



Roj: **STS 1110/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1110**

Id Cendoj: **28079120012021100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2021**

Nº de Recurso: **10657/2020**

Nº de Resolución: **257/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16477/2020,**  
**STS 1110/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 257/2021**

Fecha de sentencia: 18/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10657/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: JAS

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10657/2020 P

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 257/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D.<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 18 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10657/2020-P interpuesto por **D. Epifanio**, representado por el procurador D Juan Antonio Carrión Calle, bajo la dirección letrada de D. Agustín Martínez Becerra, contra Sentencia de fecha 3 de junio de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION006 y DIRECCION007, sede en Granada, en el Recurso de Apelación nº 47/2020 por delito de abuso sexual.

Ha sido parte la acusación particular ejercida por D. Faustino y D<sup>a</sup> Bárbara, representados por la procuradora D<sup>a</sup> María del Carmen Capitán González, bajo la dirección letrada de D. Alonso Aranda Pérez, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3<sup>a</sup>, el 13 de noviembre de 2019, se dictó sentencia absolutoria a D. Epifanio y condenatoria a D. Epifanio como responsable de delitos continuado de exhibicionismo y provocación sexual de menores de edad, abusos sexuales, enbaucamiento y delitos intentados de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Ha resultado acreditado y así se declara probado que el procesado Epifanio, nacido el NUM000 de 1972, llevó a cabo, intencionada y conscientemente, determinados actos, que posteriormente se concretarán -ya fueren conversaciones de contenido sexual vía la aplicación de mensajería instantánea Whatsapp, o ya fueren tocamientos, masturbaciones, felaciones, etc.-, respecto de los menores que serán relacionados atentatorios de la libertad y/o la indemnidad sexual de los mismos y a fin de dar satisfacción a sus instintos sexuales, teniendo aquél conocimiento de la edad menor de 13 años, menor de 16 años o mayor de 16 años pero menor de 18 años de los menores víctimas de que se trata..

Tales actos tuvieron lugar entre los años 2011 a 2016, en los que el procesado contaba, respectivamente, con la edad de 39 a 44 años y fueron llevados a cabo por el mismo aprovechándose, bien de su condición de entrenador de determinados menores, de su condición de segundo entrenador, de utillero o encargado del material deportivo (si bien ejerciendo, realmente, de ayudante del entrenador) o colaborador, dada la condición de padre de uno de los jugadores o de la especial situación de desprotección en que parte de los menores se encontraban por vivir, fuera de su hogar familiar. en la Residencia (de jugadores) de Andalucía, como ocurrió con los menores, Jose Ignacio., Abilio., Bienvenido., Celso., Cirilo., o Estanislao., prevaliéndose del conocimiento generalizado entre los jugadores de dicha condición de entrenador para la realización de determinados actos.

Si bien, en el caso del menor Fidel., el comportamiento llevado a cabo por el procesado en relación al mismo no puede entenderse que lo fuera en función de dicha condición, que no existía dado que el menor no era "entrenando" de aquél -aunque si lo fuera de su hermano Hilario, por lo que se conocían- y por cuanto el contacto entre ambos se produjo un año después cuando coincidieron, yendo el menor en compañía de su padre, en el Estadio la Rosaleda de la capital malagueña.

Dichas condiciones de entrenador, segundo entrenador, ayudante o colaborador que había ejercido con anterioridad, también le valió para continuar en contacto con determinados menores y seguir llevando a cabo actos de naturaleza sexual tendentes a la misma finalidad de satisfacción de tal carácter del procesado.

El procesado ejerció las funciones de entrenador, de segundo entrenador o de colaborador en la entidad Málaga Club de Fútbol en los años 2011, 2012 y 2014, en el Equipo del DIRECCION001, filial del Málaga, en el año 2014 y en la entidad Club de Fútbol DIRECCION000, en el año 2016.

Las concretas actuaciones en cuanto a cada menor se produjeron de la siguiente forma.

Respecto del menor Francisco., nacido el NUM001 de 2000, ha quedado acreditado que, siendo el procesado su entrenador en la entidad Málaga Club de Fútbol, con motivo de la celebración en la localidad granadina de DIRECCION002 de un campeonato de Andalucía de la categoría alevín que tuvo lugar el día 4 de junio de 2012, teniendo el menor 12 años de edad, y mientras se trasladaban en autobús, aquél se sentó a su lado y le mostró un vídeo, cuyo contenido de naturaleza pornográfica no ha podido ser determinado al no contarse con dicho material, le pidió que se "sacara" su pene con intención de tocárselo directamente, si bien, dado que el menor se negó se lo tocó por encima de la ropa (pantalón).

Asimismo, en el mes de julio del año 2012, teniendo el menor 12 años de edad, con motivo de la celebración en la localidad madrileña de DIRECCION008 del Torneo denominado " DIRECCION003 ", el procesado llevó al referido menor a su habitación (bungaló) donde el mismo realizó al menor una felación y, posteriormente, el menor le realizó otra felación al procesado.

Igualmente, entre los meses de febrero y marzo del año 2016, pero posiblemente el día 4 de marzo de dicho año, teniendo el menor 16 años de edad, dado que el mismo quería desplazarse hasta la localidad malagueña de DIRECCION004 para ver a una "niña", el procesado se ofreció a llevarlo en su coche, si bien por el camino éste detuvo el vehículo en un descampado, donde ambos se tocaron sus genitales y se efectuaron mutuamente una felación el uno al otro.

Finalmente, aparece acreditado (folios 4 a 15 de las actuaciones) que en el día 27 de febrero de 2016 y el día 6 de marzo de 2016, ambos mantuvieron cruces de conversaciones vía la aplicación whatsapp de contenido sexual, en las que el procesado le habla de "follar", le preguntaba "si la tiene depilada", le dice (a la 1.03 horas del día 27 de febrero de 2016) "vaya cabrón", que "estás cachondo" ó (1.40 horas de dicho mismo día) que le manifiesta que "le chuparía la polla", "que cachondo me pones" o "quiero hacerte una paja" (el 29 de febrero a las 12.43).

Respecto del menor Lucas ., nacido el NUM002 de 1999, y del que el procesado nunca fue su entrenador, no ha quedado acreditado -dada la inexistencia del material que se le imputa, habiendo manifestado el menor en su declaración policial (folios 56 y 57 de las actuaciones) que lo ha borrado- que el procesado le enviara varias fotografías suyas desnudo y mostrándole su órgano genital y otra fotografía manteniendo relaciones sexuales, con la intención de que el menor le mandara fotografías suyas desnudo en las que apareciera su órgano genital.

El menor ha manifestado que no reclama, porque no ha tenido perjuicio alguno.

Respecto del menor Nicanor ., nacido el NUM003 de 2000, no ha quedado acreditado que el procesado, siendo su entrenador en el Equipo DIRECCION001, filial del Málaga, le provocara a través del teléfono móvil mediante conversaciones de índole sexual, para que le mandara fotos íntimas.

Si bien su madre ( Almudena .) no ha querido (folio 3 15 de las actuaciones) denunciar ni reclamar nada, el menor en el acto del juicio ha solicitado una indemnización de 3.000 euros por la presión sufrida por las actuaciones judiciales.

Respecto del menor Silvio ., nacido el NUM004 de 2000, el procesado fue su entrenador en el equipo DIRECCION001 (filial del Málaga CF.) cuando el menor tenía 14 años de edad, siendo que dos años después, cuando el menor ya tenía 16 años de edad, contactó con el mismo mediante llamada por el teléfono móvil, no siendo ya su entrenador, cruzándose frases el día 23 de abril de 2016 (obrante la transcripción a los folios 19 y 20 de las actuaciones) en las que el procesado, entre otras cosas, le pregunta si ha consumado y le dice (a las 16.36.28 horas), también el procesado, que "las tías la quieren depilada" y que (16.41.33 horas) "se está follando a una que teagas"

No ha quedado acreditado -dada la inexistencia de tal material- que, vía la aplicación whatsapp, mantuviera el procesado con el menor conversaciones de índole sexual y con intención de provocarle en tal sentido, siendo que las transcripciones que aparecen a los folios 612 a 652 de las actuaciones corresponden a Jesús María ., conocido como Virutas .

Respecto del menor Jose Daniel ., nacido el NUM005 de 2000, no ha quedado acreditado que el procesado, siendo su entrenador cuando el menor militaba en la categoría cadete del equipo DIRECCION001 en el año 2014 y vivía en la residencia de Andalucía, mantuviera con el mismo conversaciones vía whatsapp de contenido sexual (que no obran en las actuaciones), que llegara a proponerle ir de prostitutas o que le ofreciere a mandarle vídeos pornográficos (que no constan en las actuaciones).

Si bien su padre ( Pedro Francisco ) no ha querido (folio 318 de las actuaciones) denunciar ni reclamar nada, el menor en el acto del juicio ha solicitado la indemnización que le corresponda por haberse sentido dolido y afectado, si bien ha dicho que las conversaciones con el procesado no le provocaron consecuencias negativas.

Respecto del menor Anselmo ., nacido el NUM006 de 2001, no ha quedado acreditado que el procesado, siendo ayudante en el equipo DIRECCION000 CF., en el año 2016, mantuviera con el menor conversaciones (que no obran en las actuaciones, habiendo referido el menor en su declaración policial, folio 377, que cree que no las tiene) de índole sexual vía teléfono móvil o le remitiera aquél una fotografía (que tampoco consta) de una mujer desnuda mostrando su órgano sexual, preguntándole si le provoca una erección; habiendo negado el menor (minuto 19 del segundo disco de la grabación del acto del juicio de la sesión del día 24 de junio de 2019) que hubieren cenado en el Burguer a cambio de que le mandara una foto suya con el pene erecto.



Su representante legal ( Desiderio ) se reservó (folio 560 de las actuaciones) el derecho a reclamar y a ejercer de acusación particular; lo que no llegó a hacer.

Respecto del menor Hilario ., nacido el NUM007 de 2000, el procesado, siendo segundo entrenador en el Málaga C de F., en la temporada 2011/2012, teniendo el menor 11 años de edad, le mostró en su teléfono móvil vídeos en varias ocasiones con el que evidente contenido pornográfico que refiere el menor al folio 382 de las actuaciones, en los que, dice, se ve en uno de esos vídeos (sic), "a un negro manteniendo relaciones sexuales con una anciana" y en otro vídeo (sic) "a una pareja gay manteniendo relaciones" de esa misma clase.

Respecto del menor Daniel ., nacido el NUM008 de 2002, no ha quedado acreditado que el procesado, siendo el encargado del material en el equipo C.F. DIRECCION000 en el año 2016, remitiera vía la aplicación whatsapp en varias ocasiones a dicho menor fotos de mujeres desnudas y de contenido pornográfico, como tampoco que el menor accediera, como consecuencia del ofrecimiento de entre 10 y 30 euros, a mandarle al procesado en una ocasión una fotografía desnudo viéndosele su órgano genital y en dos ocasiones fotos del mismo con el calzoncillo puesto; teniéndose en cuenta que al folio 386 de las actuaciones el menor en su declaración policial manifiesta que ha borrado las conversaciones y que (al minuto 41 del segundo disco de la grabación del acto del juicio de la sesión del día 24 de junio de 2019) refiere que no tenía las conversaciones grabadas.

Respecto del menor Fermín ., nacido el NUM009 de 2001, teniendo el mismo 15 años de edad, el procesado, que ejercía funciones de colaborador en los entrenamientos del equipo C.F. DIRECCION000 , mantuvo con aquél vía whatsapp conversaciones de contenido sexual en los meses de julio a diciembre de 2016, en las que (folio 355 de las actuaciones) le dice (a las 16.17 horas del día 29 de julio de 2016) que "esta mañana me hinché de follar", mira qué coño" (16.18 horas), "ahora estás empalmado" (16.20), habiéndole mandado el órgano sexual de una mujer (viéndose, a los folios 428 y 429, de forma clara y ostensiblemente mostrada una vagina), "hazte un estiramiento de polla" (23.24 horas del día 25 de julio de 2016) ó le dice (sic, a las 23.55 del día 29 de agosto de 2016) "buenas fotos de una guarra".

Respecto del menor Imanol ., nacido el NUM010 de 2000, teniendo el mismo 11 años de edad, el procesado, que entrenaba al equipo del Málaga C.F., cuando el menor militaba en la categoría alevín preferente, le mostró (folio 396 de las actuaciones correspondiente a su declaración policial) en alguno de los trayectos a los Torneos de fútbol en que participó en Madrid, Sevilla, DIRECCION002 o DIRECCION005 , vídeos en los que practicaban el sexo hombres y mujeres, siendo, por tanto, su alcance de contenido pornográfico, habiendo manifestado el menor (folio 10 del primer vídeo de la grabación de la sesión del acto del juicio del día 9 de enero de 2019) que cree que con anterioridad no había visto porno.

Respecto del menor Ildefonso ., nacido el NUM011 de 2001, no ha quedado acreditado que el procesado, siendo el ayudante del entrenador del equipo del C.F. DIRECCION000 , mantuviera con aquél conversaciones de contenido sexual, ni que le pidiera, diciéndole que así le haría capitán y el menor accediera, una fotografía de su torso y dos fotografías bajándose el pantalón, dado que ni de las conversaciones ni de las fotografías hay constancia en las actuaciones.

Si bien su padre, Roberto , ni denuncia ni reclama (folio 777 de las actuaciones), el menor en el acto del juicio si reclama (minuto 17 del primer vídeo de la sesión del día 25 de junio) por (sic) "lo mal que lo pasó" y porque, "después, con cada entrenador le da vueltas a lo que le dicen"

Respecto del menor Rubén ., nacido el NUM012 de 2001, no ha quedado acreditado que el procesado, cuando aquél jugaba en la categoría de cadete autonómico en el CF. DIRECCION000 en el año 2016 y teniendo, por tanto, 15 años de edad, mantuvieran conversaciones de contenido sexual, ni que el menor le enviara una fotografía de su órgano genital, ni que el procesado le remitiera una fotografía de contenido pornográfico de una mujer desnuda; habiendo manifestado dicho menor (folio 458 de las actuaciones) que no conservaba ni las conversaciones ni las fotografías.

Su padre, Salvador , denunció los hechos (folio 815 de las actuaciones) y manifestó reclamar, haciéndolo en dicho mismo sentido (minuto 30 del primer vídeo de la sesión del día 25 de junio) el menor en el acto del juicio.

Respecto del menor Luis Manuel ., nacido el NUM013 de 2001, no ha quedado acreditado que el procesado, ejerciendo funciones de utilero, pero, realmente segundo entrenador, cuando aquél jugaba en la categoría cadete en el CF. DIRECCION000 en el año 2016 y teniendo, por tanto, 15 años de edad, mantuvieran conversaciones de índole sexual, ni que le mandara fotografías pornográficas o de sus órganos genitales o que le pidiera al menor que procediera de esa misma forma con la promesa de hacerle capitán del equipo; habiendo manifestado dicho menor (folio 464 de las actuaciones) que no conservaba ni las conversaciones ni las fotografías.



Si bien, su padre, Ambrosio , manifestó (folio 809 de las actuaciones) denunciar los hechos y reclamar, haciéndolo en dicho mismo sentido (minuto 45 del primer vídeo de la sesión del día 25 de junio) el menor en el acto del juicio.

Respecto del menor Artemio ., nacido el NUM014 de 2001, no ha quedado acreditado que el procesado, ejerciendo funciones de utilero, pero, realmente segundo entrenador, cuando aquél jugaba en el CF. DIRECCION000 en el año 2016 y teniendo, por tanto, 15 años de edad, mantuvieran conversaciones de contenido sexual, que el procesado le mandara dos fotografías de contenido pornográfico y que le pidiera, sin acceder el menor, ni que le mandara, fotografías de su órgano genital; habiendo manifestado dicho menor (folio 468 de las actuaciones) que no conservaba ni unas ni otras porque cambió de terminal y formateó el teléfono que las contenía.

Y, si bien su padre, Cosme , manifestó (folio 817 de las actuaciones) que denunciaba los hechos y que reclamaba, el menor dijo en el acto del juicio (minuto 58 del primer vídeo de la sesión del día 25 de junio) no haber sufrido ningún perjuicio y que no reclamaba.

Respecto del menor Augusto ., nacido el NUM015 de 2001, no ha quedado acreditado que el procesado, ejerciendo funciones de utilero, pero, realmente segundo entrenador, cuando aquél jugaba en la categoría cadete en el CF. DIRECCION000 en el año 2016 y teniendo, por tanto, 15 años de edad, mantuvieran conversaciones de alcance sexual, ni que aquél le mandara al menor por teléfono, fotografías, de contenido pornográfico, de mujeres desnudas -a una foto de una mujer con vibrador se refirió, novedosamente, el menor al minuto 8 del segundo vídeo de la referida sesión del día 25 de junio de 2019-, ni que le pidiera, con la promesa de que jugaría en otro equipo de superior categoría, fotografías de su órgano genital; y, si bien el menor -que, según admitió (minuto 12 del segundo vídeo de la sesión del día 25 de junio de 2019), ya había tenido acceso al porno, dijo (folio 472 de las actuaciones) que sí conservaba las conversaciones y las fotografías, no se puede determinar el alcance sexual de las primeras, ni el contenido pornográfico de las segundas, porque las mismas no aparecen en las actuaciones.

Si bien, su padre, Ovidio , manifestó (folio 811 de las actuaciones) denunciar los hechos y reclamar, habiendo referido el menor en el acto del juicio (minuto 8 del segundo vídeo de la referida sesión) que "no lo pasó bien", pero sin decir, expresamente, que reclamaba.

Respecto del menor Jose Ignacio ., nacido el NUM016 de 1998, ha quedado acreditado que militando el mismo en la categoría cadete en la temporada 2012/2013 en el Málaga C.F., teniendo 14 ó 15 años y viviendo en la Residencia Andalucía, el procesado fue a buscarlo a la misma minuto 14.20 del primer disco de la grabación de la sesión del día 24 de junio de 2019) en varias ocasiones, yéndose en el coche del procesado, en el que ambos se masturbaron en tres ocasiones (minuto 16.50) a sí mismos (y no el uno al otro).

Igualmente, ha quedado acreditado que, aunque el procesado le propuso ir de prostitutas al Polígono, no fueron a prostíbulo (minuto 16) alguno, sino que sólo las veían (minuto 21) y después se masturbaban cada uno a sí mismo en el coche viendo vídeos.

Reclamando el menor (minuto 18) indemnización, porque "los hechos le afectaron"

Sin embargo, no ha quedado acreditado que el procesado en tal espacio temporal mantuviera con el menor conservaciones telefónicas de contenido sexual vía whatsapp. ni que le enviara fotografías de sus órganos genitales y vídeos de carácter pornográfico en los que el mismo se masturbara, ni que, accediendo el menor, le pidiera que le mandara fotos de sus órganos genitales; dado que en las actuaciones no constan ni unas ni otros -habiendo referido el menor (folio 860 de las actuaciones) que no los conserva (minuto 32 de la grabación del juicio) porque cambió de móvil, no encontrándose en su poder el anterior ni la Policía se lo pidió-, sino conversaciones de whatsapp producidas (ex los folios 574 y 579 a 596) en los días 6, 8 y 9 de abril de 2016, que no forman parte del escrito de acusación, negando, en un primer momento, el menor (minuto 39) que en 2016 con 18 años se comunicara con el procesado, si bien, a continuación, dijo que sí.

Respecto del menor Victorino ., nacido el NUM017 de 2000 -y residiendo en Barcelona, pero que no ha jugado al fútbol ni tampoco bajo la disciplina de equipo alguno del Málaga o del de DIRECCION000 -, ha quedado acreditado que el procesado -al que conoció, no en persona (minuto 34 de la grabación del día 2 de julio de 2019) sino por whatsapp, a través del menor Fidel .- mantuvo con el mismo alguna conversación por dicha aplicación de mensajería instantánea, en la que le decía (sic, ex el folio 597 de las actuaciones) "tío bájate los calzoncillos completamente por fa"; pero sin que conste ni haya sido acreditado que entre ambos se hubieran mandado fotografías de sus respectivos genitales.

Su madre, Camino , renunció (folio 1162 de las actuaciones) a las acciones que le pudieran corresponder, manifestando el menor (minuto 34) que no reclamaba.





Respecto del menor Abilio ., nacido el NUM018 de 1999, cuando contaba con 14 o 15 años de edad y entrenaba en el Málaga C.F. y vivía en la Residencia de Andalucía, el procesado, que hacía funciones de entrenador, le propuso ir de prostitutas -el menor dijo (minuto 22 del primer disco de la grabación de la sesión del día 10 de enero de 2019) que, aunque no recordaba la fecha (exacta) en la que le pidió "ir de putas", fue al principio- y que se lo dijo en tres ocasiones (minuto 10), aunque no llegaron a hacerlo.

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que el procesado mantuviera con el menor conversaciones de índole sexual, ni le remitiera fotografías de adultos -diciéndole que era él quien intervenía- manteniendo relaciones de tal clase, ni le remitiera una fotografía de su órgano genital ni videos en varias ocasiones de otras personas manteniendo relaciones de tal tipo, ni que le pidiera, con la promesa de hacerlo capitán del equipo la temporada siguiente, que le mandara fotos de su órgano sexual; siendo que las conversaciones de whatsapp que aparecen a los folios 653 a 664 de las actuaciones -interviniendo el menor con el apelativo de Casposo O.-, van referidas a fechas comprendidas entre el día 8 de noviembre de 2015 y el día 9 de abril de 2016.

Respecto del menor Bienvenido ., nacido el NUM019 de 1998, cuando contaba con 15 años de edad (minuto 34 del primer disco de la grabación del día 17 de enero de 2019), entrenaba en el club Málaga CF. y vivía en la Residencia de Andalucía, el procesado, que hacía funciones de entrenador, le propuso (el menor dijo al minuto 38 de dicha grabación que se fueron varias veces "a hacerse pajas") llevarlo en su vehículo a masturbarse cada uno a sí mismo (no el uno al otro), a lo que el menor se negó.

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que el procesado mantuviera con el menor conversaciones de índole sexual, ni que le remitiera, vía whatsapp, fotografías de contenido pornográfico y otras suyas de alcance sexual; dado que las mismas no obran en las actuaciones, habiendo referido el menor (folio 873 de las actuaciones y minuto 38 de la referida grabación del acto del juicio) que no conserva ni unas ni otras, manifestando, igualmente (minuto 39.30), que no reclama, "por no sentirse perjudicado".

Respecto del menor Celso ., nacido el NUM020 de 1999, cuando contaba con 13 años de edad y entrenaba en categoría inferior del Málaga C.F. y vivía en la Residencia de Andalucía, el procesado, que hacía funciones de entrenador -con otro equipo (según declaró al folio 878 de las actuaciones), distinto al suyo, en un campo justo al lado-, le propuso -"ir de putas" dijo el menor (folio 879) en su declaración policial- llevarlo de prostitutas,

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que el procesado mantuviera con el menor conversaciones de índole sexual, ni le remitiera un vídeo manteniendo relaciones de tal clase, ni que le solicitara, de forma reiterada, que le mandara, bajo promesas, una fotografía de su órgano genital, dado que nada consta en tal sentido en las actuaciones.

En el ofrecimiento de acciones al padre, Celso ., del menor, no se le recoge manifestación alguna de querer denunciar ni de reclamar, decantándose en sentido negativo dicho menor (minuto 8 del primer disco de la sesión del día 25 de junio de 2019) en el acto del juicio.

Respecto del menor Cirilo ., nacido el NUM021 de 1999, cuando contaba con 13 años de edad, entrenaba en categoría inferior del Málaga C.F. y vivía en la Residencia de Andalucía, el procesado, que hacía funciones de entrenador -con otro equipo (según declaró al folio 883 de las actuaciones), distinto al suyo, en un campo contiguo-, le propuso -el menor se refirió en su declaración policial a varias invitaciones para "irse de putas juntos" (folio 884)- llevarlo con prostitutas.

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que el procesado mantuviera con el menor conversaciones telefónicas de índole sexual, ni que le remitiera por el mismo medio, en varias ocasiones, vídeos de personas manteniendo relaciones de aquella clase, ni que le pidiera que le mandara una fotografía de su órgano genital, habiendo manifestado el menor (tanto al minuto 19 del segundo vídeo de la grabación de su declaración en el acto del juicio, como al folio 884 de su declaración policial) que no conserva nada de aquellos, después del tiempo transcurrido y porque, incluso, cambió de teléfono móvil.

En el ofrecimiento de acciones al padre, Cirilo ., del menor, no se le recoge manifestación alguna de querer denunciar ni de reclamar, refiriendo, sin embargo, el menor querer reclamar. porque (minuto 18) "no es plato de buen gusto tener que haber acudido al juicio o "por las consecuencias (minuto 24,30) de tener que habérselo dicho a sus padres"

Respecto del menor Fidel ., nacido el NUM022 de 2001, cuya única relación con el mundo del fútbol era que alguna vez acompañó a su hermano Hilario a los entrenamientos que le dispensaba (a su hermano) el procesado, y cuando el menor Fidel contaba con 13 años de edad, el procesado, un año después (folio 853 de su declaración policial) de que aquello se produjera y a raíz de encontrarse ambos -siendo acompañado el menor por su padre- en el Estadio de la Rosaleda de Málaga, le manifestó, telefónicamente, querer quedar con él para mantener relaciones sexuales entre los dos, así como le propuso irse de prostitutas y (poder) mantener



con una de ellas -alumna de la UMA (Universidad de Málaga), según manifiesta el menor al minuto 7 de la grabación del primer vídeo de la sesión del día 2 de julio de 2019- un trío.

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que el procesado mantuviera con el menor, vía whatsapp, conversaciones telefónicas de índole sexual -siendo que, no existiendo en las actuaciones otros mensajes y/o conversaciones, en los detalles de las conversaciones obrantes a los folios 608 a 611 de las actuaciones mantenidas entre ambos entre los días 6 de marzo a 25 de abril de 2016, la única referencia al sexo es aquella en la que se hace constar que el mismo menor le dice al procesado (sic, a las 23.01.00 horas del día 21 de marzo de 2016) que "yo quiero que me la metas y me la chupes...", habiendo manifestado, igualmente, el menor (minutos 19 y 25 de su declaración en el acto del juicio y al folio 855 de su declaración policial) que tanto las conversaciones como las fotografías las borraba; como tampoco ha quedado acreditado que le remitiera fotografías y vídeos de contenido pornográfico, en los que el mismo procesado tendría relaciones (sexuales) con una prostituta, ni que le solicitara que le mandara fotografías y videos de su órgano genital.

Siendo que su padre, Hilario, manifiesta (folio 1235 de las actuaciones) que denuncia y reclama.

Respecto del menor Estanislao, nacido el NUM023 de 1998, cuando contaba con 14 años de edad y entrenaba (ex sur declaración policial al folio 365 de las actuaciones) en la categoría cadete del Málaga C.F. y vivía en la Residencia de Andalucía, el procesado, lo llevó en su vehículo "al Polígono" (lugar frecuentado para el ejercicio de la prostitución) donde, una vez detuvo el coche, procedió (folio 367) a masturbarse en presencia del menor (minuto 16 del primer disco de la grabación de la sesión del día 9 de enero de 2019), así como le propuso (el menor dijo que el procesado "se puso muy pesado para que le hiciera una paja") que le masturbara.

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que el procesado mantuviera con el menor, vía whatsapp, conversaciones telefónicas de índole sexual, ni que le remitiera, por teléfono, fotografías de sus órganos genitales y vídeos de contenido pornográfico, ni que le pidiera, en varias ocasiones, que le remitiera fotografías de sus órganos genitales o una fotografía masturbándose.

Y, si bien el menor -que no su representante legal-, manifestó, en el acto del ofrecimiento de acciones -de fecha 22 de febrero de 2017, siendo el menor ya mayor de edad al haber nacido el día NUM023 de 1998-, que no quería formular denuncia, que no tenía nada que reclamar y que se apartaba del procedimiento; en el acto del juicio oral (minuto 19) dijo que reclamaba porque se sintió intimidado.

Respecto del menor Remigio, nacido el NUM024 de 1998, no ha quedado acreditado que, cuando contaba con 14 años de edad y militaba en la categoría cadete preferente del Málaga CF., el procesado mantuviera con el mismo conversaciones de índole sexual, ni que le solicitara que le mandase una fotografía de su órgano genital, ni que el menor hubiere accedido a ello; dado que en las actuaciones no obran dichas conversaciones y/o fotografía y sin que responda a dicho menor el contenido de las transcripciones obrantes a los folios 612 a 652, relativa a un tal Virutas (que parece corresponderse con el menor Abilio, conocido como Casposo), ni las relativas a Carlos Daniel (folio 665), ni a Luis Carlos (folio 700) y, siendo que el menor manifestó (minuto 8 del segundo disco de la sesión del día 17 de enero de 2019 y folio 371 de su declaración policial) que no conserva ni unas ni otra.

Y siendo que el menor -no su representante legal-, manifestó, en el acto del ofrecimiento de acciones -de fecha 22 de febrero de 2017, siendo el menor ya mayor de edad al haber nacido el día NUM024 de 1998-, que no quería formular denuncia, que no tenía nada que reclamar y que se apartaba del procedimiento; lo que ratificó (minuto 8) en el acto del juicio oral.

Y, respecto del menor Apolonio -que no Basilio, nacido el NUM025 de 2000, cuando contaba con 14 años de edad y militaba (ex el folio 362, su declaración policial, de las actuaciones) en la categoría cadete del Málaga CF., ha quedado acreditado que el procesado le propuso llevarlo de prostitutas, así como (al folio 363 y al minuto 51 del primer vídeo de la sesión del día 24 de junio de 2019 el menor se refirió a "hacerle pajas") masturbarle; comportamiento que no supone ningún tipo de agresión sexual respecto del menor.

Sin embargo, no ha quedado acreditado, que mantuviera con el mismo conversaciones de contenido sexual, dado que las transcripciones obrantes a los folios 598 a 606 de las actuaciones responden a los días 21 y 22 de marzo de 2016, cuando el menor ya no tenía 14 años de edad, hechos respecto de los que no se ha formulado acusación; así como tampoco ha quedado acreditado que el procesado le hiciera dos felaciones, como dijo el menor (minuto 52), siendo que con anterioridad no lo había referido en momento alguno -justificándolo en el hecho (minutos 56 y 58) de que no quería que sus padres se enterasen al estar presentes en su declaración) y que en su declaración policial (folio 363) manifestó (sic) que no tuvo miedo de que en los lugares apartados el procesado le realizase algún acto de contenido sexual sin su consentimiento.



Y, si bien su padre, Apolonio, dijo (a la vuelta del folio 1248) no reclamar, el menor manifestó que sí lo hacía (minuto 55), porque, aunque (minuto 54) "no le afectó a su espíritu", "había sufrido perjuicio por el conocimiento público de los hechos" y "porque no se encontraba a gusto al jugar".

Como consecuencia de los hechos que han quedado acreditados, los referidos menores han sufrido perjuicio moral, viéndose, además, especialmente afectados psicológicamente los menores Francisco y Fidel. Respecto de Francisco como se hace constar en el informe psicológico de los forenses, Sr. Doroteo y Sra. Amanda -fechado a 29 de septiembre de 2017, obrante a los folios 1655 a 1662 de las actuaciones y que fue ratificado al minuto 39 del primer video de la sesión del día 2 de julio de 2019-, así como en función de las manifestaciones emitidas -a los minutos 20 a 40 del único disco de la sesión del día 8 de julio de 2019- por la psicóloga Angelica; y respecto del menor Fidel a la vista de las consideraciones vertidas por la psicóloga Carina, quien en el acto del juicio (minuto 2 de dicha misma sesión) ratifica el informe psicológico emitido respecto del mismo."

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

"Primero.- Que debemos absolver y absolvemos al procesado Epifanio, de los siguientes delitos.

Respecto del menor Lucas, del delito de abuso sexual con prevalimiento sobre mayor de 16 años del artículo 182º del Código Penal.

Respecto del menor Nicanor, del delito de abuso sexual a mayor de 13 años con prevalimiento del artículo 181.1º y 3º del Código Penal en el año 2014.

Respecto del menor Silvio, del delito de embaucamiento sexual a menores del artículo 183, ter, 2ª del Código Penal.

Respecto del menor Jose Daniel, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal vigente en el año 2014 y del delito intentado de hacer participar al menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 y 62 del Código Penal anterior a 2015.

Respecto del menor Anselmo, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal y del delito de embaucamiento sexual a menor de 16 años de su artículo 186, ter.

Respecto del menor Daniel, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183, ter. 2.

Respecto del menor Ildelfonso, del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183, ter. 2 del Código Penal.

Respecto del menor Rubén, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 186, ter. 2.

Respecto del menor Luis Manuel, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 186, ter. 2.

Respecto del menor Artemio, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 186, ter, 2.

Respecto del menor Augusto, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del código Penal y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 186, ter, 2.

Respecto del menor Jose Ignacio, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal vigente en el año 2014.

Respecto del menor Victorino, del delito de embaucamiento sexual del artículo 183 bis del Código Penal.

Respecto del menor Abilio, del delito de embaucamiento sexual del artículo 183 bis del Código Penal anterior a 2015 y del delito intentado de hacer participar al menor en un comportamiento sexual que le perjudique de su artículo 189, 4, en relación con el artículo 62.

Respecto del menor Bienvenido, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del 186 del código Penal anterior al año 2015 y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183 bis.

Respecto del menor Celso, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal anterior al año 2015 y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183 bis.

Respecto del menor Cirilo, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal anterior al año 2015 y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183 bis.

Respecto del menor Fidel, del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal anterior al año 2015 y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183 bis.





- Respecto del menor Estanislao ., del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal anterior al año 2015 y del delito de embaucamiento sexual de su artículo 183 bis.
- Respecto del menor Remigio ., del delito de embaucamiento sexual del artículo 183 bis del Código Penal anterior al año 2015.
- Y, respecto del menor Apolonio ., del delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal anterior al año 2015, del delito de abuso sexual con prevalimiento sobre mayor de 13 años del artículo 181.1º y 3º del Código Penal anterior al año 2014 y de los (tres) delitos de abuso sexual sobre mayor de 13 años, con acceso carnal y prevalimiento del artículo 181. 1º, 3º, 4º y 5º del Código Penal anterior al año 2014.
- Segundo.- Que debemos condenar y condenamos al procesado, Epifanio , como autor criminalmente responsable, por los siguientes delitos y a las penas que se relacionan.
- Por el delito continuado de exhibicionismo y provocación sexual de menores de edad del artículo 186 del Código Penal vigente en el año 2012, en relación con su artículo 74, cometido sobre el menor Francisco ., procede imponer la pena de prisión de 9 meses.
- Por el delito de abuso sexual con prevalimiento sobre menor de 13 años del art. 183.1 y 4. d) del Código Penal vigente en el año 2012, cometido sobre el menor Francisco ., procede imponer la pena de prisión de 5 años.
- Por el delito de abuso sexual sobre menor de 13 años, con acceso carnal y prevalimiento del art 183.3 y 4 d) del código Penal en el año 2012. cometido sobre el menor Francisco ., procede imponer la pena de prisión de 10 años.
- Por el delito de abuso sexual sobre mayor de 16 años, con acceso carnal y prevalimiento del art. 182.1 y 2 del código Penal actual, cometido sobre el menor Francisco ., procede imponer la pena de prisión de 4 años.
- Por el delito de abuso sexual con prevalimiento a mayor de 13 años de edad del artículo 181.1º y 3º de Código Penal en el año 2014, cometido sobre el Silvio ., procede imponer la pena de 2 años de prisión.
- Por el delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal vigente en el año 2011, cometido sobre el menor Hilario ., procede imponer la pena de prisión de 8 meses.
- Por el delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del código Penal actual, cometido sobre el menor Fermín ., procede imponer la pena de prisión de 8 meses.
- Por el delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal en el año 2011, cometido sobre el menor Imanol ., procede imponer la pena de prisión de 8 meses.
- Por el delito de abuso sexual del artículo 181.3º del Código Penal vigente en el año 2014, cometido sobre el menor Jose Ignacio ., procede imponer la pena de 2 años de prisión.
- Por el delito de embaucamiento sexual del artículo 183 bis del Código Penal vigente en el año 2014 -sin concurso con el delito de producción de pornografía infantil-, cometido sobre el menor Jose Ignacio ., procede imponer la pena de prisión de 2 años.
- Por el delito de exhibicionismo y provocación sexual del artículo 186 del Código Penal vigente en el año 2014, cometido sobre el menor Victorino ., procede imponer la pena de prisión de 8 meses.
- Por el delito intentado de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 del Código Penal vigente con anterioridad al año 2015, en relación con su artículo 62, cometido sobre el menor Abilio ., procede imponer la pena de prisión de 5 meses.
- Por el delito intentado de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 del Código Penal vigente con anterioridad al año 2015, en relación con su artículo 62, cometido sobre el menor Bienvenido ., procede imponer la pena de prisión de 5 meses.
- Por el delito intentado de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 del Código Penal vigente con anterioridad al año 2015, en relación con su artículo 62, cometido sobre el menor Celso ., procede imponer la pena de prisión de 5 meses.
- Por el delito intentado de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 del Código Penal vigente con anterioridad al año 2015, en relación con su artículo 62, cometido sobre el menor Cirilo ., procede imponer la pena de prisión de 5 meses.
- Por el delito intentado de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 del Código Penal vigente con anterioridad al año 2015, en relación con su artículo 62, cometido sobre el menor Fidel ., procede imponer la pena de prisión de 5 meses.



Y, por el delito intentado de hacer participar a un menor en un comportamiento sexual que le perjudique del artículo 189.4 del Código Penal vigente con anterioridad al año 2015, en relación con su artículo 62, cometido sobre el menor Estanislao ., procede imponer la pena de prisión de 5 meses.

Si bien, dado que las penas de prisión impuestas alcanzan -salvo error de cálculo involuntario- la suma total de 30 años y 11 meses, ha de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal, que el máximo de cumplimiento no exceder de 20 años, debiéndose declarar, por tanto, extinguidos los restantes 10 años y 11 meses impuestos.

Procede, igualmente, condenar al procesado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Código Penal, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, de acuerdo con lo establecido en su artículo 45, a la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por el tiempo de 20 años de la condena.

Se le condena, también, de acuerdo con lo establecidos en los artículos 57 y 48 del Código Penal, a la prohibición de aproximación a los menores, víctimas, respecto de quienes ha sido condenado, durante el plazo de 25 años, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y/o de estudio y a cualquier otro que sea frecuentado por los mismos o a cualquier lugar donde aquéllos se encuentre, a una distancia inferior a 500 metros, así como comunicar con ellos por cualquier medio, ya sea escrito, verbal o visual, telefónico, informático o telemático, por igual tiempo de 25 años, que habrá de cumplirse simultáneamente a la pena de prisión impuesta; siendo que su incumplimiento podrá ser constitutivo de un delito de quebrantamiento de condena.

Asimismo, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 192.1 del Código Penal, se le condena, por tiempo de 8 años, a la pena de libertad vigilada, que habrá de cumplirse con posterioridad a la pena privativa de libertad impuesta, y que tendrá el siguiente contenido recogido en el artículo 106 del Código Penal: a) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca; c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo; d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal; e) La prohibición de aproximarse a las víctimas; f) La prohibición de comunicarse con las víctimas; g) La prohibición de acudir a acontecimientos deportivos y o culturales con presencia de menores de edad; i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que impliquen relación con menores de edad y j) La obligación de participar en programas de educación sexual, cada dos años.

Sin embargo, no cabe acceder a la petición contenida en el artículo 78 del Código Penal, relativa a la determinación de que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional, se refieran a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia, dado que en el presente caso la pena de 20 años establecida legalmente como de cumplimiento máximo no resulta inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas.

Tercero.- Que, debemos condenar y Condenamos a Epifanio , a indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a los siguientes menores por los daños morales que el mismo les causó. Al menor Francisco ., en la cantidad de 18.000 euros, al menor Fidel ., en la cantidad de 9.000 euros, y a los menores Silvio ., Hilario ., Jose Ignacio ., Fermín ., Imanol ., Jose Ignacio ., Victorino ., Abilio ., Cirilo ., y Estanislao ., en la cantidad de 3.000 euros.

De las cantidades establecidas a favor de los menores Francisco ., Estanislao ., Hilario ., Jose Ignacio ., Imanol ., Jose Ignacio ., Abilio ., y Cirilo ., responderá como responsable civil subsidiario, el Club de Fútbol Málaga.

De la cantidad establecida a favor del menor Fermín ., responderá, como responsable civil subsidiario el Alhaurín Club de Fútbol.

Dichas cantidades devengarán el interés legal establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se condena, igualmente, al procesado al pago de las costas procesales causadas, así como a las correspondientes a las Acusaciones Particulares.

Se acuerda, asimismo, el decomiso del ordenador Portátil Marca Lenovo con número de serie NUM026 y con disco duro de 500 GB número NUM027 .

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta le será abonado al condenado el que hubiere permanecido privado de libertad por esta causa, si no le hubiere sido ya aplicado a otra."



Interpuesto Recurso de Apelación, con fecha 3 de junio de 2020, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION006 y DIRECCION007, sede en Granada, dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"Vistos en grado de apelación por la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente Rollo de apelación n.º 47/2020 y autos originales de procedimiento ordinario 4/2017 seguidos ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga -Rollo n.º 1015/2017- procedentes del Juzgado de Instrucción n.º 9 de Málaga, por delitos de abuso sexual sobre persona menor de 16 años otros..."

Dicha sentencia contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" **Primero.-** Se aceptan sustancialmente los que como tales se declaran probados en la sentencia de instancia, que figuran transcritos en el segundo antecedente de esta resolución, dándolos aquí por reproducidos.

**Segundo.-** Se precisa que la conversación por *whatsapp* entre el acusado y el menor Victorino a la que se refiere la sentencia de instancia tuvo lugar el 7 de agosto de 2016."

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION006 y DIRECCION007 dictó sentencia con el siguiente FALLO:

"**Estimando parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Carrión Calle, en nombre del acusado Epifanio, y **desestimando íntegramente** los recursos de apelación interpuestos por el **Ministerio Fiscal** y por la procuradora Sra. Gutiérrez Portales, esta en nombre del acusador particular **D. Hilario**, los tres contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2019 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga en el procedimiento ordinario n.º 1015 de 2017, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con las salvedades siguientes:

- a) Revocamos la condena del acusado como autor de un delito de abusos sexuales del artículo 182 del Código Penal (redacción vigente) en la persona de Francisco., decretando en su lugar su libre **absolución** por este hecho.
- b) Revocamos la condena del acusado como autor de un delito de abusos sexuales de los artículos 181.1 y 3 del Código Penal (redacción anterior a 2015) en la persona de Silvio., decretando en su lugar su libre **absolución** por este hecho.
- c) Revocamos la condena del acusado como autor de un delito de embaucamiento del artículo 183 bis del Código Penal (redacción anterior a 2015) en la persona de Jose Ignacio., decretando en su lugar su libre **absolución** por este hecho.
- d) Revocamos la condena del acusado como autor de dos delitos de exhibición pornográfica a menores en las personas de Francisco y Victorino., decretando en su lugar su libre **absolución** por estos hechos.
- e) Revocamos la condena del acusado como autor de seis delitos intentados de corrupción de menores del artículo 189.4 del Código Penal (redacción anterior a 2015), decretando su libre absolución por esos hechos.
- f) Sustituimos la pena de cinco años de prisión impuesta al acusado por un delito del artículo 183.1 y 4 del Código Penal, cometido en la persona de Francisco., por la de **cuatro años de prisión**.
- g) Como consecuencia de las modificaciones anteriores, dejamos sin efecto la fijación en veinte años del límite de cumplimiento de las penas de prisión, por ser inferior a ese límite la suma aritmética de las definitivamente impuestas (16 años y 24 meses)
- h) Dejamos sin efecto las penas de prohibición de acercamiento y comunicación impuestas al acusado en relación con Silvio, Victorino., Abilio., Bienvenido., Celso., Cirilo., Estanislao. y Fidel., así como las indemnizaciones establecidas a favor de los mismos.
- i) Reducimos a 24 años la duración de las penas de prohibición de acercamiento y comunicación impuestas al acusado respecto de Francisco., a siete años la duración de las del mismo contenido impuestas respecto a Jose Ignacio. y a cinco años y ocho meses las impuestas respecto de Hilario., Fermín. y Imanol.
- j) Reducimos a 16 años y 24 meses la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio que conlleve contacto con menores impuesta al acusado.
- k) Imponemos al acusado el pago de una octava parte de las costas procesales comunes o generales, así como de la mitad de las causadas por la acusación particular ejercida por los padres de Francisco.; declarando de oficio el resto de las costas, incluidas en su totalidad las causadas por la acusación particular ejercida por el padre de Fidel.



Mantenemos los pronunciamientos de la sentencia de instancia que no resulten afectados por los anteriores y declaramos de oficio las costas de esta instancia."

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Epifanio y D. Hilario, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** Por Decreto de la Letrado de la Administración de Justicia, de fecha 1 de diciembre de 2020, se acordó declarar desierto el recurso anunciado por Hilario.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de D. Epifanio formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Primero.-** Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.1 y 2 CE, y a su inmediata conexión con el art. 11 de la Declaración de Derechos Humanos, art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y todo ello con relación a un juicio justo con todas las garantías, derecho a ser juzgado de forma imparcial y a la tutela judicial efectiva.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., en relación con el art. 183.1 y 4 d) del CP vigente en el año 2012 en relación con el art. 74.3 del mismo cuerpo legal en relación con Francisco.

**Motivo Tercero.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., en relación con el art. 181.3 CP vigente en el año 2011 en relación con Jose Ignacio.

**Motivo Cuarto.-** Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., en relación con el art. 186 CP vigente en el año 2016 en relación con Fermín. y en relación con el mismo artículo del CP vigente en el 2011 en relación con Hilario. y Imanol.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D. Faustino y D<sup>a</sup> Bárbara se dan por instruidas del recurso interpuesto y suplican a la Sala la inadmisión de aquél o, subsidiariamente, su íntegra desestimación, con expresa imposición de costas a la parte recurrente. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión a trámite del recurso y, subsidiariamente, la desestimación de los motivos del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 17 de diciembre de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de marzo de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 CE.

Se denuncia que el acusado ha sido condenado por diferentes pruebas de signo incriminatorio insuficiente para poder establecer los hechos declarados como probados y su consiguiente condena por su participación en los mismos en concepto de autor. Las declaraciones de los denunciados carecen de los tres requisitos esenciales: verosimilitud en la declaración, persistencia en la declaración y ausencia de incredulidad subjetiva, que son exigidos de manera pertinaz por la jurisprudencia.

En el desarrollo del motivo se analizan los testimonios de Francisco., Hilario., y Imanol., sobre los que se concluye que los mismos no han superado los estándares requeridos ya que la argumentación de la primera y segunda instancia carecen de virtualidad necesaria para construir una sentencia condenatoria.

2. Como indica la STS 476/2017, de 26 de junio, la reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios,





propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

3. Como hemos dicho en la reciente sentencia 298/2019, de 8 de junio, la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, una vez que se contrasta con los datos objetivos corroboradores que figuran en la causa. Y ello incluso cuando fuera la única prueba disponible, lo que no es extraño que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en lugares ocultos y ajenos a la visión de terceros, no suele ser fácil hallar pruebas concluyentes diferentes a las manifestaciones de la víctima.

Así lo han entendido tanto el Tribunal Constitucional ( SSTC 229/1991, de 28 de noviembre; 64/1.994, de 28 de febrero; y 195/2.002, de 28 de octubre) como esta misma Sala (SSTS 339/2007, de 30 de abril; 187/2012, de 20 de marzo; 688/2012, de 27 de septiembre; 788/2012, de 24 de octubre; 469/2013, de 5 de junio; 553/2014, de 30 de junio, entre otras).

La credibilidad del testimonio de la víctima corresponde valorarla, en principio, al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de Casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, esta Sala viene estableciendo ciertas pautas o patrones que, sin constituir cada una de ellos una exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

Es claro que estos módulos de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial sólo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de dudas razonables sobre la responsabilidad del acusado.

La deficiencia en uno de los criterios no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento de otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres módulos de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre ( SSTS 938/2016, de 15-12; 514/2017, de 6-7; 434/2017, de 15-6; y 573/2017, de 18-7, entre otras).





No obstante, también tiene advertido este Tribunal (STS 437/2015, de 9-7) que los criterios de "credibilidad subjetiva", "verosimilitud" y "persistencia en la incriminación" no constituyen requisitos de validez, sino estándares orientados a facilitar la objetivación y la expresión de la valoración del cuadro probatorio, pero que tienen un valor sólo relativo, tal como se advertía en la STS 3/2015, de 20 de enero, de manera que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro no debe ser tenido como determinante para fundamentar una condena. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo superara tendría que ser desestimado a *limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, habrá que pasar, en un segundo momento, a analizar sus aportaciones y a confrontarlas, si cabe, con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos (también STS 263/2017, de 7-4).

En lo que respecta a la credibilidad subjetiva de las víctimas, se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que debilitan su testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

En lo concerniente al parámetro de la credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, lo centra la jurisprudencia en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa).

Y en lo que atañe a la persistencia en la incriminación, se plasma en la ausencia de modificaciones y de contradicciones sustanciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima en el curso del procedimiento, tanto en su versión general de los hechos como en sus particularidades y circunstancias más relevantes y significativas.

4. En la fundamentación de la sentencia recurrida se hace mención, con carácter general, a la dificultad adicional de la principal prueba de cargo, única en más de un caso, dado el carácter reservado y clandestino de este tipo de delitos, constituida por las declaraciones de los menores víctimas, aunque con cita de la jurisprudencia de esta Sala se afirma que ello no debe llegar necesariamente a una conclusión absoluta, poniendo de relieve que la " *defensa del apelante no es capaz, por lo general, de proporcionar en su recurso datos o elementos de hecho que pudieran revelar una valoración arbitraria del tribunal de primera instancia*".

En el FD 9º con respecto a las imputaciones que no cuentan con mas prueba directa que el testimonio del menor afectado, el juicio positivo de credibilidad del Tribunal se apoya en una serie de corroboraciones periféricas, en primer lugar, se afirma que comparte como órgano de apelación las argumentaciones de la Sala de instancia, las declaraciones de los menores, que aunque refiriéndose cada uno solo a su propio caso " *forman un conjunto armónico que dibuja un patrón de conducta del acusado claramente encaminado al abuso y que la sentencia describe como envolver a los menores "en un ambiente que destilaba provocación sexual"; de modo que esa congruencia sustancial de los plurales testimonios en un patrón de comportamiento, que por su carácter genérico y global, compuesto de episodios diferentes, no puede explicarse simplemente por la posible contaminación arriba mencionada, otorga mayor credibilidad a cada uno de los testimonios individuales*".

En segundo lugar, el Tribunal de apelación tiene en cuenta como elemento corroborador las propias declaraciones del acusado que reconoció, incluso en el acto del juicio, que había mantenido con los menores un comportamiento claramente impropio y sugestivo en el ámbito sexual, aunque el acusado solo contestó a preguntas de su defensa, afirmó que había intercambiado fotos con algunos menores, sin precisar su contenido y alegando no conservarlas, y admitió que se hablaba de temas sexuales en el vestuario y que en esas conversaciones pudo haberse excedido, aunque en todo caso hablaba en "son de broma", frente a ello la sentencia de apelación afirma que teniendo en cuenta que se trataba de conversaciones entre un adulto en posición de autoridad y chavales que en algún caso no pasaban de los doce o trece años, esas pretendidas bromas adquirirían " *un cariz siniestro, perfectamente coincidente con el patrón de conducta que le atribuyen sus interlocutores*".

En tercer lugar, se hace expresa mención como corroboración periférica o indirecta, a las declaraciones testificales de empleados del club deportivo, de las que se desprende que el 2011 y 2012 había quejas del comportamiento del acusado, con imputaciones similares a algunas de las que ahora son objeto de enjuiciamiento, concretamente de exhibición de vídeos pornográficos, envío de imágenes del mismo carácter y mensajes sexuales.

Y, en cuanto a la credibilidad subjetiva, afirma el Tribunal que no se advierte, ni el recurso "se atreve a aventurarlos" cualquier motivo espurio de animadversión " *vindicta* o expectativa de ganancia" que pudiera servir de estímulo a los menores o sus progenitores para formular denuncia falsa contra el acusado, ni sospechas de presiones adultas en los relatos de los adolescentes.



4.1. Con respecto a Francisco . el recurrente denuncia que toda la investigación con respecto al mismo comenzó como consecuencia de la lectura por parte de los padres de Francisco de la conversación que constaba en su móvil donde se podría colegir la existencia de relaciones de índole sexual entre su hijo y el señor Epifanio , cuando el menor tenía más de 16 años y ninguna relación deportiva con el acusado. Francisco había sido acompañado por la Policía al domicilio familiar consecuencia de la comisión de una falta administrativa al estar en posesión de sustancias prohibidas y eso posibilitó que los padres, en forma de castigo, retiraran el móvil al menor y comprobasen la existencia de esa conversación, lo que constituye motivación espuria en las manifestaciones acusatorias vertidas por Francisco .

Por otro lado, se niega certeza y credibilidad a la determinación temporal de los hechos, pues se narran tres episodios concretos, dos cuando Francisco tenía 12 años y uno cuando tenía 16 años, siendo éste último el único que hay constancia material, siendo la conducta atípica.

Concluye afirmando que no existen corroboraciones de los hechos ocurridos en el viaje a DIRECCION002 , ni los que supuestamente ocurrieron en DIRECCION008 y en cuanto a la persistencia se afirma que los hechos denunciados responden a una literalidad cuasi memorística.

4.1.1. Los argumentos del recurrente son los mismos que formuló en el recurso de apelación, y de los que la Sala dio cumplida respuesta en el FD 10º, punto 1, afirmando, en primer lugar, que es la única víctima que cuenta con un informe forense de credibilidad de su testimonio, mediante la aplicación de la técnica CBCA/SVA, herramienta complementaria para el Tribunal para la detección de testimonios engañosos y que califica la Sala de "acreditada técnica".

Compartimos con el Tribunal de apelación la apreciación sobre que sí bien intenta la defensa atribuir una posible motivación espuria al menor, la hipótesis es poco verosímil, ya que en realidad lo que hace es reforzar su credibilidad, en concreto sobre la revelación de esos hechos de 2012, se apunta que fue casual y casi involuntaria, a raíz de que los padres de Francisco se incautaran de su teléfono móvil y descubrieran en él las conversaciones sobre el viaje a DIRECCION004 , la defensa alega que el menor relató los hechos anteriores para presentarse como víctima, sin tener que reconocer su orientación homo o bisexual y justificando así los hechos más recientes, construcción que es ilógica o en palabras de la Sala de instancia "absurda", ya que si lo que quería Francisco era justificar las conversaciones descubiertas por sus padres, lo que no se le puede ocurrir es decir que hechos similares habían ocurrido ya cuatro años antes, y reiterarlo y mantenerlo a lo largo del tiempo.

En efecto, también el Tribunal apunta que aunque la defensa admite la persistencia en la incriminación de Francisco , pero la atribuye a lo que aprecia como relato memorístico, ello se trata de una apreciación subjetiva de la parte, que choca frontalmente con el informe pericial antes aludido y con la valoración del tribunal de instancia que con inmediación valoró la testifical de Francisco , fundada en una percepción inmediata de la prueba de la que el Tribunal de apelación, y en especial esta Sala, carece.

Tampoco pone en duda el Tribunal Superior de Justicia la verosimilitud de los hechos que narra Francisco , ya que los sucedidos en el viaje a DIRECCION002 , es de general experiencia que el mayor o menor grado de intimidad que puede alcanzarse en un autobús depende de su grado de ocupación y del asiento que se utilice, y respecto a las felaciones en DIRECCION008 , se trata de hechos cometidos en la intimidad, y en cuanto a " *La afirmación tangencial, por último, de que no es verosímil que un niño de doce años tenga una erección al exhibírsele un vídeo pornográfico es por completo gratuita, pues ese fenómeno está en función de factores hormonales asociados a la pubertad, cuyo comienzo en los varones la literatura científica sitúa, como promedio, precisamente a los doce años, sin perjuicio de factores individuales, que pueden adelantarla a edades tan tempranas como los nueve años o retrasarla hasta los catorce.*"

4.2. En relación a Hilario . apunta el recurrente que considera que no se ha llevado a cabo práctica de prueba suficiente en el plenario que pudiera destruir la presunción de inocencia, toda vez que ni ha quedado acreditado el contenido real del vídeo en cuestión, supuestamente exhibido al menor, ni por la declaración del testigo ni por la existencia de prueba periférica que corrobore lo expuesto. Llegando incluso, siguiendo lo expuesto por el testigo Hilario , a apartarse inmediatamente al ver el supuesto contenido de las imágenes, por lo que debe considerarse atípico. De todo ello se debe aplicar el principio *in dubio pro reo*.

4.2.1. Lo primero que debemos apuntar es que los hechos que se declaran probados son los ocurridos en el 2011, cuando Hilario tenía 11 años, el cual declaró por primera vez cinco años después y pasaron otros tres años hasta la celebración del juicio. Ello explica, como dice la Sala de apelación, que en este acto el menor solo recordara la exhibición de uno de los dos vídeos, pero ello es irrelevante para el fallo, pues el delito no se considera continuado.



Además, Hilario en sus declaraciones anteriores al juicio oral, describe con precisión el "argumento" de los vídeos remitidos, por eso el hecho probado hace mención al Folio 382 de las actuaciones, donde claramente se hace referencia a un individuo de raza negra realizando el acto sexual con una anciana, en un caso, y una pareja gay en el mismo trance, al respecto el Tribunal apunta que " *Se trata de una referencia demasiado concreta y de unos contenidos relativamente infrecuentes (no tanto el segundo, pero sí el primero, que combina dos subgéneros, sexo interracial y gerontofilia, este último de audiencia minoritaria) como para obedecer a un falso recuerdo o a una fabulación.*".

Incluso, se hace referencia a la falta de constancia de las conversaciones del 2014, y al carácter atípico, por razón de la edad, de las mantenidas en el 2016, ya que ocurrieron cuando el menor ya había cumplido el límite de edad de los 16 años.

En conclusión, el Tribunal de apelación razona que la prueba practicada y valorada por la Audiencia Provincial, es lógica, coherente y suficiente, sin dudas al respecto. Hay que tener en cuenta que, a pesar de las relaciones entre el principio de presunción de inocencia y el principio " *in dubio pro reo*", puestas de relieve de forma reiterada por el Tribunal Constitucional desde las Sentencias 31/1981, de 28 de julio, y 13/1982, de 1 de abril, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico " *favor rei*", existe una diferencia sustancial entre ambos: el principio " *in dubio pro reo*" sólo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales; mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido a través del cauce casacional elegido por el recurrente, el principio " *in dubio pro reo*", como perteneciente al convencimiento del órgano judicial, además de no estar dotado de la misma protección, no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas.

El principio " *in dubio pro reo*" nos señala cual debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( STS 21-05-1997, núm. 709/1997 y STS 16-10-2002, nº 1667/2002, entre otras muchas).

En el caso enjuiciado, el Tribunal *a quo* no ha dudado en momento alguno, luego no es aplicable el principio invocado por el recurrente.

4.3. Con respecto a Imanol . denuncia la defensa que resulta incomprensible que se otorgue veracidad a su testimonio, tanto por la imprecisión del mismo, ya que no sabe, ni cómo, ni cuándo, ni donde, tuvo lugar la exhibición de videos pornográficos, como por la ausencia de la mínima acreditación, ya no solo de que le mostrase imágenes, sino del contenido de las mismas.

4.3.1. La alegación que ahora se plantea también fue denunciada en apelación y la Sala razona que aun aceptando a efectos dialécticos que ello fuera así como plantea la defensa, que en el juicio el testigo se mostró incapaz de determinar el contenido de las imágenes ni concretar el tiempo y lugar, esa vaguedad del testimonio en juicio no le parece decisiva al Tribunal, argumento que compartimos, por las mismas razones cronológicas mencionadas en relación al anterior testigo/víctima, Hilario , que son idénticas para ambos, pues los dos tenían la misma corta edad -11 años- en la fecha de las exhibiciones y transcurrió el mismo tiempo hasta su primera declaración y desde esta hasta su comparecencia en juicio -declaró por primera vez cinco años después y pasaron otros tres años hasta la celebración del juicio-.

Sigue afirmando la Sala que esa explicable falta de detalles de la declaración del testigo en la vista oral, si la hubo, queda compensada acudiendo, como hace la sentencia impugnada, a la prestada ante la policía (folios 396-397), en una fecha más próxima a los hechos y sin los efectos negativos de la victimización secundaria inherente a la fatigosa reiteración de diligencias judiciales, en esa primera declaración el menor se mostró mucho más preciso, tanto respecto al contenido de las imágenes exhibidas -hombres y mujeres practicando sexo-, como en cuanto a las ocasiones en que se producían esas exhibiciones -en los trayectos en autobús a los diferentes torneos que menciona- y al *modus operandi* del acusado -sentándose en el asiento de al lado cuando Imanol se encontraba solo-.

El testigo también apuntó que no había visto porno antes, lo que dijo tanto ante la policía, como en la declaración judicial llevada a cabo como prueba preconstituida (vídeo 15) y en el juicio oral.

Sobre la verosimilitud de esas exhibiciones en el autobús, el Tribunal hace referencia a otros menores que les pasó lo mismo, como ocurrió con Francisco , a cuyas argumentaciones anteriormente transcritas se remite la Sala.

5. Consecuencia de lo anterior, la Sala escrutó el testimonio de los tres testigos a los que nos hemos referido, desde el prisma de la verosimilitud y persistencia a través de un pormenorizado análisis de los datos aportados

por cada uno y por el Tribunal sentenciador, realizando un motivado análisis de la prueba de cargo que tomó en consideración y que confrontó con la versión exculpatoria del acusado y los distintos testimonios que aportó su defensa. Y todo ello nos permite comprobar que el fallo condenatorio se basó en prueba de cargo válidamente introducida en el proceso, de suficiente contenido incriminatorio, bastante y razonablemente valorada, en definitiva, idónea para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

El motivo debe ser desestimado.

**SEGUNDO.-** Se denuncia por el recurrente infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., en relación con el art. 183.1 y 4 d) del CP vigente en el año 2012 y art. 74.3 del mismo cuerpo legal con respecto a Francisco .; del art. 181.3 CP vigente en el año 2011 en relación con Jose Ignacio .; y, del art. 186 CP vigente en el año 2016 en relación con Fermín . y en relación con el mismo artículo vigente en el 2011, con respecto a Hilario . y Imanol .

1. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable ( STS 511/2018, de 26 de octubre).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Se denuncia infracción del art. 183.1 y 4 d) del CP vigente en el año 2012 y art. 74.3 del mismo cuerpo legal con respecto a Francisco ., ya que, a los hechos imputados al acusado, en relación a Francisco , existe la posibilidad de aplicabilidad de la figura del delito continuado.

2.1. En lo que concierne a la continuidad delictiva, la sentencia 265/2010, de 19 de febrero, señala: "cuando se trata de abusos sexuales deberá aplicarse la continuidad delictiva cuando del relato fáctico de la sentencia surge una homogeneidad de actos ilícitos y punibles que atacan el mismo bien protegido, que responde a un único plan de autor, difícilmente aislables unos de otros, que son expresión de un dolo unitario no renovado en cada acto, cuyo fin se trata de conseguir a través de esa sucesión de actos, porque entonces se está construyendo la unidad objetiva y subjetiva que judicialmente se realiza a través de la continuidad delictiva".

2.2. En el relato de hechos probados de la sentencia de instancia se hace constar que " Respecto del menor Francisco ., nacido el NUM001 de 2000, ha quedado acreditado que, siendo el procesado su entrenador en la entidad Málaga Club de Fútbol, con motivo de la celebración en la localidad granadina de DIRECCION002 de un campeonato de Andalucía de la categoría alevín que tuvo lugar el día 4 de junio de 2012, teniendo el menor 12 años de edad, y mientras se trasladaban en autobús, aquél se sentó a su lado y le mostró un vídeo, cuyo contenido de naturaleza pornográfica no ha podido ser determinado al no contarse con dicho material, le pidió que se "sacara" su pene con intención de tocárselo directamente, si bien, dado que el menor se negó, se lo tocó por encima de la ropa (pantalón).





Asimismo, en el mes de julio del año 2012, teniendo el menor 12 años de edad, con motivo de la celebración en la localidad madrileña de DIRECCION008 del Torneo denominado " DIRECCION003 ", el procesado llevó al referido menor a su habitación (bungalow) donde el mismo realizó al menor una felación y, posteriormente, el menor le realizó otra felación al procesado .

Igualmente, entre los meses de febrero y marzo del año 2016, pero posiblemente el día 4 de marzo de dicho año, teniendo el menor 16 años de edad, dado que el mismo quería desplazarse hasta la localidad malagueña de DIRECCION004 para ver a una "niña", el procesado se ofreció a llevarlo en su coche, si bien por el camino éste detuvo el vehículo en un descampado, donde ambos se tocaron sus genitales y se efectuaron mutuamente una felación el uno al otro.

Finalmente, aparece acreditado (folios 4 a 15 de las actuaciones) que en el día 27 de febrero de 2016 y el día 6 de marzo de 2016, ambos mantuvieron cruces de conversaciones vía la aplicación watshapp de contenido sexual, en las que el procesado le habla de "follar", le preguntaba "si la tiene depilada", le dice (a la 1.03 horas del día 27 de febrero de 2016) "vaya rabo cabrón", que "estás cachondo" ó (1.40 horas de dicho mismo día) que le manifiesta que "le chuparía la polla", "que cachondo me pones" o "quiero hacerte una paja" (el 29 de febrero a las 12.43.)"

No cabe la continuidad delictiva pretendida por el recurrente, ya que lo anterior, no revela una sucesión de actos de contenido sexual que justifiquen la continuidad delictiva que solicita el recurrente, apreciada y que pueden especificar fechas o momentos ( STS 925/2012, de 8 de noviembre).

En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no se alegan ni plantean argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

3. Con respecto a Jose Ignacio ., se alega infracción del art. 181.3º, ya que no era menor de 13 años cuando ocurrieron los hechos, y el acusado no tenía ningún cargo, ni tenía posición de prevalencia sobre el mismo.

3.1. En primer término, debemos apuntar, que se plantean por el recurrente unas cuestiones que no fueron objeto de la apelación y sobre la que la sentencia que ahora se recurre no ha podido pronunciarse, ya que expresamente dice la sentencia recurrida, que desconoce si por omisión involuntaria o por decisión deliberada, no recurre la defensa por infracción de ley el delito de abuso del 181.1.3º CP en relación a Jose Ignacio .

Al respecto, es doctrina clásica pero que adquiere nuevos perfiles y renovada aplicación ante la implantación de la segunda instancia en el orden penal, es reiterada, con más extensión y ciertas modulaciones, en la STS 67/2020, de 24 de febrero: "... la jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que "la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

En tales términos nos hemos pronunciado en la sentencia de Pleno 345/2020, de 25 de junio: "El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales - v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal *ad quem*. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos ( *tantum devolutum quantum appellatum*). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso."

Si lo que se puede recurrir en casación es la sentencia de apelación (no la del Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial) como recordamos continuamente, secuela revestida de una lógica aplastante y derivada de esa premisa será que no podrá introducirse *per saltum* lo que no fue objeto de examen por el Tribunal de apelación."

3.2. Además, el tipo penal aplicado, no exige que se trate de menores de 13 años, pues consta en hechos probados que tenía entre 14/15, y en cuanto al prevalimiento aparece descrito en el hecho probado. Jose Ignacio en la fecha de los hechos era cadete en el Málaga CF, y vivía en la Residencia Andalucía, y el procesado iba a buscarle para llevar a cabo las masturbaciones que refiere el relato, y el relato habla de esa especial desprotección del menor porque vivía fuera de su hogar, prevaliéndose del conocimiento generalizado entre los jugadores de la condición de entrenador del acusado.





4. Con respecto a Fermín , Hilario y Imanol , se alega infracción del art. 186, vigente en el 2016, en relación al primero, y vigente en el 2011 en relación a los dos últimos.

4.1. En cuanto a Hilario y Imanol , en concreto denuncia el recurrente que los videos fueron exhibidos en la puerta del vestuario y de cachondeo, sin actitud sexual, y que no constan imágenes enviadas.

Como ha dicho esta Sala en la sentencia 796/2007, de 1 de octubre "No precisa la ley qué debe entenderse por fines exhibicionistas o pornográficos, y, por otro lado, tampoco resulta fácil distinguir en muchos casos entre lo simplemente erótico y lo pornográfico. Según el DRAE, exhibicionismo es la perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales; pornografía, obra literaria o artística de carácter obsceno (es decir, impúdico, torpe, ofensivo al pudor); y erotismo, carácter de lo que excita el amor sensual. La doctrina y la jurisprudencia suelen cifrar la condición pornográfica de una conducta o de un material en los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística."

En el presente caso, según se desprende del relato fáctico, que debe ser respetado dado el cauce casacional elegido, estamos ante la representación de actos sexuales a menores de 11 años, lo que, con independencia del sexo de los protagonistas, no cabe duda que se trata de pornografía -además, Imanol declara expresamente que nunca había visto a nadie mantener relaciones sexuales- lo relatado en el *factum* se adentra claramente en lo pornográfico, sin que la realidad social permita, en este campo, rebajar tal calificación, especialmente cuando en este tipo de conductas resultan implicadas personas menores de edad, como ocurre en este caso, dada la necesidad de protección a la infancia y a la juventud, hasta el punto que tanto las Naciones Unidas como la Unión Europea han promovido medidas adecuadas para proteger los derechos de ambas.

4.2. Con respecto a Fermín , según el recurrente, existe una de las imágenes enviadas por el acusado al testigo consistente en un "pubis femenino", lo que constituye una imagen de carácter erótico, no pornográfico, por lo que alega ausencia de lascividad, citando una sentencia de la Sala (1342/2003), sobre que el desnudo no es por si mismo material pornográfico.

Como analiza el Tribunal de apelación, la foto cuestionada no es un "pubis" sino como literalmente dice la sentencia recurrida "en la fotografía que obra en autos no se ve simplemente un pubis femenino ...sino que se trata de un primerísimo plano, o plano de detalle, en el que destaca claramente la vulva, apreciándose con nitidez labios mayores, menores y clítoris, con una cercanía y detalle que ni siquiera muestra el famoso, y por procaz largo tiempo oculto, óleo de Courbet El origen del mundo. Como quiera que la fotografía, de pésimo encuadre e iluminación, carece manifiestamente de cualquier valor estético y de utilidad como ilustración anatómica, su función no puede ser otra que la de provocar la excitación sexual que provoca la contemplación de los genitales; especialmente cuando la imagen se exhibe a un adolescente, y más aún cuando se acompaña de la expresión admirativa o incitante "mira qué coño".

De lo anterior se desprende que no estamos ante una fotografía que pueda reflejar la belleza de un desnudo a la que se refiere la sentencia citada por el recurrente, ni a una foto erótica, sino que refleja una obscenidad cuya única finalidad es excitar el instinto sexual y, por tanto, pornográfica.

A la vista de todo lo dicho, es evidente que la calificación jurídica cuestionada en este motivo es ajustada a Derecho. Consiguientemente, no cabe apreciar la infracción legal denunciada.

El motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.**- En virtud de todo lo argumentado, ha de desestimarse el recurso de casación interpuesto, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia ( art. 901 de la LECr.).

## FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Epifanio , contra Sentencia de fecha 3 de junio de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, DIRECCION006 y DIRECCION007 , sede en Granada, en el Recurso de Apelación nº 47/2020.

2º) Imponer al recurrente las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia al Tribunal de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ