disco duro del ordenador del recurrente y vaciado de los archivos que allí se guardaban.

Si todo ello lo enmarcamos y relacionamos con el contenido de alguna de las misivas, en donde se constatan proclamaciones amorosas y la realización de actos libidinosos; que el recurrente se dedica profesionalmente a la confección de pornografía; así como el reconocimiento de haberle comprado regalos al menor y entregado dinero, permitirán reforzar todavía más la convicción judicial de la efectiva realización por parte del acusado de prácticas pedofílicas, calificadas jurídicamente de abusos sexuales.

El motivo debe rechazarse.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el siguiente motivo (15º), a través del art. 5-4 L.O.P.J. y 852 L.E.Cr., considera infringido el art. 24-1º C.E., que regula el derecho a la tutela judicial efectiva, todo ello en relación con el principio de legalidad, seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad proclamados en el art. 9-3 C.E.

1. El recurrente vuelve a insistir en una cuestión ya resuelta atacada ahora por otro cauce procesal.

Dice que la Sala de instancia no ha resuelto en la sentencia las cuestiones que le fueron planteadas en tiempo y forma dirigidas a averiguar la fecha en la que fueron realizados los archivos de la presunta pornografía infantil que constan en el C.D. intervenido.

2. Ya dijimos que el dato es anodino y ninguna influencia tiene en el proceso, dado el delito que se le imputa, en que dicha circunstancia es absolutamente indiferente. En todo ello nos remitimos a lo dicho en su momento.

El motivo tampoco puede prosperar.

DÉCIMO OCTAVO.- En el motivo número décimosexto, el recurrente, sirviéndose de igual cauce procesal que en el anterior estima infringido el art. 14 de la Constitución española que proclama la igualdad de todos los españoles ante la Ley sin que pueda prevalecer distinción alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal y social.

1. Con esta cobertura legal el impugnante incluye una serie de consideraciones distintas. Por un lado parece estar soliviantado porque el Presidente del tribunal demostró una predisposición en contra de su defensa; por otra parte se queja de ciertas expresiones que empleaba el presidente en la dirección del debate; también protesta porque no se dejó responder a un testigo sobre alguna pregunta; y por último insiste en que no permitió examinar las fechas de las fotografías pornográficas.

2. De principio no se observa ninguna animadversión, según se desprende del acta, por parte del presidente del tribunal respecto a ninguno de los intervinientes en el juicio. Si no se le permitió a un testigo contestar a una pregunta, el recurrente debió preparar recurso de casación por esa causa al existir una previsión legal en el art. 850-3 L.E.Criminal, resultando por otra parte de toda lógica prescindir de cualquier actividad procesal inútil e innecesaria, como sería indagar sobre las fechas de confección o introducción en el ordenador de las fotografías de contenido pornográfico infantil.

Dentro del concreto ataque al principio de igualdad es patente que las supuestas discriminaciones no son de aquéllas a las que refiere el art. 14 C.E. A su vez la infracción del principio de igualdad exigiría la constatación de que otros sujetos, en su misma situación, han sido sometidos a un trato diferente.

En el más estricto plano jurídico de las resoluciones judiciales condenatorias o causantes de un perjuicio o agravio comparativo, sería necesaria la cita de supuestos sustancialmente iguales sobre los que haya recaído una solución distinta fruto del voluntarismo selectivo a partir de un argumento "ad personam o ad causam", es decir, no fundados en criterios de alcance general o susceptibles de aplicarlos a cualquiera.

El recurrente no ha aportado en su argumentación un término de comparación que descubra el trato discriminatorio denunciado.

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO NOVENO.- En el último motivo, el número 17º, al socaire del art. 5-4 L.O.P.J., denuncia vulneración del secreto de las comunicaciones (art. 18-3º y 4º C.E.).

1. El impugnante trata de reiterar una objeción que ya opuso en la instancia y que mereció la correspondiente respuesta de la Sala.

En el penúltimo párrafo del fundamento jurídico 1º, de la combatida se afirma: "En relación a este material incautado al acusado Juan Ramón , alegó por su defensa que aun reconociendo que autorizó la diligencia de registro e intervención de ordenadores y soportes informáticos, nunca autorizó a que se entrara en el interior de los mismos y se obtuvieran o averiguaran los archivos y fotografías que había en el interior de estos soportes, derivando de esta falta de consentimiento que la obtención de estos datos es nula y no puede ser utilizada como prueba en su contra".

2. En respuesta a este alegato la Sala sentenciadora explicó con rigor y precisión jurídica la libertad e información del acusado a la hora de otorgar la autorización y el alcance de la misma, que no podía ser otro que obtener las informaciones precisas para el descubrimiento de los delitos perseguidos, pues lo contrario nos conduciría al absurdo. Antes ya se le habían leído sus derechos y se le informó del delito perseguido (agresión sexual y pornografía infantil).

En nuestro caso no se produce la intervención de comunicaciones y en cuanto a la correspondencia allí almacenada, el acusado sabía que la tenía y autorizó su vaciado. Además los mensajes determinantes de la incriminación los aporta la víctima, como correo emisor, confirmando la recepción la terminal del acusado, que constituye una corroboración de su existencia y contenido.

Desde otro punto de vista el acusado ha reconocido en todo momento estar en posesión de esa pornografía, actividad no muy alejada de su profesión, lo que dada la plena ilustración de sus derechos por parte del instructor y después de su abogado, confesó en juicio la posesión y pertenencia de ese material y tal confesión está desconectada jurídicamente de cualquier hipotética irregularidad precedente.

El motivo ha de decaer.

VIGÉSIMO.- La desestimación de todos los recursos determina la imposición de costas a todos los recurrentes y a la acusación particular la pérdida del depósito de haberse constituido, de conformidad con el art. 901 L.E.Criminal.

### III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de la acusación particular del CASAL DELS INFANTS DEL RAVAL y por los procesados Carlos Francisco y Juan Ramón , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, con fecha quince de Marzo de dos mil siete, en causa seguida a dichos procesados por delitos de abuso sexual y pornografía infantil y con expresa imposición a todos los recurrentes de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos y a la acusación particular con pérdida del depósito si se constituyó en su día.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andrés Martínez Arrieta José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez José Antonio Martín Pallín

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.