

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 128/2023

Fecha de sentencia: 27/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5166/2022

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha de Votación y Fallo: 22/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPUZCOA, SECCIÓN
PRIMERA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón
del Río

Transcrito por: HPP

Nota: ATENCIÓN: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS).

Resumen

Invasión intempestiva de falta de imparcialidad. Delito de agresión sexual; delito de abuso sexual; delito de elaboración de pornografía infantil: concepto, prescripción; delito de difusión de pornografía infantil: prescripción; inexistencia de delito contra la intimidad, relación concursal con difusión de pornografía infantil; delito de estafa: engaño y desplazamiento patrimonial, prescripción.

RECURSO CASACION núm.: 5166/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 128/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 27 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, número **5166/22**, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1^a, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, siendo parte recurrente:

1.- D. JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA (acusado), representado por el Procurador D. José Ramón Pardo Martínez bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Sánchez García

2.- D^a aaa (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández

3.- D^a bbb (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández

- 4.- **D^a ccc** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 5.- **D^a ddd** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 6.- **D^a eee** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 7.- **D^a fff** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 8.- **D^a ggg** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 9.- **D^a hhh** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 10.- **D^a jjj** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 11.- **D^a kkk** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 12.- **D^a zzz** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 13.- **D^a xxx** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- y
- 14.- **D^a nnn** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Donostia instruyó Procedimiento Sumario número 684/2013, por delitos contra la intimidad, estafa, contra la libertad sexual, contra la integridad moral y de corrupción de menores contra Juan José Cabezudo Zabala; una vez concluso lo remitió a la Audiencia

Provincial de Guipúzcoa, cuya Sección Primera (Rollo Sumario núm. 1087/2016) dictó Sentencia número 111/2022 en fecha 24 de junio de 2022 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PREVIO.- JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA, también conocido como "KOTE", mayor de edad, con DNI nº ..., es médico dentista, actualmente jubilado, que desde finales de la década de los 80 ejerció asimismo como fotógrafo profesional.

PRIMERO.- xxx nació el día 5-9-1982, por lo que llegó a la mayoría de edad del día 5-9-2000.

Comenzó a realizar sesiones fotográficas con el acusado en el año 1988 y continuó efectuándolas hasta el año 2006. En algunas de las imágenes que tomó el acusado de xxx, tanto siendo menor de edad, como siendo mayor, aparece completamente desnuda y con exposición de su vulva. El acusado poseía esas imágenes en sus dispositivos informáticos el día 5-8-2016, en que se realizó entrada y registro en su domicilio. La finalidad de esa posesión era su posterior publicación.

Xxx acordó con el acusado la cesión de sus derechos de imagen a éste, a quien autorizó para la publicación en sus páginas web de las fotografías que tomara de ella, acordando como contraprestación una cantidad económica en cada sesión, que éste le abonaba.

El acusado publicó fotografías que tomó de xxx, siendo mayor de edad, en sus páginas web, a las que se podía acceder, previo pago. En muchas de esas imágenes aparece desnuda y con exposición de su vulva. Imágenes de xxx que el acusado publicó en sus páginas web se publicaron también en páginas web que no son titularidad del acusado, como Vipergirls.to y Erofullsets.com, que las tomaron de las webs del acusado.

El acusado y xxx suscribieron el día 29-1-2013 un documento, mediante el que aquella recompró a este sus derechos de imagen. En dicho documento, el acusado se comprometió no solamente a eliminar toda clase de soportes con la imagen de la Sra. xxx en sus propias webs y en cualquier otra publicación que dependiera de él, sino también a hacerlo, en la medida de lo posible, en otras webs o publicaciones, aunque no dependieran de él, para lo que se comprometió a realizar cuantas actuaciones, requerimientos, etc., verbales y escritos fueran necesarios a las diferentes webs, publicaciones etc. para la eliminación de las fotos, videos, archivos etc. que pudieran existir. Fijaron en 2.000 euros el precio de esa recompra de derechos, que xxx entregó al acusado el referido día 29-1-2013.

El acusado eliminó imágenes de xxx de sus páginas web, pero nada intentó en relación a otras páginas web que también las difundían, salvo dirigir a Thenude.eu un correo electrónico de 27-8-2014, con el siguiente contenido: "Buenas tardes debido a los continuos problemas que me está dando el que tengáis las portadas de lo que publico en mis webs, os pido por favor retiréis todo el material que tenís mío en vuestros datos tanto de www.fotokoma.com como de www.koko-artchives.com, ya que funciona todo con permisos firmados que vosotros no disponéis y hay ya

varios casos de denuncia en la justicia contra mí y estáis metidos en el caso como publicadores. Gracias. Kote cabezudo”.

El marido de xxx, en nombre de ésta, remitió al acusado los días 31-1-2013 y 4-3-2013 sendos correos electrónicos, en los que le indicó que continuaban publicándose imágenes de xxx en páginas web que no eran titularidad del acusado, indicándole cuáles eran y requiriéndole para que se dirigiera a ellas, tal como habían acordado, para que retiraran esas imágenes, ya que a ellos no les hacían caso.

Imágenes de xxx que el acusado publicó en sus páginas web continuaron publicándose en 2014 y en años posteriores en páginas web que no son titularidad del acusado, como Vipergirls.to y Erofullsets.com.

Durante alguna de las sesiones fotográficas realizadas con posterioridad al 1-10-2004, el acusado le introdujo sus dedos en la vulva, sin el consentimiento de xxx.

A consecuencia de los hechos que declaramos probados, xxx sufrió sintomatología ansioso depresiva, sin que la padezca en la actualidad.

SEGUNDO.- zzz, nacida el 30-8-1974 posó para el acusado entre los años 1992 y 1994, quien le tomó diversas fotografías, algunas de las cuales eran desnudos integrales frontales.

El acusado publicó en su web Fotokoma, al menos entre los años 2012 y 2013, fotografías tomadas a zzz.

El acusado conservó en su poder fotografías tomadas a zzz, algunas de las cuales eran desnudos integrales frontales, las cuales le fueron encontradas en los registros efectuados en su domicilio los días 30-7-2014 y 5-8-2016.

TERCERO.- hhh nació el día 17-7-1989, por lo que llegó a la mayoría de edad el día 17-7-2007.

Durante el año 2006, con anterioridad al 8-9-2006, contactó con el acusado, con quien realizó varias sesiones fotográficas y videográficas, en las que éste le tomó imágenes en las que se encontraba completamente desnuda, mostrando su vulva y conjuntamente con nnn, que también posó de igual modo. En varias de las imágenes que el acusado tomó de ambas una de ellas toca con su mano el pubis, la vulva o el pecho de la otra, se besan, se abrazan y en otras pone una de ellas su boca en el pecho o en la vulva de la otra.

El acusado conservó tales imágenes en sus dispositivos informáticos, donde se encontraron en la entrada y registro que se realizó en su domicilio el día 5-8-2016. Además, hasta el año 2014 ofreció al público esas imágenes en sus páginas web Fotokoma.com y Koko-Artchives.com, previo pago. A tales imágenes se podía acceder también desde otras páginas de contenido sexual como vipergirls.to, wh?ichpornstar y thenude.eu, al menos hasta 2017.

El conocimiento de que sus fotografías se encontraban en internet causó en hhh ansiedad y depresión, que condicionó sus relaciones sociales y su forma de afrontar la vida, y que ha requerido tratamiento farmacológico antidepresivo y ansiolítico.

CUARTO.- ggg nació el día 18-11-1987, por lo que llegó a la mayoría de edad el día 18-11-2005.

En el año 2004 acordó con el acusado acudir a su estudio a ser fotografiada por él. Así lo hizo y realizó con el mismo varias sesiones fotográficas, a lo largo de unos dos años en las que éste le tomó fotografías, en algunas de las cuales se encontraba completamente desnuda, mostrando su vulva. Algunas de esas fotografías las tomó el acusado cuando ggg era menor de edad y otras siendo mayor.

El acusado conservó esas fotografías en sus dispositivos informáticos, donde se encontraron en las entradas y registro que se realizaron en su domicilio los días 30-7-2014 y 5-8-2016.

Además, hasta el año 2014, el acusado ofreció al público esas imágenes en sus páginas web Fotokoma.com y Koko-Artchives.com, previo pago. En aquella con el seudónimo de ... y en ésta con el de ..., en la que ofrecía imágenes con el referido contenido, tomadas siendo ggg menor de edad.

Imágenes de ggg publicadas por el acusado en Koko-Artchives con el nombre de ... se publicaron en otros sitios web, como Thenude.eu hasta 2014. Imágenes de ggg publicadas por el acusado en Fotokoma con el nombre de ... se publicaron en otros sitios web, como Thenude.eu hasta 2014.

QUINTO.- ... nació el 3-2-1989, por lo que alcanzó la mayoría de edad el 3-2-2007.

Cuando contaba con 16 o 17 años comenzó a ser fotografiada por el acusado y continuó siéndolo, tras cumplir 18 años.

Siendo menor de edad, el acusado le tomó fotografías en topes. Siendo mayor de edad le tomó fotografías y vídeos en los que aparecía completamente desnuda y con exposición de su pubis y su vulva. En las sesiones fotográficas que realizaron, firmaron contratos en los que ... cede sus derechos de imagen al acusado y consiente en que el acusado publique sus imágenes en páginas web del acusado.

El acusado publicó tales fotografías y vídeos tomados a ..., tanto siendo menor de edad, como siendo mayor, en sus páginas web Fotokoma.com y Koko-Artchives.com, al menos, hasta el 4-12-2013.

Algunas de esas imágenes fueron tomadas de sus páginas web y publicadas en otras que no son titularidad del acusado, como Thenude.eu y Erofullsets.com, donde permanecieron publicadas, al menos, hasta 2014.

SEXTO.- kkk nació el día 11-2-1992, por lo que llegó a la mayoría de edad el 11-2-2010.

Desde el 1-10-2007 acudió al estudio del acusado, con quien realizó sesiones fotográficas y videográficas, siendo menor de edad, completamente desnuda, obteniendo el acusado primeros planos fotográficos de sus pechos y de su vulva y, al menos, una sesión videográfica en la que el acusado le daba masaje por todo el cuerpo y le manoseaba reiteradamente los pechos y las nalgas.

En dichas sesiones el acusado presentaba a kkk contratos en los que, a cambio de precio, cedía sus derechos de imagen al acusado, para que éste las pudiera reproducir en sus páginas web Fotokoma y KokoArtchives. Firmaban esos contratos tanto kkk como su madre

El acusado publicó imágenes tomadas a kkk en dichas páginas web, con acceso público, previo pago. Desde allí fueron tomadas y publicadas en otras páginas web, de contenido pornográfico, como Thenude.eu y Wichpornstar.com, donde, hasta julio de 2015, continuaron alojadas.

SÉPTIMO.- fff nació el 29-5-1988, por lo que llegó a la mayoría de edad el día 29-5-2006.

Acudió al estudio del acusado para ser fotografiada por este, con quien realizó dos sesiones; la primera de ellas el día 24-5-2006, siendo menor de edad, en la que el acusado le tomó fotografías de desnudos frontales integrales, de primeros planos de su vulva y de sus nalgas, mostrando también su vulva. Ese día firmó un contrato preparado por el acusado, en el que le da autorización para la edición-publicación de las fotos en medios convencionales e informáticos.

El acusado conservó esas fotografías en discos duros Drobo, que tenía en su poder cuando le fueron incautados el día 30-7-2014, en la entrada y registro que se realizó en su domicilio en la calle Urbietta de San Sebastián.

El acusado publicó esas fotografías en sus páginas web Fotokoma y Koko-Artchives.com, al menos hasta marzo de 2013, páginas a las que se podía acceder previo pago.

Algunas de ellas se publicaron en otras páginas de contenido pornográfico, como Erofullsets, al menos hasta marzo del año 2016.

OCTAVO.- jjj nació el día 27-3-1984, por lo que llegó a la mayoría de edad el 27-3-2002.

Siendo menor de edad, realizó al menos dos sesiones fotográficas con el acusado, con quien firmó dos contratos, en los que dio su autorización a la edición-publicación de sus fotos al acusado.

Siendo mayor de edad realizó también sesiones con el acusado, en las que le fotografió desnuda y con exposición de sus partes más íntimas. La última de las sesiones se celebró el 26-1-2003. El acusado publicó estas fotografías en sus páginas web Fotokoma y KokoArtchives, a las que se podía acceder, previo pago. El día 21-6-2005 fue requerido por ..., padre de jjj, para que retirara esas fotografías, a lo que se comprometió el acusado, en documento escrito que suscribió ese día. El acusado publicó esas fotografías nuevamente en sus páginas web en marzo de 2009. Al menos hasta ese momento se publicaron también esas fotografías en otros sitios web que no son titularidad del acusado.

Salvo en la primera sesión, el acusado pagó a jjj por su posado para las fotografías.

La Sra. jjj presentó el día 11-5-2018 la querrela contra el acusado que inició las actuaciones referentes a ella en la presente causa.

NOVENO.- bbb nació el 24-5-1988, por lo que alcanzó la mayoría de edad el 24-5-2006.

El día 22-11-2007 acudió a San Sebastián a realizar una sesión fotográfica con el acusado. Ese día firmaron un contrato en el que acordaron la realización de esa sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de la modelo al acusado, a quien se autoriza para la publicación de las fotografías, entre otros lugares, en sus webs fotokoma y koko-artchives y se pacta como contraprestación la cantidad de 300 + 50 euros. Se indica asimismo que el alias de la modelo es ...

El acusado publicó imágenes de bbb que tomó ese día en sus páginas fotokoma y kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago.

En la portada del ejemplar de la extinta revista Interviú correspondiente a la semana del ... de 2010 se publicó una fotografía de ,,,, como ganadora del concurso ..”.

bbb se puso en contacto, a través de un abogado, con el acusado para que este retirara fotografías de bbb de Internet. Ambas partes intercambiaron correos electrónicos a tal fin. Así:

- El abogado de bbb se dirigió al aquí acusado el día 25-10-2011 y le expuso que: “Estimado Sr. Cabezudo. Me dirijo a usted con motivo del acuerdo para la adquisición amistosa de los derechos de las fotografías de su autoría con la modelo bbb. He recibido el encargo de...redactar el modelo de contrato, que le ruego me confirme se basará en los siguientes puntos:
- 1.- La realización de las fotografías se reguló en contrato previo firmado por las partes...
- 2.- El presente contrato a redactar supondrá la anulación del anterior, la recuperación por parte de la modelo de sus derechos de imagen y como consecuencia la retirada de todo material fotográfico y/videográfico de la modelo de cualquier medio público, y en concreto internet.
- 3.- La modelo abonará la cantidad de 700 euros en la cuenta designada por usted como contraprestación por la recuperación de sus derechos de imagen.
- Si esto es correcto, redacto un modelo de contrato para que pueda usted estudiarlo y se lo hago llegar en los próximos días...”
- El acusado contestó el mismo día diciendo que: “Ok estoy de acuerdo en lo que hablamos usted y yo. La retirada del material se refiere a mis dos webs y en los lugares donde yo las haya subido, no teniendo nada que ver con otros lugares en que se encuentren fotos y yo no las haya subido, no obstante pondré todo de mi parte para poder interceder en aquellos lugares en los que aparezcan y la señorita bbb me lo haga saber...Kote cabezudo.”
- El abogado dijo al acusado el 18-11-2011, que: “Estimado Sr. Cabezudo. Lamento la tardanza en remitirle el contrato de anulación del que hablamos en relación a sus sesiones con la modelo bbb...Le adjunto modelo del contrato de anulación en los términos acordados para su estudio. Si todo está correcto le ruego me facilite un domicilio...y procederíamos del siguiente modo:
 - 1.- Le haríamos llegar el contrato por duplicado al domicilio que nos facilite, firmados ambos por la modelo...
 - 2.- Recibido por usted, firmaría una copia del contrato...y se lo devolvería a la modelo...

- 3.- Recibido por la modelo, ésta procedería al ingreso de la cantidad pactada y le sería convenientemente comunicado para que usted proceda a la retirada de imágenes...”

- El borrador de contrato está fechado el 25-11-2011 y en él el acusado y bbb manifiestan su voluntad de rescindir el contrato que firmaron el 10-6-2008 para la realización de sesiones fotográficas y/o videográficas y anular todos sus efectos, fijando en 700 euros la cantidad que la modelo deberá abonar al fotógrafo, por la re-compra de sus derechos de imagen previamente cedidos, tras lo que este dispondrá de un plazo de 48 horas para retirar todas las imágenes de su autoría en las que aparece la modelo de cualquier medio público y particularmente Internet, tanto si son webs propias, como si son webs ajenas a las que se cedieron imágenes. No consta firmado.
- El acusado respondió el mismo día que: “Todo esta perfecto excepto que no enviare el original hasta no tener el ingreso, legalmente se verán satisfechos con mi firma por la no utilización de las imágenes tras el ingreso y el contrato sera enviado por correo después, creo que asi es mas limpio. Un saludo. Kote Cabezudo...”

bbb efectuó una transferencia de 700 euros al acusado el día 22-11-2011 por el concepto de “recompra dchos fotos”.

El acusado firmó el contrato, pero tras la expresión “se cedieron imágenes”, añadió a mano “solo las cedidas y autorizadas por mi”.

A consecuencia del referido contrato, el acusado retiró las fotografías de bbb de sus páginas web, pero continuaron en páginas web como whichpornstar.com, thenude.eu y eurofullsets.com., donde habían aparecido previamente, con el nombre de bbb o ..., que había puesto el acusado. bbb comunicó y reiteró al acusado que continuaban viéndose esas de fotografías en otras páginas web, quien le contestó que había eliminado las fotos de sus webs, pero que esas otras no dependían de él, sino que le habían robado sus fotos, que intentará su retirada, que tiene su permiso para pedirles a esas webs que las quiten, que él no sabe cómo hacerlo, que si bbb lo sabe que se lo diga y les escribirá y que ya se ha dirigido a Google para ello.

El acusado dirigió un correo electrónico a Thenude.eu el 27-8-2014, en el que les pidió la retirada de todo su material, tomado tanto de www.fotokoma.com como de www.koko-artchives.com, indicándoles que “funciona todo con permisos firmados que vosotros no disponéis”.

bbb trabaja como modelo y actriz y es pareja consolidada de un cómico de contrastada popularidad. La publicación de esas fotografías con su nombre y apellido reales en páginas web no dependientes del acusado, tras el contrato de recompra de sus derechos de imagen, ha afectado tanto psicológicamente a la modelo, como a su imagen pública.

DÉCIMO.- aaa nació el día 18-7-1988, por lo que alcanzó la mayoría de edad el 18-7-2006.

En los años 2008 y 2009 realizó varias sesiones de posado con el acusado, firmando cada día un contrato en el que acordaron la realización de esa concreta sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de la modelo al acusado, a quien se autoriza para la publicación de las fotografías y vídeos que tomara de ella, entre otros lugares, en sus webs fotokoma y koko-

artchives y se pacta como contraprestación una cantidad que varía entre los 30 y los 70 euros por sesión. En la mayoría de los contratos consta expresamente que las imágenes consistirán también en desnudos integrales, salvo en uno, en el que se plasma que consiste en sesiones video/fotográficas, en general de la modelo y en otro, en el que se recoge que consiste en sesiones video/fotográficas, en general, incluidos desnudos de la modelo.

El acusado publicó tanto fotografías como vídeos que tomó de aaa en esas sesiones en sus páginas web fotokoma y kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago. En muchas de esas imágenes aparece desnuda y con exposición de su vulva. En algunas de las publicaciones el acusado identificó a la modelo con su nombre propio real, al que, en ocasiones añadió la letra A. En otras publicaciones la identificó como ...

Imágenes de ... que el acusado publicó en sus páginas web se publicaron también en páginas web que no son titularidad del acusado, como Thenude.eu y WichPornstar.com.

En una de las sesiones que ... celebró con el acusado, éste grabó un vídeo en el que le da masaje en su cuerpo, pechos, pubis y le introduce algún dedo en la vulva.

UNDÉCIMO.- ccc nació el día 25-7-1988, por lo que alcanzó la mayoría de edad el 25-7-2006.

Desde el día 1-4-2009 realizó cinco sesiones fotográficas y videográficas con el acusado, firmando en cada una de ellas un contrato en el que acordaron la realización de esa concreta sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de ccc al acusado, a quien se autoriza para la publicación de las fotografías y vídeos que tomara de ella, entre otros lugares, en sus webs fotokoma y koko-artchives y se pacta como contraprestación una cantidad que varía entre los 50 y los 100 euros por sesión. En los contratos consta expresamente que las imágenes consistirán también en desnudos de la modelo, salvo en el primero de ellos, en el que se plasma que consiste en sesiones video/fotográficas, en general de la modelo.

El acusado publicó tanto fotografías como vídeos que tomó de ccc en esas sesiones en sus páginas web fotokoma y kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago. En muchas de esas imágenes aparece desnuda y con exposición de su vulva. En sus páginas de fecha 27-6-2010 y enero, agosto y octubre de 2010, el acusado indicaba que el nombre de la modelo era ccc y en fechas comprendidas entre 28-2-2011 y 15-7-2013 que era ... o ...

DUODÉCIMO.- ... nació el día 8-1-2008, por lo que alcanzó la mayoría de edad el 8-1-2006.

Los días 24-5-2008, 18-6-2008 y 22-7-2008 realizó varias sesiones de posado con el acusado, con la anuencia de ella, firmando ambos cada día un contrato en el que acordaron la realización de esa concreta sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de la modelo al acusado, a quien se autoriza para la publicación de las fotografías y vídeos que tomara de ella, entre otros lugares, en sus webs fotokoma y koko-artchives y se pacta como contraprestación una cantidad que varía entre los 50 y los 100 euros por sesión. En el segundo y tercer contrato consta expresamente que las imágenes consistirán también en desnudos de la modelo, mientras que en el primero se plasma que consiste en sesiones video/fotográficas, en general de la modelo.

El acusado publicó tanto fotografías como vídeos que tomó de ... en esas sesiones en sus páginas web fotokoma y kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago. En muchas de esas imágenes aparece completamente desnuda y con exposición de su pubis y de su vulva.

DECIMOTERCERO.- ..., siendo mayor de edad, realizó de manera voluntaria entre los días 12-8-2010 y 4-2-2013 varias sesiones fotográficas y videográficas de posado con el acusado. Cada vez que efectuó una sesión, firmó un contrato en el que acordaban la realización de esa concreta sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de la modelo al acusado, a quien se autoriza para la publicación de las fotografías y vídeos que tomara de ella, entre otros lugares, en sus webs fotokoma y koko-artchives y se pacta como contraprestación una cantidad que varía entre los 50 y los 100 euros por sesión, que el acusado le abonó. En dos de los contratos no se recogió expresamente la cantidad, pero el acusado también pagó un precio por la respectiva sesión a En cuatro de los contratos suscritos por ambas partes consta expresamente que las imágenes que el acusado tomaría de ... incluirían desnudos de la modelo y en los otros cuatro se recoge que incluirían desnudos integrales, fotografía erotica, lesbico, porno de la/las modelos.

El acusado publicó fotografías que tomó de ... en esas sesiones en sus páginas web fotokoma y kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago. En algunas de esas imágenes aparece desnuda y con exposición de su vulva.

Durante una de las sesiones en las que ... posaba, junto a otra mujer, para el acusado, éste le propuso mantener relaciones sexuales con él; ... le contestó que no quería y el acusado admitió esa negativa.

A consecuencia de los anteriores hechos, ... sufrió una ligera sintomatología de tipo ansioso.

DECIMOCUARTO.- ... nació el día 21-9-1988, por lo que alcanzó la mayoría de edad el día 21-9-2006.

En el año 2008, siendo, por tanto, mayor de edad, realizó de manera voluntaria, junto con su prima ..., una sesión fotográfica de posado con el acusado. Para ello el acusado y ... firmaron un contrato en el que acordaban la realización de esa concreta sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de ... al acusado, a quien ella autorizó para la publicación de las fotografías que tomara de ella, entre otros lugares, en sus webs fotokoma y koko-artchives, pactando como contraprestación la cantidad de 50 euros, que el acusado le abonó.

El acusado publicó fotografías que tomó de ... en esa sesión en sus páginas web fotokoma y kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago. En algunas de esas imágenes aparece desnuda.

DECIMOQUINTO.- ddd nació el día 14-10-1992, por lo que alcanzó su mayoría de edad el día 14-10-2010.

ddd se puso en contacto con el acusado, cuya página web Fotokoma conocía, y acordaron la realización de una sesión fotográfica de posado con el acusado, que efectuó de manera voluntaria en febrero de 2012. Ese día firmó un contrato, preparado por el acusado, en el que

acordaron la realización de esa concreta sesión, así como la cesión de los derechos de imagen de la modelo al acusado y la autorización a este para la publicación de las fotografías que tomara de ella y pactaron como contraprestación 100 euros, que el acusado le abonó.

El acusado publicó fotografías que tomó de ddd en esa sesión en sus páginas webs, a las que se podía acceder, previo pago, identificándola como ... En algunas de esas imágenes aparece desnuda y con exposición de su vulva.

Tras conocer ddd la publicación de esas fotografías, se dirigió al acusado y le pidió que las retirara. El acusado le indicó que para recomprar sus derechos de imagen le tendría que abonar 500 euros y las partes no llegaron a ningún acuerdo al respecto.

DECIMOXEXTO.- eee realizó de manera voluntaria en el año 1995, siendo mayor de edad, varias sesiones fotográficas con el acusado.

Firmó para ello un contrato con el acusado, preparado por éste, en el que le autorizó para la publicación de las fotografías que tomara de ella, a cambio de un precio que el acusado le abonó, al menos a partir de la segunda sesión.

El acusado publicó fotografías que tomó de eee en esas sesiones en sus páginas web Fotokoma, en junio de 2012, y Kokoartchives, a las que se podía acceder, previo pago. En algunas de esas imágenes aparece desnuda y con exposición de su pubis o su vulva.

DECIMOSÉPTIMO.- nnn nació el día 3-5-1990, por lo que alcanzó la mayoría de edad el día 3-5-2008.

Desde el año 2004, cuando contaba con 14 años de edad, hasta el año 2013, realizó sesiones fotográficas y videográficas con el acusado, con quien nnn se puso en contacto. Siendo menor de edad, el acusado firmó con nnn y con su madre, contratos en los que se autorizaba al acusado a la publicación, tanto en soportes convencionales, como digitales, de las imágenes que tomara de nnn, renunciando esta o cediendo al acusado sus derechos de imagen. Siendo ya mayor de edad el acusado firmaba tales contratos solo con nnn. En todos los contratos se pactó un precio como contrapartida, que el acusado abonó a nnn.

En algunas de las imágenes que el acusado tomó de ella en esas sesiones, tanto siendo menor de edad, como siendo mayor de edad, está desnuda y con exposición de su vulva. En parte de ese material aparece nnn manteniendo relaciones lésbicas con hhh, siendo ambas menores de edad. En el transcurso de la sesión que el acusado realizó con nnn el día 28-8-2006 le introdujo algún dedo en la vagina y grabó imágenes de ello.

Siendo nnn mayor de edad, el acusado grabó vídeos y tomó fotografías de ella, mientras él le tocaba todo el cuerpo, le introducía los dedos en la vagina, le introducía el pene o un juguete sexual con forma de pene, también en la vagina, o mientras ella le masturbaba manualmente, hasta eyacular, o le practicaba felaciones.

En agosto de 2008 durante la grabación de un vídeo de nnn, estando ella desnuda, tumbada boca arriba en una camilla, el acusado le tocó los pechos, el pubis, le abrió las piernas, acercó su boca a la vulva, metió un dedo en su interior e hizo reiterados y rápidos movimientos circulares con el dedo en el interior de la vulva, momento en el que nnn cerró las piernas y las giró hacia un

lado, ante lo que el acusado cogió con una mano la pierna derecha de nnn y se la volvió a situar en su anterior posición: tumbada hacia arriba y con las piernas abiertas, continuando –sin el consentimiento de nnn- con sus movimientos enérgicos en la vulva de ella. Esta se movió e intentó con una mano y después con la otra, retirar las manos del acusado, pero él resistió la presión física de ella y continuó –sin el consentimiento de nnn- hurgando en su vulva. Ella dijo algo y él le contestó “Vete relajando el cuerpo, quiero que haya movimiento”. Tras ello, el acusado continuó tocando el cuerpo de nnn, también en el interior de la vulva, de manera más relajada. Ella llevó una mano y empujó el antebrazo de él, pero él siguió hurgando en la vulva –sin el consentimiento de nnn-, ella insistió y él retiró la mano de la vulva y continuó tocando el pecho de nnn.

El acusado publicó imágenes como las referidas, que tomó tanto siendo nnn menor de edad, como siendo mayor de edad, en sus páginas web Fotokoma y Koko-Archives, a las que se podía acceder, previo pago. Dicha difusión de imágenes tomadas siendo menor de edad la realizó, al menos, a lo largo de 2011, 2012, 2013 y hasta el 26-2-2014. Esa difusión se realizó también en otras páginas web, que no son titularidad del acusado, como Gogousenet.com -al menos hasta el día 23-3-2018- y Wichpornstar.com - al menos hasta el 28-10-2015-.

Otras imágenes que el acusado tomó de nnn también completamente desnuda y con exposición de su vulva, siendo menor de edad, las conservó almacenadas en dispositivos digitales, con intención de difundirlas, donde fueron encontradas en las entradas y registros que se realizaron en su domicilio los días 30-7-2014 y 5-8-2016. Algunas de esas imágenes, encontradas en el registro del día 5-8-2016 las tomó el acusado cuando nnn era menor de 16 años».

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

«1º.- CONDENAMOS A JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA, como autor responsable de:

- Un delito de pornografía infantil, en su modalidad de posesión para su difusión (xxx), del art. 189.1 b) del Código Penal (CP), en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, a las penas de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.
- Un delito de pornografía infantil, en su modalidad de difusión, del art. 189.1 b) CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, a las penas de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Le condenamos asimismo a indemnizar a nnn en la cantidad de 15.000 euros, más el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de pornografía infantil, en su modalidad de difusión, del art. 189.1 b) CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, a las penas de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Le condenamos asimismo a indemnizar a hhh en la cantidad de 15.000 euros, más el interés legal del dinero,

incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.

- Un delito de pornografía infantil, en su modalidad de difusión, del art. 189.1 b) CP, en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, a las penas de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Le condenamos asimismo a indemnizar a ggg en la cantidad de 15.000 euros, más el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de pornografía infantil, en su modalidad de difusión, del art. 189.1 b) del Código Penal (CP), en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, a las penas de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Le condenamos asimismo a indemnizar a fff en la cantidad de 10.000 euros, más el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de pornografía infantil, en su modalidad de elaboración, del art. 189.1 a) del Código Penal (CP), en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2005, de 25-11, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Le condenamos asimismo a indemnizar a kkk en la cantidad de 15.000 euros, más el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de abusos sexuales del art. 182.1 CP, en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25-11, en relación con el 181 CP, a las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como a las penas de prohibición de comunicación con xxx y de aproximación a menos de 200 metros de la misma, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a menos de 200 metros de su domicilio, lugares de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella, con una duración de 10 años, que se cumplirán de manera simultánea a la pena de prisión. Le condenamos asimismo a indemnizar a xxx en la cantidad de 15.000 euros, más el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de estafa del art. 248.1 CP, a las penas de ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como a indemnizar a xxx en la cantidad de 1.000 euros, más el interés legal del dinero más dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de estafa del art. 248.1 CP, a las penas de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como a indemnizar a bbb en la cantidad de 10.000 euros, más el interés legal del dinero más dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.
- Un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, en la redacción dada por la LO 15/2003, a las penas de siete años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como a las penas de prohibición de comunicación con nnn y de

aproximación a menos de 200 metros de la misma, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a menos de 200 metros de su domicilio, lugares de trabajo y cualquier otro frecuentado por ella, con una duración de 12 años, que se cumplirán de manera simultánea a la pena de prisión. Le condenamos asimismo a indemnizar a nnn en la cantidad de 20.000 euros, más el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, sobre dicha cantidad, que se devengará desde la fecha de esta sentencia hasta la del completo pago.

- El máximo de cumplimiento efectivo de las condenas que imponemos no podrá exceder de 20 años. Declaramos extinguidas las penas impuestas que excedan de dicho máximo.

2º.- ABSOLVEMOS A JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA del resto de acusaciones que se formularon en su contra.

3º.- ACORDAMOS EL COMISO y adjudicación al Estado de los discos duros, ordenadores y otros soportes digitales: un CD, una tarjeta de memoria y 2 pendrives, que se ocuparon en la primera y en la segunda entrada y registro que se efectuaron en el presente proceso en el domicilio del acusado y que se recogen en las actas de los folios 228 bis y 2009.

4º.- CONDENAMOS A JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA al pago de 10/227 de las costas devengadas en el proceso, incluyendo en el total de dichas costas las correspondientes a la acusación particular.

5º.- DECLARAMOS DE OFICIO 217/227 de las costas devengadas en el proceso.

6º.- DENEGAMOS LA SOLICITUD DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE DEDUCIR TESTIMONIO DE ACTUACIONES AL JUZGADO DE GUARDIA POR LA ACTUACIÓN EN JUICIO DEL PERITO ANDONI SERRANO.

7º.- DENEGAMOS LA SOLICITUD DEL LETRADO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE CONCEDERLE LICENCIA PARA PRESENTAR QUERRELLA POR INJURIAS VERTIDAS EN EL JUICIO CONTRA LA TESTIGO R.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán preparar RECURSO DE CASACION en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO hábiles contados a partir del siguiente a dicha notificación.

No cabe interponer recurso de apelación, dado que la presente causa se incoó por auto de 13-3-2013 y los recursos de apelación solo caben contra sentencias dictadas en procesos incoados desde el 6-12-2015 (Art. 12, Disposición Transitoria Única y Disposición Final 4ª de la Ley 41/2015, de 5-10-2015)».

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de José Juan Cabezudo Zabala, y la Acusación Particular ejercida por aaa (y doce

más), 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 los respectivos recursos.

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

1.- Recurso de Juan José Cabezudo Zabala

Motivo Primero y único.- Por infracción de Ley del nº1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal, por infracción de Ley del nº2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, ha existido un error en la apreciación de la prueba, que demuestra la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios y por infracción de precepto constitucional (artículo 24 de la Constitución Española) de conformidad con lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

2.- Recurso de Dª aaa (Acusación Particular)

Motivo primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo contenido en los artículos 239 y 240.2º LECrim, y 123 del Código Penal relativos a la imposición de las costas a los criminalmente responsables de todo delito o falta. Fundamento de derecho final genérico 3º costas.

3.- Recurso de Dª bbb (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho noveno, B, III, párrafo final

4.- Recurso de D^a ccc (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho final genérico 3^o costas.

5.- Recurso de D^a ddd (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho final genérico 3^o costas.

6.- Recurso de D^a eee (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho final genérico 3^o costas.

7.- Recurso de D^a fff (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho séptimo, B, VI

8.- Recurso de D^a ggg (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho cuarto, B, III

9.- Recurso de D^a hhh (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho tercero, B, III

10.- Recurso de D^a jjj (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho final genérico 3^o costas.

11.- Recurso de D^a kkk (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho sexto, B, VI

12.- Recurso de D^a zzz (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho final genérico 3^o costas.

13.- Recurso de D^a xxx (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho primero, B, 4

14.- Recurso de D^a nnn (Acusación Particular)

Motivo Primero.- (art. 852 LECrim).- Infracción de precepto constitucional (art. 24 CE: Interdicción de la arbitrariedad).

Motivo Segundo.- (art. 849.2 LECrim).- Error en la valoración de la prueba.

Motivo Tercero.- (art. 849.1 LECrim).- Infracción de precepto penal de carácter sustantivo. Fundamento de derecho decimoséptimo B, 5

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Procurador Sr. D Asís San Frutos Prieto presentó escrito de impugnación de la admisión del recurso interpuesto de contrario; el Procurador Sr. Pardo Martínez presentó escritos de impugnación a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de la acusación particular; el Ministerio Fiscal queda instruido de los recursos formalizados e impugna su admisión, interesando con carácter subsidiario su desestimación; y apoya el motivo 3^o de los recursos de la Acusación Particular, en lo que se refiere a la condena al pago de las costas

causadas a la misma, fundamentando su pretensión en las consideraciones que expone en su escrito de 13 de octubre de 2022; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 11 de enero de 2023, se otorgó un plazo de cinco días a las partes recurrentes por si interesan alegaciones con respecto a la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre presentando escritos de alegaciones el Procurador Sr. Pardo Martinez y Sr. San Frutos Prieto, de los que se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien manifestó por escrito de 24 de enero “no procede adaptar el recurso a la Ley Orgánica 10/2022, toda vez que las penas impuestas son las procedentes en este caso”.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 22 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Se formula recurso de casación contra la sentencia núm. 111/2022, de 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª, en primer lugar por la representación procesal de Don José Juan Cabezudo Zabala, que resulta absuelto en la misma por 217 delitos y condenado por 10 delitos, en relación con siete víctimas concretas: A) sendos delitos de pornografía infantil (artículo 189.1 b) CP) cometido contra: 1º) la persona de Doña xxx; 2) la persona de Doña nnn; 3º) la persona de hhh; 4) la persona de Doña ggg; 5) la persona de Doña fff; B) un delito de pornografía infantil en su modalidad de elaboración (artículo 189.1 a) CP, redacción dada por la L.O. 15/2003) cometido contra la persona de Doña kkk; C) un delito de

abuso sexual (artículos 181 y 182.1 CP en su redacción dada por la L.O. 15/2003) cometido contra la persona de Doña xxx D) sendos delitos de estafa (art. 248.1º CP), cometidos contra la persona de Doña xxx y de Doña bbb; E) un delito de agresión sexual (artículos 178 y 179 CP en su redacción dada por la L.O. 15/2003) cometido contra la persona doña nnn

También recurren en casación, trece de las diecisiete acusaciones particulares personadas: Dª ... y (doce más)

La sentencia de instancia, a la hora de sistematizar, realiza una descripción valorativa de la prueba practicada de forma conjunta, pero en la fundamentación, tanto en los hechos probados, como en el juicio de subsunción y la concreta prueba que posibilitó la fijación de la conducta típica, estructura su resolución en específica relación con cada una de las víctimas, a modo de diecisiete resoluciones individualizadas, pero a su vez complementarias. Ello determina también la estructura del recurso del acusado en siete apartados dedicados cada una de las víctimas mencionadas en el fallo condenatorio y posibilita una consideración individualizada del recurso formulado por las acusaciones, aunque ello origine con frecuencia, reiteraciones en la formulación y fundamentación.

I. ***Recurso del acusado Juan José Cabezudo Zabala***

PRIMERO.- Aunque formula un solo motivo, lo rubrica como "infracción de Ley del nº1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal, por infracción de Ley del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que, ha existido un error en la apreciación de la prueba, que demuestra la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios y por infracción de precepto constitucional (artículo 24 de la Constitución Española)

de conformidad con lo previsto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

De manera que se hace acreedor de las críticas que el Ministerio Fiscal, vierte en su informe:

En el recurso se entremezclan argumentos y quejas de signo diverso con menoscabo tanto del tradicional principio de separación de motivos como de la ortodoxia procesal. Y es que, como declara la *STS 255/2017, de 6 de abril*, “el art. 884.4 LECrim podría propiciar una respuesta de inadmisión ligada a algunos de esos defectos. No podemos minimizar ese tipo de exigencias formales (consignación de un breve extracto que compendie la petición; congruencia entre la preparación y la formalización; debida separación de motivos...). No son requisitos caprichosos. Obedecen a razones fundadas como facilitar la efectividad del principio de contradicción o la congruencia de la sentencia de casación con cada una de las peticiones efectuadas que han de presentarse separadas para ser individualizables. La siempre aconsejable flexibilidad en lo formal no puede llegar al punto de desvirtuar los rasgos maestros que nuestra legislación atribuye al recurso de casación (por todas, *STS 377/2016, de 3 de mayo*) entronizando una anarquía procesal que no solo es perturbadora para la correcta resolución del recurso, sino que además erosiona principios materiales (necesidad de congruencia; *audiatur et altera pars*; contradicción; acotación nítida del objeto procesal).

Las previsiones procedimentales de alcance predominantemente formal o periférico no pueden degenerar en meros obstáculos o trabas a sortear carentes de sentido: lo impide el principio *pro actione* (art. 11.3 LOPJ). Pero en un recurso extraordinario como es la casación pueden tener más espacio siempre que se descubra su vinculación con fines materiales. Aunque esta Sala ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no sobra reseñar que la jurisprudencia del TEDH estima ajustado a las exigencias del CEDH un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto *Mohr v. Luxemburgo*; Decisión de igual fecha recaída en el asunto *De Virgiliis v. Italia* o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto *Talmane*).

El hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva interpela para dispensar mayor indulgencia ante esas deficiencias formales (SSTS 1068/2012 de 13 de noviembre o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto *Lagerblom*, o de 11 de octubre de 2016, asunto *Zubac*; y STS 705/2012, de 27 de septiembre)”

En cuya consecuencia, procede desbrozar su recurso de forma diferenciada en los motivos que invoca, en distingo a como los formula en relación con cada víctima, siguiendo la estructura de la sentencia recurrida.

A) Delitos contra la persona de D^a xxx

1. Delito de pornografía infantil en su modalidad de posesión para su difusión (artículo 189.1 b) CP en su redacción dada por la L.O. 1/2015).

1.1 Expone que en la sentencia condenatoria queda acreditado que xxx acudió voluntariamente al estudio para que el acusado, el recurrente, le fotografiaría, comenzando tales sesiones en 1998 y que tales sesiones serían semanales o cada 15-20 días y que en esas fechas, la señalada modelo era menor de edad (16 años de edad, al haber nacido ésta el 5-9-1982), y que el acusado en tales sesiones le tomaba fotografías de desnudos integrales en las que se le veía el pubis y en algunas, la vulva, según consta en los distintos archivos digitales que obran en autos.

No obstante, tras citar la 674/2018, de 19 de diciembre, afirma que las fotografías que pudieran haber sido tomadas a una mujer joven, ya formada, en plena adolescencia, de 16 años de edad, como lo era xxx en ese momento, donde se le aprecia un cuerpo ya desarrollado y formado, armónico y bello, donde se le pueda vislumbrar el pubis y/o la vulva, en ningún caso puede considerarse como un material de contenido pornográfico obtenido de personas que se hayan en su infancia o niñez.

Niega que pueda apreciarse en las fotografías tomadas a dicho modelo una consideración de lubrico o de libidinoso, cuya única finalidad sería la de excitar sexualmente al observador, ya que es evidente que el valor artístico de tales imágenes, tanto por el tratamiento de las mismas como por la armonía y la belleza en las proporciones de la modelo, en ningún caso estaba destinado a la excitación sexual, sino más bien al placer de los sentidos de cualquier observador, ya sea hombre y/o mujer, y cualquiera que fuera su orientación sexual, dada la naturaleza y la ejecución como “artística” de tales fotografías.

Por lo que cuestiona la naturaleza o contenido pornográfico de las fotografías obtenidas siendo la modelo señalada menor de edad, tanto hoy en día como si son interpretadas acorde a la realidad social existente en el momento en el que se realizaron (años 1998-1999), cuando la apreciación social en estos temas era más permisiva que la concurrente en el momento en el que se ha producido el juicio, y por lo tanto en absoluto podrían calificarse como de pornográficas, inscribiéndose en una corriente propia de su tiempo, de apertura, mucho más liberal y permisiva que la actual o reciente, como mi propio mandante reconoció en su interrogatorio al señalar expresamente que seguía la técnica o estilo de grandes fotógrafos internacionales versados sobre la materia como un pueden ser David Hamilton o Helmut Newton.

Destaca que los padres de las modelos conocían el trabajo profesional del acusado, dado su reconocimiento social en la ciudad de San Sebastián, y con su consentimiento expreso y previos fueron tomadas dada su naturaleza artística y careciendo de finalidad sexual, sino meramente sensual y estético.

Niega afectación al bien jurídico protegido por la norma, pues entiende que no se ve comprometida la indemnidad sexual de las menores; alude al consentimiento de los padres y a que muchas de las modelos, se iniciaron en la toma de imágenes como menores pero después continuaron con tales sesiones fotográficas una vez alcanzada la mayoría de edad legal.

También afirma que el hecho de que se pueda visualizar el pubis y la vulva de la modelo en alguna de las fotografías obtenidas, no necesariamente eleva las

mismas a la categoría de pornográficas por obscenas o inmorales, ya que la fotografía de partes del cuerpo femenino con sus curvas, redondeces y pliegues, son también de pleno contenido artístico o estético y no necesariamente deben causar un efecto sobre el observador de tipo obsceno o impúdico, al no ir acompañadas de ningún otro elemento de naturaleza sexual, siendo retratadas además con un evidente cuidado, calidad y profesionalidad; y que una interpretación extensiva del concepto de pornografía puede llevar a entender o a considerar a verdaderas obras de arte dentro de su entorno, como sería “El origen de mundo” expuesto en el Museo D’Orsay, obra de Gustave Courbet.

En definitiva, concluye que dichas fotografías no integran material pornográfico y añade en un párrafo final además de que no se ha quedado acreditado que imágenes de ella siendo menor de edad hayan sido publicadas en páginas web, no puede sin más presumirse que la finalidad de la tenencia de dicho material pueda ser la de su posterior difusión, pese al tiempo transcurrido desde las sesiones fotográficas, iniciadas en 1998; especialmente cuando en 2013, la modelo compró sus derechos de imagen al acusado y retiró las imágenes de la modelo de las páginas web que él controlaba o administraba.

1.2. Valga recordar que las carpetas del ordenador del acusado donde obraban tales imágenes de xxx, se denominaban 1998-05-25, 1998-07-08, 1999-11-25, feb-mar 2000, 20-04-00-, 08-05-00, 1-05-00-, 08-05-00, 2000-06-15, 2000-05-18 y 28-06-2000; que permiten racionalmente inferir que alude a la fecha de generación, datas en que la modelo nacida el 5 de septiembre de 1982, contaba pues con 15, 16 y 17 años; que esas fotografías de xxx, contienen muchos desnudos, no solo parciales, del pecho de la menor, sino integrales de la misma, explícitos con frecuencia, así, algunas de las fotografías parecen obtenidas frontalmente, estando bien de pie, bien sentada, bien tumbada la modelo, que se encuentra con las piernas abiertas y la cámara parece estar a la altura de su vulva. También algunas imágenes en las que se le ve de perfil, encontrándose ella frente a otra chica, ambas con el tronco desnudo, pareciendo acariciarse; así como en carpeta denominada “autorretratos” incluida en otra con el nombre de la modelo y data de junio de 2000 se ve a un varón tocándole el pecho a una chica.

1.3. Al margen del significado literal (presentación abierta y cruda del sexo que busca excitación, en la primera acepción del DLE) e incluso cultural (sobrexposición del acto sexual o de los órganos sexuales, por citar un concepto desgajado de connotaciones morales) del término *pornografía*, ya en la época de la obtención de las descritas fotografías, cuando iba acompañado del adjetivo *infantil*, tenía un significado preciso con vocación normativa, como ejemplifica la definición otorgada por el Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa en 1989 como “cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual” (Recomendación R(91) 11 sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de niños y de jóvenes).

En agosto de 2016, cuando se constatan actos de posesión por los que se condena, el concepto de *pornografía infantil*, resulta normativamente configurado de forma muy perfilada:

El art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 ratificado por España (BOE 31 de enero de 2002), establece que “*por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*”.

La Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DOUE núm. 13, de 20 de enero de 2004, páginas 44 a 48), la define como cualquier material pornográfico que *describa o represente de manera visual:*

i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o

ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o

iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote, el 25 de octubre de 2007 (BOE 12 de noviembre de 2010), entiende por pornografía infantil *todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales* (art. 20.2)

La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE núm. 335, de 17 de diciembre de 2011, páginas 1 a 14), la define como:

i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada,

ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales,

iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o

iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales;

Acervo normativo que conduce a la definición auténtica del propio art. 189, que considera pornografía infantil (o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección):

a) Todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) *Toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales.*

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Concepto normativo, específico sobre la “pornografía infantil”, en este caso concretada en la modalidad de posesión, que desplaza las consideraciones morales, sociales o culturales sobre la pornografía en general referida a supuestos donde no intervienen menores de dieciocho años, de soluciones harto diversas (como muestra efectivamente la STEDH de 7 de julio de 2022, *Chocholàè c. Eslovaquia*).

1.4. La madurez sexual, en esta tipicidad, por deseo expreso de la norma, no resulta relevante; consecuencia del bien jurídico protegido, el derecho personalísimo reforzado al desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual; de forma que se incurre en la conducta típica cuando la víctima es menor de edad, es decir, no ha cumplido los dieciocho años, conforme resulta del art. 315 CC o del art. 1 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor -cifra coincidente con el mandato de la Directiva 2011-; hasta el extremo de que la conducta básica está contemplada para los mayores de dieciséis años; pues si la víctima no alcanza esa edad, se contempla una modalidad agravada. De modo que la capacidad para el consentimiento sexual, fijada en los dieciséis años (actual art. 181, anterior 183), no rige aquí; de manera que efectivamente, conforme a la norma penal, los menores de dieciocho años siempre están protegidos frente a su utilización por terceras personas con fines pornográficos, por lo que en cualquier caso resulta irrelevante el consentimiento de los menores para intervenir en la producción de

este material, incluso señala la Consulta FGE 3/2006, aun cuando tal consentimiento pudiera haberse reputado válido para la práctica, en su caso, de las relaciones sexuales subyacentes.

1.5. En consecuencia, fotografías no solo de desnudos frontales, sino primeros planos de la vulva de la menor, inciden directamente en la definición normativa de pornografía infantil; donde la finalidad sexual, no sólo resulta de la inferencia autónoma de esas imágenes, sin otra finalidad racionalmente previsible; tanto más, cuando resultan acompañadas a grabaciones donde dos menores con el tronco desnudo, parecen acariciarse o un varón le toca el pecho a una chica; la finalidad primordialmente sexual, desdibuja cualquiera connotación profesional o artística invocada; que aun cuando concurriera en algún modo, no desplazarían en autos ese propósito fundamentalmente sexual.

Finalidad que igualmente resulta ratificada, cuando fotos similares resultan albergadas en páginas web que regenta el acusado con la advertencia: “Aviso legal: Todos los modelos tienen más de 18 años”. De ahí que el criterio diferenciador entre pornografía y arte, no necesariamente excluyentes, resulta ajeno al supuesto de autos; dada la primordial finalidad sexual evidenciada en autos y el descrito concepto normativo de pornografía infantil.

La Directiva de 2011, permite “establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares” (considerando 17). Ninguna finalidad ajena que prevalezca sobre la sexual, por artística o profesionalmente meritoria que sea, resulta en el específico caso de estas imágenes.

Contando con definición normativa, consideraciones de otra índole (artísticas, sociales, culturales, etc.) ya intenten expandir o restringir su ámbito, servirán de complemento interpretativo, pero en modo alguno la sustituyen.

1.6. En cuanto a que dicha tenencia estaba destinada a su posterior difusión, resulta inferencia lógica de la dinámica de actuación del acusado, habida cuenta que era administrador y titular de páginas web de la misma índole, que fotos

muy similares de xxx, tomadas cuando eran mayor de edad fueron difundidas en esas páginas web titularidad y administración del acusado; y que fotos similares tomadas a otras modelos cuando aún eran menores de edad, fueron igualmente difundidas en esas páginas web -vid en el mismo sentido la STS 782/2007, de 3 de octubre-.

2. Delito de abuso sexual (artículos 181 y 182.1 CP, redacción L.O. 15/2003)

2.1. Expone que la sentencia recurrida da por probado que hubo un consentimiento de la modelo, xxx, para acudir a múltiples sesiones fotográficas llevadas a cabo por el acusado, sesiones a las que acudió voluntariamente al menos desde el año 1998 y hasta el año 2006; y las acusaciones, pública y particular, señalaron que durante alguna de las sesiones, la última de la cuales se desarrolla en 2006, el acusado realizó a xxx sin su consentimiento, tocamientos lascivos en el cuerpo, los pechos o la vagina, llegando a introducirle los dedos en la vulva.

Recuerda que el Ministerio Fiscal, al elevar a definitivas sus conclusiones cambió la expresión de “alguna vez en 2006” a “la inmensa mayoría de las sesiones fotográficas en 2006, que la Audiencia no tuvo en consideración para evitar indefensión; pero reprocha que se le condenara por ese único delito de abuso sexual inicialmente recogido en los escritos de acusación, al afirmar su relato creíble destacándose que ella se pusiera tampones higiénicos no teniendo la regla para impedir la introducción de dedos por parte del acusado en sus genitales, pero señalándose a su vez que pese a ello, siguió acudiendo a otras muchas sesiones fotográficas posteriores y recomendando a su propia hermana, ... acudir al estudio fotográfico del acusado, que entiende el recurrente escasamente compatible. Añade como elemento que le resta credibilidad a su relato que con anterioridad a su primer posado con el acusado, presentaba trastornos alimentarios severos por los que tuvo que ser ingresada.

2.2. La jurisprudencia de esta Sala considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia

En definitiva, el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo"; sólo resultará cuestionado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. Si bien, la calidad de todo cuadro de prueba para fundar sobre sus resultados una sentencia de condena no se mide por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno de los datos informativos que arrojan los medios de prueba producidos, sino por el valor integrado de todos ellos. Los valores específicos interactúan conformando la imagen probatoria.

2.3. En autos, el cuestionamiento que realiza el recurrente, no resulta congruente con la prueba practicada; y así el informe pericial que consulta la historia clínica de xxx, constaba tratamiento por trastorno alimentario en Centro de Salud Mental (CSM), pero ya en 2007; y además sin trastorno alguno cuando posteriormente es examinada por psicólogo forense.

Y de otra parte, la variación de la expresión “algunas”, por “la mayoría”, es ya valorada por la Audiencia, sin restar un ápice de credibilidad, aunque en escrupulosa observancia del principio acusatorio, entendiera novedosa tal alteración y concluyera acertadamente o no, la inviabilidad de su ponderación

Mientras que la conclusión de la suficiencia de las manifestaciones de xxx, para vencer el principio de presunción de inocencia del acusado, gozan de absoluta racionalidad y resultan concluyentes sin merma ni salto lógico alguno.

Así expresa que mientras en relación con la obtención de fotografías, xxx demostró con sus propios actos, de manera continuada en el tiempo, que consentía con que el acusado le realizara también el tipo de fotografías, con significación sexual, que obtuvo de ella, resulta diverso acudir voluntariamente a un estudio de un fotógrafo a ser fotografiada de ese modo, y a ser remunerada por ello, a cambio de que el fotógrafo pueda exhibir las imágenes que obtenga y otra bien distinta es consentir que en el transcurso de tales sesiones el fotógrafo toque el cuerpo de la modelo, sus pechos, y le introduzca dedos en sus genitales. xxx declaró que él le daba aceite, que lo hacía de forma natural, que formaba parte de la sesión, que le tocaba para que los pezones estuvieran duros, que le mordía los pezones. Parece, por tanto, que ella vino a asumir que el acusado realizara esas acciones: le diera aceite y le tocara los pezones, pero no cabe efectuar igual deducción con la introducción de dedos en sus genitales. La declaración de xxx en el plenario fue clara y detallada. Es cierto que amplió los hechos e indicó más detalles a lo que manifestó en su declaración sumarial, pero ello no resulta extraño en declaraciones de víctimas de delitos contra la intimidad o libertad sexual, que van siendo conscientes con el paso del tiempo de hechos ocurridos y vencen su pudor o su natural resistencia a relatar hechos de los que fueron víctimas y que les impactaron emocionalmente. Xxx también efectuó la manifestación que nos ocupa al psicólogo forense, con ocasión de ser examinada por el mismo, en la presente causa. Y añade que el hecho de que se pusiera tampones higiénicos, no teniendo la regla, para impedir esa introducción resulta significativo de su falta de consentimiento a que el acusado le metiera los dedos.

Resulta coherente con su manifestación de que mostraba verbalmente su oposición al acusado con esos hechos, como dijo en el plenario. Y esa falta de consentimiento con esa introducción de dedos tuvo que ser captada por el acusado. Insistimos en que no cabe extender el consentimiento de una modelo en ser fotografiada desnuda, incluso mostrando sus genitales, con el consentimiento en que el fotógrafo introduzca dedos en los genitales. Es cierto que la modelo continuaba yendo a las sesiones fotográficas, pero también mostraba su oposición a esos tocamientos, de manera verbal y materialmente, al ponerse un tampón que impidiera o dificultara esa introducción de dedos. Ni pactaron previamente esa introducción de dedos, ni cabe entender que ella consintiera con ello, sino que mostró su oposición a esa práctica, pese a lo cual, el acusado la realizó.

3. Delito de estafa (art. 248.1º CP)

3.1. Recuerda que se le condena como autor de un delito de estafa cometido por el desplazamiento patrimonial efectuado por Doña xxx por valor de 2.000,00 € por la recompra de sus derechos de imagen (contrato de recompra, fechado el 29-01-2013), a cambio de que el acusado eliminase tales imágenes que pudiera haber o estuvieran alojadas en las páginas webs que administraba y a llevar a cabo tal eliminación en la medida de lo posible, en otras webs o publicaciones aunque no dependan de él, comprometiéndose a realizar cuantas actuaciones fuesen necesarias para lograr la eliminación de tales fotos, archivos o videos que pudieran existir.

Condena que se produjo, afirma, pese a que en la medida de sus posibilidades cumplió escrupulosamente con lo acordado en el contrato, pues retiró en el año 2014 tales archivos de las diversas páginas web que él personalmente administraba; y dirigió un correo a la página web Thenude.eu en agosto de 2014 solicitando o pidiendo la retirada del material fotográfico que había sido extraído de sus páginas web concerniente a dicha modelo; y pese a que, añade, envió más dirigidas a otras páginas web no administradas por él, alojadas en lejanos servidores, pero que desgraciadamente no se conservaron. Que no existía

engaño, que carecía de intencionalidad previa de incumplimiento, que fue xxx quien se dirigió a él.

3.2. Invoca el recurrente en este apartado el art. 849.2 LECrim, sin designar documento con acreditación autárquica alguno, obviamente la mera contemplación del contrato sin adición argumentativa alguna, nada dice sobre si ha sido o no cumplido, ni sobre la intencionalidad previa al otorgamiento; y también invoca el art. 849.1 pese a que en su argumentación no respeta los hechos probados, cuando afirman: *El acusado eliminó imágenes de xxx de sus páginas web, pero nada intentó en relación a otras páginas web que también las difundían, salvo dirigir a Thenude.eu un correo electrónico de 27-8-2014...*; sino que cuestiona la valoración probatoria que conduce a ese enunciado; lo que resulta suficiente para desestimar el submotivo.

3.3. Tampoco en sede de presunción de inocencia tendría éxito. Destaca la Audiencia, que en este caso, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de bbb, el acusado no solamente se compromete a eliminar toda clase de soportes que tengan la imagen de la Sra. xxx que pudiera haber en las webs del Sr. Cabezudo y en cualquier otra publicación, exposición, etc. que dependa de él, sino también a hacerlo, en la medida de lo posible en otras webs o publicaciones, aunque no dependan de él, para lo que se compromete a realizar cuantas actuaciones, requerimientos, etc., verbales y escritos sean necesarios a las diferentes webs, publicaciones etc. para la eliminación de las fotos, videos, archivos etc. que pudieran existir; con lo que logra el desplazamiento patrimonial de 2.000 euros que le entrega xxx, pero nada resulta que indique que el acusado hiciera nada para intentar, en la medida de lo posible, como pactaron, retirar esas imágenes de esas otras páginas web que las seguían publicando y xxx y su marido le advertían: sin que conste que hiciera nada para ello, salvo tras varios requerimientos dirigir año y medio después, a Thenude.eu un solo correo electrónico, a 27 de agosto de 2014 y sin que resulte racional que un perito informático que presenta informe a su instancia, de haber mediado algún correo más, no encontrara vestigio o rastro de ellos.

Tal inacción, salvo la retirada de las imágenes en la web que directamente administraba, cuando nada le impedía realizar la actividad (de obra, sin exigencia de resultado) a la que se había comprometido en relación con las demás webs, permite inferir al Tribunal de instancia, que su voluntad de incumplimiento era previa a la firma del contrato, tal como resulta en la modalidad de estafa, conocida como negocio jurídico criminalizado.

Los apartados del motivo relacionados con la persona de D^a xxx se desestiman.

B) Delitos contra la persona de D^a nnn

1. Delito de pornografía infantil en su modalidad de difusión (artículo 189.1 b) CP en su redacción dada por la L.O. 5/2010).

1.1 Recuerda el recurrente que la sentencia da por probado que el acusado tomó fotografías y videos de nnn, siendo esta menor de edad, en las que aparecía desnuda y con exposición de su vulva; que acudió dicha modelo a numerosas sesiones fotográficas y videografías con el acusado, tanto durante su minoría de edad, como con posterioridad a ella, hasta el año 2013; y que el acusado publicó algunas de dichas imágenes en su páginas web de FOTOKOMA y KOKO-ARTCHIVES, además de aparecer publicadas en otras páginas web que no son de su titularidad.

Pero como en el caso de xxx, niega el contenido pornográfico de dichas imágenes, reiterando el argumentario que hemos examinado. Añade que las imágenes fueron tomadas con el consentimiento de la madre de la modelo; que el consentimiento lo fue para la toma de fotos, dada su naturaleza artística y careciendo de un fin primordialmente sexual, sino sensual y estético; que el hecho de que se pueda visualizar el pubis y la vulva de la modelo en alguna de las fotografías obtenidas, no necesariamente elevan las mismas a la categoría de pornográficas por obscena o inmorales,

Admite que el consentimiento prestado por la madre siendo la modelo menor de edad sería nulo en caso de realizarse una actividad pornográfica, pero el consentimiento otorgado por ella y la creencia del fotógrafo de que tanto el consentimiento de la menor como de su tutora legal (su madre) validaban la legalidad de tales fotografías, supondría que nos encontraríamos ante una clara situación de error de prohibición, vencible o invencible, del artículo 14 CP.

1.2. No se discute, ante el abundante acervo probatorio, la existencia de esas fotografías y vídeos de nnn, cuando era menor de edad, en las que aparecía desnuda y con exposición de su pubis y también de su vulva; incluso indica la sentencia recurrida, en las imágenes examinadas, en algunas, se ve una mano de un varón, hurgar en su vulva, en otras le mete un huevo en la vagina y se ve que ella misma –siguiendo las instrucciones del acusado- se mete y se saca un dedo de su vagina. En otro vídeo similar, se aprecian desnudos de nnn, incluyendo su pubis y su vulva, que aparece en primer plano, se ve una mano del acusado hurgar en su vulva, en otras se ve al acusado que le toca y le chupa los pechos y la vulva y le mete algún dedo en su vagina.

Y que también obra una fotografía (documento N) en la que se ve a nnn y a hhh desnudas de pie. Esta pone un brazo sobre el hombro de nnn y una mano en su cintura y nnn pone una mano en la espalda de la primera y su mano; así como otra fotografía (documento P) en la que se ve la cara de la primera de hhh apoyando la barbilla en un pubis femenino y sacando la lengua, que coloca en la vulva; es decir, imágenes en las que ambas se besan, acarician el cuerpo, la vulva y se practican sexo oral.

Tampoco se cuestiona, mediando acreditación por diversas fuentes testificales, documentales y periciales que la publicación de varias de esas imágenes en las páginas web en sus páginas Fotokoma y Koko-Artchives, titularidad del acusado, a las que se podía acceder, previo pago.

1.3. Consecuentemente, tal como resulta de las argumentaciones anteriores en relación con esta conducta típica, que obviamos reiterar, en el caso de la interacción con hhh, con sexo oral e introducción de dedos en la vagina de la

otra; así como desnudos integrales de nnn, con exposición de su vulva, algunas veces en primeros planos, constante minoría de edad, entran de lleno en la definición auténtica de pornografía infantil: representación visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita y representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales.

El consentimiento como indicamos, resulta irrelevante y la alegación del error sobre ese extremo, no se compadece con máxima de experiencia alguna en persona de su formación y en cualquier caso resulta huérfano de cualquier sustento probatorio. Como indica la propia sentencia recurrida, cualquier persona mínimamente informada sabe que está prohibida la utilización de menores para la producción de imágenes pornográficas y no cabe duda de que una persona con la formación del recurrente tuvo que saberlo también; no solo por su formación académica: médico dentista, sino porque se dedicó durante muchos años a la fotografía y obtuvo y difundió en diversos foros imágenes de muchas jóvenes: libros, exposiciones, páginas web, relación con agencias de modelos, como First Models, bien conocida en Gipuzkoa, congresos eróticos, etc.; estaba también en contacto con la Sociedad Fotográfica, tal como lo declararon en el acto del juicio oral testigos que propuso y supo la edad de nnn, porque consta la misma en los contratos que le presentó y que firmaron. Conocimiento que igualmente resulta del archivo encontrado en su ordenador, en el cual se dirige a una tercera persona, con intención de ir a San Petesburgo para sesiones de fotografía de desnudos eróticos para páginas del declarante, con intención de utilizar modelos entre 16 y 22 años, para publicarlas cuando hubieran cumplido los 18; a lo que se añade la nota en su web Fotokoma.com, con el siguiente contenido: “Aviso legal: Todas las modelos tienen más de 18 años”.

2. Delito de agresión sexual (artículos 178 y 179 CP redacción L.O. 15/2003)

2.1. Recuerda que la sentencia declara probada la existencia de un hecho concreto, según la misma, suficientemente puesto de manifiesto en el acto de la vista oral, plasmado en un video, cuyo contenido fue visto parcialmente en dicho

acto, a instancia de la acusación particular, y el resto se acredita mediante el examen llevado a cabo por el Tribunal a quo del material probatorio documental; y que se valora dicho vídeo para llegar a la conclusión jurídica de que el acusado cometió un delito de agresión sexual respecto de doña nnn al haber manifestado ésta su negativa a realizar los actos que el acusado le propuso y que se observan en el video, pero venciendo su resistencia no mediante el anuncio de un mal (amenaza o intimidación) sino mediante el uso de la fuerza por su parte.

Pero disiente de esa valoración, porque en ese momento, nnn era mayor de edad y había firmado múltiples contratos con el acusado para realizar videos o fotografías de naturaleza pornográfica, con su pleno conocimiento y consentimiento, siendo remunerada por ello; de donde concluye que no se trata de una relación sexual “per se” habida con el acusado con el consentimiento previo y expreso de la modelo, sino del rodaje de una película pornográfica donde la modelo acepta desde un primer momento y hasta su final, su participación en el citado rodaje; donde no resulta oposición sino consecuencias propias o derivadas de un acto sexual (el clímax), y en ningún caso siendo víctima de un uso de la fuerza dirigido a doblegar su voluntad en un acto sexual consentido e íntimo, sino en la realización de un trabajo de tipo sexual (rodaje de película pornográfica).

En definitiva, cuestiona la valoración de la resolución recurrida, ya que se trata de un trabajo o encargo profesional pudiendo aceptarse que en un momento dado las acciones de mi mandante pueden no ser del gusto de la modelo, ya sea por la excitación o roce repetido sobre zonas erógenas muy sensibles o por que se ha alcanzado el clímax sexual y la modelo no desea seguir siendo excitada al incomodarle dicha situación, pero en ambas circunstancias, el acto global en sí se halla consentido y pactado previamente como propio de un rodaje, por lo que en ningún momento puede hablarse de un delito de agresión sexual, ya que el hecho aceptado por ambas partes es la introducción del dedo en la vulva y la excitación de la zona erógena femenina, por lo que solo puede hablarse en todo caso de una discrepancia en su ejecución (más fuerte o más suave, más rápido o más despacio, más profundo o no...etc), pero no de un acto dirigido a violentar la libertad sexual de una persona, bien jurídico protegido del

delito de agresión sexual, por lo que no cabe en ningún caso hablar de la comisión del mismo, ya que en este caso la libertad sexual de la modelo no se hallaba comprometida.

2.2. Acreditada la negativa de nnn, la diversa valoración que propone el recurrente, resta fuera de los ámbitos de la fiscalización casacional de la presunción de inocencia; y en cualquier caso, medie contrato o no, manifestada su posición a la relación sexual aunque inicialmente se haya consentido, el hacer caso omiso, con actos de fuerza venciendo la presión física con que nnn intentaba retirarle, por más que fuere el “director” de la filmación y que nnn hubiera consentido con la realización de los actos iniciales de contenido sexual, no desnaturaliza la agresión sexual objeto de condena.

Describen los hechos en congruencia con el contenido del vídeo *que durante la grabación de un vídeo de nnn, estando ella desnuda, tumbada boca arriba en una camilla, el acusado le tocó los pechos, el pubis, le abrió las piernas, acercó su boca a la vulva, metió un dedo en su interior e hizo reiterados y rápidos movimientos circulares con el dedo en el interior de la vulva, momento en el que nnn cerró las piernas y las giró hacia un lado, ante lo que el acusado cogió con una mano la pierna derecha de nnn y se la volvió a situar en su anterior posición: tumbada hacia arriba y con las piernas abiertas, continuando –sin el consentimiento de nnn- con sus movimientos enérgicos en la vulva de ella. Esta se movió e intentó con una mano y después con la otra, retirar las manos del acusado, pero él resistió la presión física de ella y continuó –sin el consentimiento de nnn- hurgando en su vulva. Ella dijo algo y él le contestó “Vete relajando el cuerpo, quiero que haya movimiento”. Tras ello, el acusado continuó tocando el cuerpo de nnn, también en el interior de la vulva, de manera más relajada. Ella llevó una mano y empujó el antebrazo de él, pero él siguió hurgando en la vulva –sin el consentimiento de nnn-, ella insistió y él retiró la mano de la vulva y continuó tocando el pecho de nnn; no se trata una conducta que pudiera dar lugar a confusión sobre la actitud de nnn, tampoco de una manifestación de contrariedad y oposición apenas manifestada y difícilmente perceptible, sino reiterada, cerrando las piernas, intentando con una mano y luego con la otra, empujándole el antebrazo para retirar la del acusado que le hurgaba la vulva; actividad de manifiesta oposición que el acusado resistió y venció, para seguir metiendo el dedo en su vulva.*

La conclusión de la Audiencia es inequívoca, nnn hizo saber al acusado en esas tres ocasiones, su voluntad contraria a que el acusado continuase moviendo su dedo del modo que lo hacía en la vulva de ella, haciendo caso omiso de ello el acusado, que venció por la fuerza la oposición que nnn le mostró también de manera física.

Medió la introducción de dedos en su vagina, en momentos en que nnn se oponía, utilizando el acusado la fuerza para ello, lo que integra el tipo del art. 179 CP.

Los apartados del motivo relacionados con la persona de D^a nnn se desestiman.

C) Delito contra la persona de D^a hhh

1.En este caso, delito de pornografía infantil en su modalidad de difusión [artículo 189.1 b) CP, redacción L.O. 5/2010].

1.1 Cuestiona exclusivamente que las imágenes de hhh que tomó, poseía y subió a las webs de su titularidad y administración, donde el acceso era público previo pago, fuesen “pornográficas”, reiterando los argumentos utilizados en relación a las imágenes de xxx y de nnn.

1.2. Resulta plenamente acreditado por muy diversos medios de prueba que cuando dichas imágenes y vídeos son grabadas por el acusado, hhh era menor de edad y del visionado de las mismas resulta que se encontraba completamente desnuda, mostrando su vulva y que en varias ocasiones conjuntamente con nnn, que posaba de igual modo, una de ellas toca con su mano el pubis, la vulva o el pecho de la otra, se besan, se abrazan y en otras pone una de ellas su boca en el pecho o en la vulva de la otra; y testifical y pericialmente igual resulta acreditado, que el acusado hasta 2014, ofreció al público esas imágenes en sus páginas web Fotokoma.com y Koko-Archives.com, previo pago, así como que conservó tales imágenes en sus

dispositivos informáticos, donde se encontraron en la entrada y registro que se realizó en su domicilio el 5 de agosto 2016.

1.3. Dada la definición normativa de pornografía infantil, pese a las disquisiciones del recurrente, ninguna duda cabe sobre la conclusión objetiva de la sentencia recurrida de que las referidas fotografías y vídeos, se integran perfectamente en la misma, al tratarse de dos menores participando en una conducta sexualmente explícita (bastando en la definición típica que sea simulada, no precisa que sea real); y también por tratarse de representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales.

Añade otra argumentación complementaria la sentencia de instancia, como fue la comprobación de que esas imágenes fueron también albergadas en otras tres páginas web de contenido claramente pornográfico.

2.1. Argumenta también el recurrente que el delito habría prescrito, pues entiende que comenzando la difusión del material referente a hhh en el momento de su toma, en los años 2005- 2006 y alcanzando su mayoría de edad el 17 de julio de 2007, prescribió cinco años después, el 17 de julio de 2012, ya que la querrela no se presentó hasta el año 2017.

2.2. Criterio que no es asumible por la Sala. No se le condena por el delito de elaboración de pornografía infantil, que la Audiencia efectivamente entiende prescrito, sino por un delito de difusión; es decir por propagar, divulgar, en definitiva, poner esas imágenes al alcance de una generalidad de personas.

Y ciertamente, en el caso de su publicación, por ejemplo en prensa escrita o en un libro, es posible que se agote la conducta del autor con su puesta a la venta y sea susceptible de reiteración con una nueva edición o tirada; pero en la publicación a través de la red, de forma paralela a como sucede con los actos de posesión, mientras se mantengan las imágenes a disposición de los diversos usuarios de la red, en constante dominio del administrador de la web, la difusión permanece contrariando de forma constante el ordenamiento. De ahí que, hasta 2014, persiste el ilícito de difusión, que impide que en 2017, hubiere prescrito;

al margen de que la posesión (conducta típica alternativamente prevista), homogénea en cuanto acto preparatorio de aquella, que el legislador decide sancionar del mismo modo, perdura hasta 2016.

Dicho de otro modo, no se trata de un delito instantáneo, sino que se trata de la modalidad de delito denominado permanente, donde a partir de la inicial infracción, su resultado o efectos se prolongan en el tiempo, en tanto el sujeto no realice una acción u omisión que determine el cese del ataque constante al bien jurídico; y consecuentemente la prescripción comienza a contarse, como indica el art. 132.1 párrafo inicial, a partir del día en que se elimina la situación ilícita.

Los apartados del motivo relacionados con la persona de D^a hhh se desestiman.

D) Delito contra la persona de D^a ggg.

1. Igualmente en este caso, la condena es por delito de pornografía infantil en su modalidad de difusión [artículo 189.1 b) CP, redacción L.O. 5/2010].

Y con el mismo argumentario cuestiona que las imágenes de la menor, tomadas en consideración, sean “pornográficas”.

En este caso, resulta acreditado documental, testifical y pericialmente, la existencia de muchas imágenes de ggg tomadas cuando aún era menor de edad, en las que aparece desnuda por completo y mostrando su pubis y su vulva; algunas de ellas en primeros planos del pubis, o de la vulva, sin que aparezca su cara; en otras está sentada, con las piernas abiertas, viéndose la vulva; en otras la modelo se toca los labios vaginales externos con un dedo, se introduce un dedo en la vagina, se abre con una mano los labios internos, otras en las que se introduce parcialmente un objeto en la vagina. Alguna de las cuales, el acusado publicó en su página web Koko-Archives.

De donde ninguna duda cabe, de su condición de pornografía infantil, tanto por mostrar conductas sexualmente explícitas como por mostrar los órganos sexuales de la menor en un contexto y finalidad claramente sexual.

Que resulta también corroborado por actos posteriores, como es que el acusado tomase fotografías a ggg siendo ésta ya mayor de edad de contenido similar a las que tomó siendo menor y, en algunas de ellas aparece también el propio acusado, exhibiendo su pene y en otras agarrando con su mano derecha el pecho derecho de la modelo.

2. También en este caso, argumenta el recurrente su prescripción. Alega que la difusión del material referente a ggg en el momento de su toma, es decir en los años 2004-2005 y alcanzando su mayoría de edad el 18 de noviembre de 2005, prescribió por lo tanto en el 18 de noviembre de 2010 ya que no declaró como testigo hasta el 21 de marzo de 2014 y no se le consideró perjudicada hasta el auto de 1 de marzo 2018.

Tampoco puede compartirse; la difusión en la página web Koko-Artchives.com, administrada y titularidad del recurrente, perduró al menos hasta 2014; de modo que en ningún caso transcurrieron, desde que pudieron computarse con el cese de la situación ilícita, los cinco años necesarios para operar prescripción; e igualmente al margen, como en el caso de hhh, de que la posesión de esas imágenes, conducta típica alternativamente prevista a la difusión, homogénea en cuanto acto preparatorio de aquella, que el legislador decide sancionar del mismo modo, perdura hasta 2016.

Los apartados del motivo relacionados con la persona de D^a ggg se desestiman.

E) Delito contra la persona de D^a fff

Como en los supuestos anteriores el delito objeto de condena es de pornografía infantil en su modalidad de difusión [artículo 189.1 b) CP, redacción L.O. 5/2010].

1. Cuestiona con el mismo argumentario, el carácter pornográfico de las imágenes de fff por las que se le condena, con la precisión, de que sólo le restaban cinco días para alcanzar la mayoría de edad.

La Audiencia de manera pormenorizada describe y detalla todo el acervo probatorio que el permite concluir de modo inequívoco que las imágenes tomadas por el acusado, fueron cuando fff era menor de edad, concretamente en el día 24 de mayo de 2006; y de hecho el recurrente no discute esa circunstancia.

Las fotografías, como documentalmente constata la Audiencia, muestran desnudos frontales integrales, de primeros planos de su vulva y de sus nalgas, mostrando también su vulva. Que conforme hemos ya argumentado, pese a las digresiones del recurrente, colman la definición típica de pornografía infantil.

2. Igualmente afirma la existencia de prescripción, con la misma argumentación de que al comenzar la difusión del material referente a fff en el momento de su toma, es decir en mayo de 2006 y alcanzando su mayoría de edad el 29 de mayo de 2006, prescribió por lo tanto en el 29 de mayo de 2011, pues no interpuso su primera denuncia hasta el 11 de abril de 2012.

Sucede sin embargo, como en los casos anteriores que resulta acreditado que esas imágenes las publicó el acusado y mantuvo su divulgación en sus páginas web Fotokoma y Koko-Artchives.com, al menos hasta marzo de 2013; por lo que de conformidad con las previsiones del art. 132.1, el plazo de prescripción no empezó a correr hasta que cesó la difusión, data esa posterior a la inicial denuncia y por ende de imposible trascurso de plazo alguno.

Los apartados del motivo relacionados con la persona de D^a fff se desestiman.

F) Delito contra la persona de D^a. kkk.

1. En este caso el delito es de pornografía infantil en su modalidad de elaboración [artículo 189.1 a) CP, redacción L.O. 15/2003]; y el recurrente cuestiona la conceptualización pornográfica de las imágenes tomadas en consideración para la condena; y destaca la aquiescencia de kkk y de su madre y la incidencia de este consentimiento, en la causación del error sobre la edad de la menor.

2. No discutido ahora, tras condena por falsedad, al presentar contratos con la fecha alterada, que las imágenes y vídeo considerados pornográficos fueron obtenidos por el acusado siendo kkk menor de edad, cuestiona al igual que en los supuestos anteriores, esa conceptualización pornográfica.

Documentalmente justificado, esas imágenes muestran a kkk completamente desnuda, obteniendo el acusado primeros planos fotográficos de sus pechos y de su vulva y, al menos, una sesión videográfica en la que el acusado le daba masaje por todo el cuerpo y le manoseaba reiteradamente los pechos y las nalgas; material destinado, como resulta de los contratos de cesión de imagen con kkk y su madre, a sus páginas web Fotokoma y KokoArtchives, como efectivamente hizo, ofertándolas a los usuarios de la red, con acceso público, previo pago.

Consecuencia, del concepto normativo de pornografía infantil, tales imágenes de la menor, de obvio contenido y finalidad sexual, colman esa categorización.

Además, también aquí corrobora esa conclusión que desde esas páginas, fueron tomadas y publicadas en otras páginas web, de patente contenido pornográfico, como Thenude.eu y Wichpornstar.com, al menos, hasta julio de 2015.

3. En cuanto al error de prohibición, su apreciación no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener, desde un punto de vista objetivo (STS 811/2022, de 11 de octubre) y en autos, nada avala su existencia. Hemos dicho que el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia

de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la concreta respuesta del ordenamiento a su forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito, ni, menos aún, el conocimiento de la posible sanción penal; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (SSTS 41/2003, de 26 de enero; 302/2003, de 27 de febrero; ó 1171/1997, de 29 de septiembre).

Los apartados del motivo relacionados con la persona de D^a kkk se desestiman.

G) Delito contra la persona de D^a. bbb

En relación a bbb, el delito por el que resulta condenado el acusado es de estafa del art. 248.1 CP, por el desplazamiento patrimonial de 700 euros instrumentalizado a través de un contrato datado el 22 de noviembre 2011, de reversión de la cesión de los derechos de imagen de aquella.

1. Alega, como en el caso de xxx que no medió engaño previo; que fue doña bbb, a través de su abogado, la que se dirigió al acusado para suscribir dicho contrato de recompra de sus derechos de imagen, accedió y en la medida de sus posibilidades, una vez percibido el dinero, como también lo acordaron, retiró tales imágenes de las páginas web administradas por él, paginas por las que efectivamente cobraba un precio por acceder a ellas, cumpliendo con lo acordado; y también envió un correo remitido a la página web Thenude.eu en agosto de 2014, pero sin conseguirlo ya que dicho material alojado en páginas web sitas en servidores que se hallan en países extranjeros muy alejados del Derecho de la Unión Europea, hace que devenga totalmente inviable proceder a su eliminación, salvo que se cuente con la voluntad expresa de los administradores de las mismas; y también menciona en su favor las

manifestaciones que realizó el perito que informó a su instancia, Don Andoni Serrano.

2. En su valoración probatoria, la Audiencia, no sólo tiene en cuenta los amplios términos que contenía el contrato, sino que realiza una interpretación restrictiva de la voluntad concordante de las partes:

[...] previsiblemente por una deficiente intervención del abogado –carecemos de datos para apreciar la existencia de mala fe en ninguno de los intervinientes- el contrato firmado no plasmó literalmente aquello en lo que sí había conformidad entre las partes: el compromiso del acusado de retirar las fotografías de sus webs y de dirigirse a otras webs requiriéndoles para su retirada.

Sería temerario que el acusado se hubiera obligado en los términos literales del contrato que recibió, pero que no firmó, puesto que no estaba en sus manos el poder de retirar contenidos de otras páginas webs. Seguía siendo titular del derecho a la propiedad intelectual de las fotografías que obtuvo y, por tanto, del derecho a que se exhibieran o no las mismas. Jurídicamente, por tanto, los titulares de otras páginas web deberían atender a la voluntad que él les comunicara de que no publicaran esas fotografías (en este caso, las que obtuvo de bbb), pero difícilmente podía obligarse a más. La realidad enseña –también la tramitación de la presente causa- que esos otros titulares –situados en cualquier parte del mundo, algunos de ellos en lugares bien alejados y poco relacionados con España y con escaso o nulo respeto a las autoridades y a los derechos de otras personas- en ocasiones no son localizados siquiera o hacen caso omiso a los legítimos requerimientos de retirada de imágenes que exhiben ilícitamente.

Previsiblemente ello originó la diferenciación que el acusado comunicó al abogado en el correo de 25-10-2011 y la coletilla que escribió en el contrato escrito firmado por bbb que recibió. Lo que ocurre es que, tras la conformidad que mostró en su correo de 18-11-2011 con el borrador de contrato, bbb

le realizó la transferencia del dinero acordado. Los actos previos y posteriores de bbb muestran su confianza en que el acusado se obligaba a retirar sus fotografías de todo internet, mientras que los actos previos y posteriores del acusado muestran que su voluntad era obligarse solamente en los términos que hemos expresado: a retirar las fotografías de bbb de sus webs y a dirigirse a otras webs donde se publicaran fotografías de bbb, instándoles a su retirada, como legítimo titular del derecho de propiedad intelectual de las mismas. Interpretaremos de este modo el contrato acordado por bbb y el acusado.

Pero a continuación constata que si bien retira las imágenes de bbb de sus webs, en relación a Thenude.eu, Erofullsets y Wichpornstar, pese al compromiso que dice contraer, se limitó a un solo y sencillo correo a la primera solicitando la retirada de sus imágenes, tres años después de celebrado el contrato y tras múltiples requerimientos de bbb, lo que le permite racionalmente a la Audiencia concluir que su voluntad de no cumplir ese aspecto del contrato, es previa al perfeccionamiento del contrato, de modo que hubo engaño por su parte, previo al desplazamiento patrimonial, sin el cual no se habría producido. Destaca igualmente la Audiencia, que no consta como impedimento sobrevenido para actuar en pro de la eliminación de las fotografías de bbb, como titular del derecho de imagen cuando se extraen de su web para albergarlas en otras páginas de contenido pornográfico; y que tampoco tiene credibilidad en sus afirmaciones, un perito informático, cuando no logra aportar vestigios de correos que aparte del referido, hubiera dirigido el acusado en ejecución de los compromisos adquiridos en el contrato de recompra de los derechos de imagen.

Los apartados del motivo relacionados con la persona de bbb, se desestiman.

II.- Recuso de las acusaciones particulares

SEGUNDO.- Como anticipamos también recurren trece de las acusaciones particulares, que si bien lo hacen en escritos individualizados, tienen una misma representación y dirección letrada, que conduce en ocasiones a una reiteración en cada uno de los trece recursos interpuestos, exacta en el caso del primer motivo formulado en todos y cada uno de ellos, por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad del art. 24 CE.

1. Argumenta literalmente en cada uno de los trece recursos, tras definición de este derecho constitucional y cita de la STC 134/2008, de 23 de octubre:

[...] si revisamos el Sumario completo de este ya tristemente conocido como Caso Kote Cabezudo y analizamos el Juicio Oral, sólo podemos constatar que las víctimas llevan casi una década sufriendo la constante arbitrariedad judicial hasta ya no soportarlo más. Durante más de cinco años tuvieron que sufrir las constantes resoluciones no ajustadas a Derecho de la Instructora Ana Isabel Pérez Asenjo en protección de Kote Cabezudo. Y sólo la presión social ejercida por un vídeo viral en redes sociales el pasado 8 de marzo de 2018 consiguió que esta señora fuera definitivamente apartada de la causa por la admisión a trámite de la enésima querrela contra ella por omisión de su deber de perseguir los delitos de Kote Cabezudo.

Ya en la fase de Juicio Oral han tenido que sufrir las víctimas igualmente arbitrariedades judiciales y quebrantamientos de forma, constitutivos de flagrante causa de nulidad que conllevarían caso de ser aquí alegadas y prosperar, la necesaria repetición del Juicio. Pero ninguna de ellas está ya dispuesta a que los Jueces les hagan tener que volver a pasar por ese calvario de seguir reviviendo una y otra y otra vez lo que Kote Cabezudo hizo con ellas. Lo que en todo este tiempo no consiguió el condenado en Sentencias firmes por sus coacciones a las víctimas, sus obstrucciones a la justicia y sus desobediencias graves a la autoridad judicial, lo han conseguido los Magistrados de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa: quebrar a las víctimas hasta el punto de que renuncien a ejercitar sus derechos si ello conlleva tener que repetir el calvario del Juicio Oral. El escándalo de protección judicial a Kote Cabezudo ha alcanzado tal dimensión que hasta una plataforma como Disney+ está elaborando una serie documental para sacar a la luz lo que este caso esconde (<https://www.diariovasco.com/culturas/tv/disney-serie-fotografo-kote-cabezudo-20211201221500-nt.html>).

Las razones para la arbitrariedad de los Magistrados Augusto Maeso, María José Barbarín y Ana Isabel Moreno que formaron el Tribunal de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que dictó la Sentencia que aquí se recurre, se han ido poniendo de manifiesto a lo largo de la Instrucción de la causa. En concreto en la pieza separada POT 30/2018 seguida en Instrucción 4 de San Sebastián asistimos a la declaración testifical de Don Antonio Massé el pasado 27 de abril de 2018, abogado donostiarra con más de 40 años de ejercicio, que narra como su socio Don José Luis Yarza Amondaráin, marido de la Magistrada Yolanda Domeño Nieto, presidenta de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, observaba escondido en el estudio de Kote Cabezudo como éste penetraba a las

chicas candidatas a modelo, llegando a dejarle participar de tales actos sexuales. De igual modo narró como se organizaban en el domicilio de Victor Bravo Durán, jefe de la Hacienda Foral de Guipúzcoa, fiestas para adultos a las que Kote Cabezudo "llevaba chicas" y donde concurría la Magistrada Yolanda Domeño Nieto además de otras personalidades relevantes de la sociedad donostiarra.

Del propio Antonio Massé surge el nombre de la también Magistrada y vocal del Consejo General del Poder Judicial recientemente fallecida, Victoria Cinto Lapuente, incluida en un organigrama relativo a las actividades de Kote Cabezudo que le exhibió al letrado que suscribe.

Y tenemos que los colegas y amigos íntimos de las Magistradas señaladas (véase el escrito de los Magistrados Augusto Maeso y María José Barbarín absteniéndose por amistad íntima con Cinto, incluidos en el Documento nº1 que se refiere más adelante), resultan los encargados de juzgar a Kote Cabezudo. Y el resultado es una Sentencia manifiestamente arbitraria con el fin de blanquear la actividad criminal de Kote Cabezudo para que la eventual aparición de nuevas víctimas nunca pueda salpicar de ninguna manera a sus compañeras Magistradas o a alguno de los otros poderosos participantes en las actividades de Kote Cabezudo. Y la forma de hacerlo es dictando una sentencia que, contra todo el arsenal probatorio existente, construya un relato consistente en que ninguna chica era engañada por Kote Cabezudo, ni forzada a nada, ni amenazada, ni hacía nada que no quisiera hacer. Algo absolutamente demencial para cualquiera que haya asistido al Juicio Oral tal y como se acreditará más adelante.

Demostrar que un Tribunal retuerce dolosamente el Derecho para dictar resoluciones arbitrarias resulta francamente difícil porque habría que tener idénticos supuestos de hecho en los que los mismos Magistrados resolvieran a conveniencia una cosa y la contraria en función de su voluntad. Pero ha sido tal la soberbia y la falta de pudor de Augusto Maeso y Ana Isabel Moreno que exactamente eso es lo que hicieron en relación a una recusación solicitada por la acusación particular respecto de Ana Isabel Pérez Asenjo y una abstención solicitada por María Victoria Cinto, que estos Magistrados resolvieron consecutivamente en un sentido y el contrario permitiéndose además amenazar al letrado que suscribe. El 15 de mayo de 2019 María Victoria Cinto pide abstenerse de resolver una apelación porque tiene interpuesta querrela contra el letrado de las víctimas de Kote Cabezudo. El 19 de junio de 2019 el letrado de las víctimas de Kote Cabezudo solicita la recusación

de Ana Isabel Pérez Asenjo porque ésta le tiene puesta una demanda. Pues bien, para la petición de su colega Victoria Cinto, Augusto Maeso y Ana Isabel Moreno acuerdan la abstención porque: *“resulta justificada la decisión de abstenerse, que disipa cualquier recelo sobre la independencia y neutralidad del órgano encargado de la decisión del asunto”*. Sin embargo cuando la idéntica causa la alega contra otra colega suya el letrado de las víctimas de Kote Cabezudo entonces Augusto Maeso y Ana Isabel Moreno acuerdan denegar la recusación porque: *“el firmante del escrito confunde la figura del letrado con la de la parte. Esta es quien ocupa la situación activa o pasiva en el proceso y aquél es el técnico jurídico que le defiende en el proceso. El artículo 219 LOPJ, cuando regula las causas de abstención y recusación, distingue claramente entre las partes y los letrados o procuradores de cualquiera de las partes”*. Y terminan amenazando al letrado que suscribe con multarle por temeridad procesal si insiste. Treinta y cuatro días de diferencia en el planteamiento que se le hace a estos Magistrados de la misma idéntica cuestión. Y sin atisbo de rubor interpretan la Ley a la carta para complacer a sus dos colegas Cinto Lapuente y Pérez Asenjo que respectivamente una no quiere saber nada de un asunto y la otra no quiere que la saquen del asunto. Si lo pide su amiga íntima Victoria Cinto, entonces está justificada la abstención aunque el letrado no sea la parte. Pero si lo pide el letrado, entonces es que el letrado es tonto y confunde la figura del letrado con la parte. Y ojito con insistir que te multamos por temerario (se adjunta la prueba de arbitrariedad manifiesta del Tribunal como DOCUMENTO nº1). ¡Qué sonrojo y qué tristeza en las manos en las que han tenido que estar las víctimas de Kote Cabezudo durante toda una década!

Pero las impúdicas demostraciones de arbitrariedad del Tribunal juzgador no acaban en hechos de evidente esencia prevaricadora como los descritos anteriormente, no. El presidente del Tribunal Augusto Maeso Ventureira sin darse cuenta de que su micrófono permanece abierto, con ocasión de una deliberación en Sala, se permite el lujo de soltar una rajada indecente del letrado de las víctimas de Kote Cabezudo. El letrado que suscribe con amparo en la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima solicitó que las víctimas pudieran declarar a puerta cerrada, un derecho que les asiste a ellas y que es su entera decisión. Pues bien, Augusto Maeso vuelve a retratarse con las siguientes palabras que creía que nadie escuchaba: *«Tiene cojones... Que el que está todo el día en los medios, dando ruedas de prensa y canutazos diga que les perjudica ahora a las víctimas que estén todo el día en los medios de comunicación... ¡Tiene cojones!»*

De nuevo una sonrojante doble vara de medir. Mientras que el Tribunal, en la persona de su presidente Augusto Maeso, se encarga de manera insólita de proteger la imagen del violador prohibiendo que se tome fotografía o vídeo algunos del acusado durante todo el Juicio Oral, al mismo tiempo se escandaliza de que las víctimas quieran hacer valer sus derechos a ese respecto y se permiten despotricar de su abogado cobardemente cuando creen que no son escuchados.

La arbitrariedad del Tribunal finalmente se aprecia en la denegación interesada que hacen de aquellos medios de prueba propuestos por la acusación particular que apuntan a la protección institucional y judicial de la que ha gozado Kote Cabezudo y que eran pieza esencial para entender el sometimiento de sus víctimas que claramente se daban cuenta de que estaban frente a alguien intocable y que podría ejecutar sus amenazas contra ellas desde la completa impunidad. Y así el Tribunal rechaza que la pieza separada POT 30/2018 y que el testigo Antonio Massé entre otros, sean admitidos como prueba; justamente aquellas pruebas que implicaban a sus amigas íntimas Victoria Cinto Lapuente y Yolanda Domeño Nieto y que constituían los claros indicios de la protección institucional y judicial del acusado.

Capítulo aparte merece la insólita denegación del testimonio de Doña Maialen Mateos, quien dirige un escrito a la Sala (sello de entrada el 17 de marzo de 2022 según consta en las actuaciones) solicitando le sea tomada declaración al haber presenciado en persona las violaciones de las que fue objeto la víctima y acusadora particular Doña nnn. Tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal reclaman que dicha testifical se acuerde al amparo del art. 729 LECrim. El Tribunal por boca de Augusto Maeso argumenta lo siguiente para denegar la prueba: ***“El Tribunal no considera necesaria la práctica de esta prueba, tampoco a los efectos del número tres, de valorar la credibilidad del testimonio de nnn porque contamos ya en este momento procesal no solamente con su declaración, sino también con otros testimonios que se han vertido en relación a ella y con prueba documental muy abundante ya al respecto.”*** (Sesión del 23 de marzo de 2022. Video nº 51. Min 00:21-04:23).

Y tras semejante argumentación, dictan posteriormente sentencia declarando que no se acreditan probadas las violaciones sobre nnn porque su testimonio no merece credibilidad. Tenían una testigo que había sido inicialmente propuesta por la defensa de Kote Cabezudo, que había compartido sesiones con nnn y que

dirigiendo un escrito al Tribunal manifestó su deseo de declarar sobre las violaciones que Kote Cabezudo cometió sobre nnn **en su presencia**. Y nos encontramos con que el Tribunal arbitrariamente la deniega, según dicen “*por no considerarla necesaria*”. La Sentencia demuestra que la denegaron para que el testimonio de Maialen Mateos no les arruinara la absolución que ya tenían decidida de antemano para Kote Cabezudo. Y la realidad es que si al momento de dirigir Maialen Mateos su escrito a la Sala, ésta se estaba decantando por la falta de credibilidad de nnn, el testimonio no solo era necesario, sino imprescindible para no vulnerar con una arbitrariedad injustificable el derecho de defensa y de acceso a la prueba de nnn. Pero claro, mejor no escucharla, no sea que tras su testimonio tengamos que condenar a Kote Cabezudo. La ignominia de los órganos judiciales para con las víctimas de Kote Cabezudo ha resultado escandalosa de principio a fin en este proceso.

Y como resultado, los Jueces han conseguido lo que no consiguió Kote Cabezudo: quebrar a las víctimas. Víctimas que, aun conscientes de que la denegación de la testifical de Maialen Mateos supone un gravísimo motivo de casación por quebrantamiento de forma, que estimado supondría la nulidad y repetición del Juicio Oral, después de una década de lucha contra su violador y contra la Justicia que le ha protegido, ya no soportan más. No están dispuestas a volver a pasar por el calvario de revictimización que supondría una repetición del Juicio. Y le han pedido tanto a su letrado como al Ministerio Fiscal que renuncien a combatir la denegación de la prueba propuesta para evitar tener que revivir otra vez más el infierno sufrido a manos de Kote Cabezudo.

En cualquier caso, la arbitrariedad en la que incurre la Audiencia Provincial de Guipúzcoa al dictar la Sentencia que aquí se impugna, sí debe conducir a la corrección por parte del Tribunal Supremo a los efectos de que la Sentencia sea debidamente enmendada. Los antecedentes hasta aquí reflejados muestran a un Tribunal que carece de toda imparcialidad y en cuanto a la arbitrariedad de la resolución dictada lo ya expuesto se ve complementado por el segundo motivo de casación relativo al error en la valoración de la prueba. Error que proviene de la arbitrariedad de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa y que analizamos a continuación.

2. Es decir, además de afirmar la actuación arbitraria de la Juez Instructora, aunque a su vez indica que resultó apartada de la causa como consecuencia de

ser querellada; esencialmente cuestiona la imparcialidad del Tribunal a quo, al atribuirle una conducta prácticamente prevaricadora, por las arbitrariedades cometidas en el juicio oral, con la mira de favorecer al investigado, por razón de la amistad íntima de tales Magistrados, con una cuarta Magistrada esposa de un Letrado que participaba en los abusos del acusado y también acudía con su esposa y otras personalidades relevantes de la sociedad donostiarra, en fiestas para adultos en casa de un Jefe de Hacienda Foral, en las que el acusado “llevaba chicas”; lo que condujo a una sentencia con un relato en el que ninguna chica era engañada, ni forzada a nada, ni amenazada, lo que es absolutamente demencial para cualquiera que haya presenciado el juicio.

En definitiva, un relato de nula incidencia en esta fase casacional; recurso técnico con cauces que obligan a utilizar en su trascurso, los medios normativamente previstos.

Añade como manifestaciones de esa arbitrariedad, el diverso pronunciamiento sobre una recusación y una abstención que afirma de igual contenido; el comentario bajo la creencia de que el micrófono se encontraba cerrado, de uno de los Magistrados, cuando el Letrado solicitó que la vista fuera a puerta cerrada; y la denegación a que declararan como testigos Antonio Massé que implicaba a magistradas y Maialen Mateos que afirmaba haber presenciado las violaciones sufridas por nnn, cuya declaración no se estimó necesaria por el Tribunal, para resolver luego que no se estiman probadas esas violaciones porque el testimonio de nnn no merece credibilidad.

3. Impugna este motivo el Ministerio Fiscal, en cuanto a) en ningún momento anterior cuestionó el recurrente la imparcialidad de la Sala, conociendo entonces alguno de los hechos que denuncia; haciéndolo tras ver la sentencia, que no asume en todo, su petición de condena; b) la tacha de parcialidad por amiguismo del Tribunal con magistradas, autoridades y otras personas cercanas al procesado es una mera estimación que existe en la mente de la recurrente, pero que no está avalada por datos objetivos de los que pueda deducirse su existencia; y c) nos encontramos con una sentencia modélica en su fundamentación fáctica y jurídica, no hallando atisbo alguno de arbitrariedad,

condenando al acusado a penas que suman un total de 28 años y 2 meses de prisión, que queda reducido a 20 años por aplicación del art. 76 CP; es decir, el mismo límite que tendría de haber sido condenado por los otros delitos imputados, naturalmente, de haberse dado el caso, con la salvedad del art. 78, que es de apreciación facultativa; por lo que no hay indicio alguno que nos haga recelar de indebida benevolencia.

4. Efectivamente, la tempestividad de la tacha de parcialidad resulta esencial en su formulación.

Expresa esta Sala con reiteración y así la STS 1002/2022, de 23 de diciembre la exigencia de que la recusación de un Juez o Tribunal debe formularse tan pronto como se conozca su causa.

Así lo dispone de forma expresa el art. 223 LOPJ al establecer que se inadmitirán las recusaciones cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del Juez o Magistrado a recusar si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél, precepto que complementa el art. 56 LECrim, que igualmente previene que la recusación deberá proponerse tan luego se tenga conocimiento en la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite (SSTS 132/2007, de 16 de febrero, 600/2012, de 12 de julio; 79/2014, de 18 de febrero; 259/2015, de 30 de abril; 605/2017, de 5 de septiembre; 848/2017, de 22 de diciembre, entre otras muchas).

La rigidez de este planteamiento tiene por finalidad evitar los demoledores efectos de diversa índole que provoca la anulación de un juicio y su reiteración, ya que es obvio que un segundo juicio nunca se produce en las originales condiciones del primero, de ahí que el Legislador condicione la viabilidad de toda recusación a que su formulación sea temporánea. Además, quien, sabiendo de una causa de abstención o recusación no la denuncia, una de dos, o no le da importancia o asume reflexivamente sus consecuencias. Y una razón adicional en refuerzo de este criterio legislativo es que la administración de justicia no puede quedar al capricho o al eventual cálculo de los implicados, ni

a merced de sus intereses (SSTS 583/2017, de 29 de julio y 518/2019, de 29 de octubre).

De manera complementaria la STS 1013/2022, de 12 de enero de 2013, con cita de las SSTS 155/2021, de 23 de febrero; y 876/2012, de 24 de octubre, advierte que el art. 852 no puede convertirse en un fácil expediente para burlar los requisitos de los motivos de casación por quebrantamiento de forma (STS 430/2000, de 17 de marzo). La invocación del art. 852 en lugar del art. 851.6º no permite a la parte escapar de los condicionantes de este precepto. Si fuese así, sobraba el art. 851 y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851: siempre cabría canalizar esas quejas por la vía del art. 852 sin necesidad de requisito adicional alguno. Es inadmisibile un planteamiento tardío y *per saltum* de la cuestión de la imparcialidad objetiva del Tribunal cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado (SSTS 1288/2002, de 9 de julio o 1431/2003, de 1 de noviembre). La falta de imparcialidad objetiva por la adopción de previas decisiones que puedan ensombrecer no solo la capacidad de resolver sin prejuicios sino incluso la apariencia de imparcialidad ha de ser tratada como una causa de recusación reconducible al art. 219.11ª LOPJ. La relevancia que otorga la ley a la interposición tempestiva del incidente de recusación no es un simple tributo al buen orden procesal o a la agilidad. Detrás se detectan razones de más calado: salir al paso de estrategias procesales teñidas de fraude como el reservarse esa posible "baza" para blandirla solo en el caso de que el resultado de la sentencia no sea conforme con los propios intereses. De esa forma se obtendría siempre una doble posibilidad de que prosperen las propias pretensiones. Si la primera sentencia dictada no se acomoda a esos intereses se conseguirá su anulación arguyendo la falta de imparcialidad, y se logrará otro enjuiciamiento ante un órgano distinto. En este caso incluso se ha esperado más aún: se logra la anulación de la primera sentencia por falta de motivación y, ahora, se quiere la anulación de la segunda sentencia ¡y del enjuiciamiento!, lo que antes ni siquiera se había sugerido. Esa actitud o resulta desidiosa, o es en definitiva la prueba de que en realidad no se albergaron dudas nunca sobre esa imparcialidad objetiva que solo es rescatada como argumento retórico ante la necesidad legítima de combatir la condena con todos los argumentos imaginables. El art. 851.6º exige para que se pueda

mantener viva una eventual queja por falta de imparcialidad del Tribunal que se haya intentado previamente la recusación en tiempo y forma. No es factible mantener oculta esa "carta" (valga la expresión por lo que tiene de plasticidad), para exhibirla solo en el caso de que la resolución del Tribunal no se ajuste a los propios intereses (vid. STC 229/2003, de 18 de diciembre y STS 578/2012, de 26 de junio)

En esa misma dirección se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, señalando otros argumentos de relevancia para justificar la necesidad de que la recusación del tribunal o de alguno de sus miembros sea formulada de forma tempestiva.

En la STS STC 140/2004, de 13 de septiembre, por citar un ejemplo de esa línea jurisprudencial, con cita del 112/1991, de 12 de abril, se expone que "(...) no cabe olvidar que las garantías establecidas en el art. 24 CE son aplicables a todas las partes en el proceso y que, de admitirse ahora la infracción denunciada -la del derecho al Juez imparcial formulada por quien tuvo ocasión de recusar-, resultarían lesionados los derechos de la otra parte que, una vez obtenida resolución favorable a sus intereses, se vería privada de la misma por una causa que pudo en su caso ser corregida durante la tramitación del proceso y que no fue alegada hasta conocerse el resultado del mismo". Argumenta también el alto tribunal que "desde la perspectiva del derecho fundamental que nos ocupa, la concurrencia de una causa de recusación no concede, pues, a la parte que cuestiona la imparcialidad de un Tribunal la facultad alternativa de optar libremente entre, de un lado, la iniciación del correspondiente incidente haciéndola valer de modo preventivo para apartar al Juez sospechoso del conocimiento del asunto y, de otro, la promoción de la anulación de la sentencia o resolución en la que haya intervenido el juzgador presuntamente parcial, una vez dictada ésta. Esta última posibilidad sólo puede tener acogida, no como ejercicio del derecho a recusar sino, por el contrario, precisamente como remedio posterior de su previa vulneración a consecuencia de haberse impedido a la parte el ejercicio temporáneo del mismo (...)"

Más recientemente, con cita de la anterior, la STC 144/2022, de 15 de noviembre, añade la adecuación del incidente de recusación como remedio

efectivo a la luz del art. 13 CEDH, porque ofrece al justiciable la posibilidad de obtener el examen de una queja defendible basada el Convenio (SSTEDH de 27 de abril de 1988, asunto *Boyle y Rice c. Reino Unido*, § 52; de 21 de febrero de 1990, asunto *Powell y Rayner c. Reino Unido*, § 31, y de 21 de enero de 2011, asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, § 288) y, eventualmente, la reparación adecuada; para concluir “la exigencia de interponer la recusación lleva aparejada la carga de impugnar con premura la idoneidad subjetiva de quien sea juzgador, limitándose, o excluyéndose “la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación cuando esta se dirija, no ya a apartar al *iudex suspectus* del conocimiento del proceso, sino a anular lo ya decidido definitivamente por él. Precisamente por ello el art. 223.1 LOPJ requiere, por razones inmanentes al proceso mismo en el que se trata de hacer valer el derecho a la imparcialidad judicial, un obrar diligente de la parte a la hora de plantear la recusación, so pena de verse impedida para hacer valer la causa de recusación como causa de nulidad de la sentencia. Existen, pues, poderosas razones para impedir que la alegación de las causas de recusación que traducen dudas sobre la imparcialidad subjetiva de un tribunal se exteriorice una vez conocida la resolución final del proceso desfavorable a los intereses de la parte, cuando esta abrigaba tales dudas con anterioridad a que se emitiera el fallo” [STC 184/2021, de 28 de octubre, FJ 6 e); en el mismo sentido SSTC 122/2021, de 2 de junio, FJ 7, y 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5].

5. Además, la imparcialidad judicial se presume (por todas, STC 46/2022, de 24 de marzo); “aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes [...], no basta con que tales dudas o sospechas sobre [la] imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Y en autos nada resulta acreditado sobre la amistad alegada, que ni siquiera se expresa que sea “íntima”, como exige la norma; que además la refiere exclusivamente con las partes.

En cuanto al caso referenciado de la testifical denegada en relación con nnn (que había sido presentada por la defensa, no por la acusación), no es la falta de credibilidad de nnn sobre la existencia de relaciones sexuales con el acusado, la que conduce a las conclusiones de la Audiencia, se admite la existencia de las mismas, incluso se concluye con una condena por agresión sexual; sino que deriva de la observancia del principio acusatorio que posibilite el derecho de defensa, frente a la tardía determinación de la fecha en que por primera vez mantuvo relaciones con el acusado. Ciertamente sí se pondera la declaración en relación a la intimidación afirmada por el uso que podría hacerse del material fotográfico que el acusado poseía de ella, pero esa cuestión, común a todas las acusaciones particulares, no resulta exteriorizada en el momento de las relaciones que la testigo hubiera presenciado; en todo caso, cuestión objeto del siguiente motivo, con el que lo concatena el recurrente.

Por último, la expresión del Magistrado aludiendo o manifestando su malestar con la sobreexposición mediática del proceso, en nada incide en apariencia de parcialidad alguna.

Es decir, no se formuló tempestiva y en forma procesal adecuada, la existencia de causa de recusación; resulta además sin sustento probatorio alguno; y los incidentes procesales alegados en corroboración periférica como manifestación de la parcialidad del Tribunal, tampoco avalan su existencia.

6. Las propias acusaciones particulares, al realizar alegaciones a la impugnación del Ministerio Fiscal, igualmente en catorce escritos, pero de idéntico contenido en este particular, se muestran “plenamente de acuerdo con el Ministerio Fiscal en que el motivo no puede prosperar”; que “todo lo que alega el representante del Ministerio Público que debiera haberse hecho para que pudiera estimarse la arbitrariedad es cierto”; “como es igualmente cierto que si

se estimara la arbitrariedad del Tribunal, la única salida posible sería la repetición del Juicio”.

Para enfatizar a continuación, el vía crucis judicial de las recurrentes, tras nueve larguísimos años de proceso, tras ser revictimizadas hasta la saciedad, donde lo único a lo que ya no están dispuestas es a tener que repetir el calvario de juicio que tuvieron que sufrir; de modo que su mandatario causídico recibió orden expresa de no ejercitar ninguna acción legal que pudiera suponer la repetición del Juicio; reprochar de nuevo la existencia de groseras arbitrariedades en la necesaria contextualización de la parcial, irracional y arbitraria valoración de la prueba llevada a cabo después; y tras concluir con un desahogo, sobre la justicia tardía y la injusticia sufrida. .

7. Conscientemente, de conformidad con la naturaleza normativa del recurso de casación al que debemos atenernos, el primer motivo formulado por todas las acusaciones particulares, dada la manifiesta insuficiencia de su motivación a los fines casacionales, se desestima; tanto más cuando expresan que no desean la repetición del juicio.

TERCERO.- El segundo motivo de todas las acusaciones particulares (con la única excepción de ggg) se formula por error en la valoración de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECrim.

1. Aunque en realidad en todos y cada uno de ellos, lo que argumenta es la credibilidad de la víctima, que afirma en relación a cada una de las trece recurrentes, suficiente para destruir la presunción de inocencia del acusado, en relación con los delitos objeto de acusación por los que ha resultado absuelto; y ello sin atención al propio contenido de la norma, que exige que el error esté “basado en *documentos* que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”; y además, sin haber relazado la expresa y concreta designación, cuya omisión contempla el art. 884.6º LECrim, como causa de inadmisión, que en este momento procesal, integrar causa de desestimación.

2. Pero sucede que los pronunciamientos que se recurren son absolutorios, donde concorde la jurisprudencia constitucional y del TEDH no es dable condenar en virtud de recurso tras un pronunciamiento absolutorio, ni siquiera agravar la pena del acusado, trocando la valoración probatoria o cambiando el apartado fáctico de la resolución recurrida, sin haber practicado prueba alguna y sin oír a los acusados (SSTEDH recaídas en los asuntos *Lacadena Calero*, *Valbuena Redondo*, *Serrano Contreras*, *Vilanova*, *Nieto Macero*, *Román Zurdo*, *Sainz Casla*, *Porcel Terribas*, *Gómez Olmeda*, *Atutxa*, etc.); y esa consideración intangible del relato de hechos probados la extiende también en estos supuestos, a las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual (STEDH *Almenara Álvarez c España*, de 25 de octubre de 2011, §49) contenidos en la fundamentación de la resolución (STS 340/2021, de 23 de abril; o 586/2021, de 1 de julio); así como a la inferencia sobre los elementos subjetivos (STEDH, caso *Camacho Camacho c. España*, de 24 de septiembre de 2019; caso *Atutxa Mendiola y otros c. España*, de 13 de junio de 2017; caso *Porcel Terribas y otros c. España*, de 8 de marzo de 2016; caso *Lacadena y otros c. España*, de 22 de noviembre de 2011). Lo que, en términos convencionales, se traduce en la necesidad de una audiencia pública en la que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, dando al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal. Inexistente en casación; y normativamente vedado en apelación, donde el art. 792.2 LECrim, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2015, establece que sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas; por esa causa, únicamente cabría a la acusación instar la anulación en los términos previstos en el art. 790.2.

Doctrina que no tiene sólo incidencia en el motivo encauzado a través del quebranto de la presunción de Inocencia, sino que también, conlleva una directa proyección sobre el cauce del art. 849.2 LECrim. Como indica la STS 1012/2022, de 12 de enero de 2023, con cita de la inicial 976/2013, de 30 diciembre; el recurso con el alcance tradicional y legal de este motivo

(modificación del hecho probado y dictado de una segunda sentencia condenatoria) supondría violentar la doctrina que se acaba de exponer; de forma, “que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio”

3. Sucede por otra parte, que el derecho a la presunción de inocencia no puede ser invocado por las acusaciones; ni cabe tampoco un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre ó 901/2014, de 30 de diciembre).

4. Sí cabe conducir, la supuesta falta de racionalidad en la valoración, como hemos indicado, por el cauce de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva; pero en modo alguno resulta identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés. Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no

existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 901/2014, de 30 de diciembre).

Por tanto, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la motivación integrada por una mera aseveración apodíctica, entre otras concreciones.

Dicho a modo de resumen, mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone le determinaron para establecer el presupuesto fáctico, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal (STS 874/2022, de 7 de noviembre, entre otras muchas)

De tal modo, que el alcance de la facultad revisora de las decisiones absolutorias o que declaran menor responsabilidad que la pretendida basada en la valoración de la prueba, debe limitarse a identificar si la decisión del tribunal de instancia se funda en bases cognitivas irracionales o incompletas, ordenando, en estos casos, el reenvío de la causa para que el tribunal "a quo" reelabore la sentencia racional o informativamente inconsistente o, excepcionalmente, se repita de nuevo el juicio (STS 818/2022, de 14 de noviembre).

Esta resolución 818/2022, continúa indicando que el acento del control se desplaza del juicio de adecuación de la valoración probatoria al juicio de validez del razonamiento probatorio empleado por el tribunal de instancia. Lo que se traduce en un notable estrechamiento del espacio de intervención tanto del tribunal de segunda instancia como de casación. El tribunal llamado primariamente a revisar la decisión absoluta solo puede declarar la nulidad de la sentencia por falta de validez de las razones probatorias ofrecidas por el tribunal de instancia en dos supuestos: uno, si no se ha valorado de manera completa toda la información probatoria significativa producida en el plenario, privando, por ello, de la consistencia interna exigible a la decisión adoptada. Y, el otro, cuando los estándares utilizados para la valoración de la información probatoria sean irracionales -vid. SSTs 166/2021, de 24 de marzo; 807/2021, de 21 de octubre-

Pero siempre con la advertencia de que el control de racionalidad de las decisiones absolutorias por parte de los tribunales superiores deba hacerse no desde posiciones subrogadas, de sustitución de un discurso racional por otro que se estima más convincente o adecuado, sino mediante la aplicación de un estándar autorre restrictivo o de racionalidad sustancial mínima. Una determinada valoración probatoria solo puede ser tachada de irracional -como presupuesto de la nulidad de la sentencia- cuando se utilizan criterios de atribución de valor a los datos de prueba que respondan a fórmulas epistémicas absurdas, a máximas de experiencia inidentificables o al desnudo pensamiento mágico, ignoto o inexplicable.

Tampoco es dable esa cesura valorativa respecto de pronunciamientos absolutorios, el tribunal encargado de la revisión identifica otras fórmulas de atribución de valor que arrojen un resultado probatorio más consistente o convincente -vid. al respecto, la STEDH, caso *Tempel c. República Checa*, de 25 de junio de 2020, donde el TEDH precisa en términos muy concluyentes que la anulación de la sentencia absolutoria por el tribunal superior no puede basarse en una mera discrepancia valorativa en relación con las informaciones probatorias producidas en la instancia.

5. Pues bien, la sentencia de instancia, en todo momento de manera racional y pormenorizada, da cumplida razón de los medios de prueba existentes, su resultado, y el proceso lógico que le conduce a la configuración del hecho probado. Compartida o no su valoración, ningún atisbo de la reiterada tacha de arbitrariedad reprochada en los recursos, resulta predicable. Así:

5.1. En relación con **Doña aaa**.

5.1.1. En cuanto al *delito de estafa*, tras afirmar que en esencia el Tribunal manifiesta que no existe ese delito porque no considera acreditado que existiera engaño a aaa con ocasión de la toma de imágenes, ni vicios del consentimiento en la firma de los contratos; objeta la recurrente que resulta fundamental centrar el objeto del engaño que refieren las víctimas omitido por el Tribunal; que aaa Álvarez no niega que posara voluntariamente desnuda, ni que autorizara la toma de imágenes de partes concretas de su cuerpo (pechos, culo o sexo); que ningún problema habría habido por aparecer en libros de desnudo artístico en blanco y negro; o que mediara publicación de cualesquiera partes concretas del cuerpo de aaa que no la hicieran reconocible públicamente; sino que el engaño consiste en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias.

5.1.1.1 Tal argumentación desenfoca el objeto probatorio, pues parte de un concepto de estafa que se agotaría en el engaño o inclusive en el incumplimiento o desvío contractual. Cuando la estafa es un delito de resultado material que exige la lesión del bien jurídico protegido, que es el patrimonio ajeno, en el que ha de provocar una minoración. Ninguna merma del patrimonio de las recurrentes se argumenta, sólo se alega la desatención al control sobre el destino de su propia imagen en tutela de su intimidad, ni siquiera un quebranto de las facultades del titular en la explotación económica de su imagen. No se cumplimentan en este caso los requisitos de la estafa, por legítimos que fueren las expectativas de las recurrentes, en cuanto que no se produce un desplazamiento patrimonial con menoscabo del mismo. El engaño que argumenta la recurrente deriva de las condiciones en que se muestra su intimidad, no del mayor lucro que el acusado obtiene con su exhibición; ni siquiera se trata por tanto de la frustración de ganancias adicionales o de la obtención de mayor precio en la transacción.

No es cuestión patrimonial la esgrimida, ni defraudación de esta índole, como debe corresponder en congruencia al título y capítulo donde se inserta la tipicidad de la estafa en nuestro Código Penal; en tanto se admite que no existiría problema por parte de la recurrente en la publicación de cualesquiera partes concretas del cuerpo que no la hicieran reconocible públicamente. La cuestión defraudada sería la intimidad a través de su imagen; otra cuestión es que fuere o no penalmente típica en el momento de autos, como se expresa a continuación.

5.1.2. En cuanto al *delito contra la intimidad*, lo sustenta en que la cesión de los derechos de imagen correspondientes tiene su origen en un delito de estafa; presupuesto que como acabamos de indicar, no concurre.

Hemos de recordar que en la elaboración del Código Penal de 1995, las diversas enmiendas tendentes a la punición de la mera la utilización de imágenes no prosperan; de modo, que sólo las imágenes captadas de forma subrepticia y en un contexto de intimidad, se sancionaban a través del tipo del artículo 197 CP; de forma que hasta la entrada en vigor de la redacción del art.

197.7 CP otorgada por la LO 1/2015, posterior al acaecimiento de los hechos enjuiciados, en los conflictos surgidos de la difusión, revelación o cesión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima, su ámbito de protección residía en la aplicación de la LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

Precisa la sentencia que las partes convienen, y así consta en informe pericial, que el acusado cerró sus páginas web en octubre de 2014, por lo que lo hizo con anterioridad a la entrada en vigor de la actual redacción del referido precepto, que por su carácter sancionador, carece de eficacia retroactiva.

5.1.3. En cuanto al *delito de abuso sexual*, argumenta el recurrente la suficiencia del testimonio de la víctima en orden a un pronunciamiento condenatorio; y enfatiza las manifestaciones inveraces del acusado que antes que se le incautase el material gráfico, niega tocamientos a sus modelos, así como que grabase el vídeo del masaje por todo el cuerpo a la recurrente. Destaca que la relación era profesional/laboral, no de amistad, que no tenía por qué conllevar comportamientos sexuales. También añade diez testimonios más de modelos que refieren abusos sexuales por parte del acusado; así como manifestaciones de xxx y nnn sobre situaciones análogas, para concluir la existencia de intimidación ambiental también en este caso, aunque a continuación señala que menor duda representa una situación de prevalimiento.

5.1.3.1. Aunque hemos de precisar que tanto la acusación pública como la particular sólo acusaba por abuso sexual sin consentimiento, no por abuso con intimidación ni tampoco por abuso mediando prevalimiento.

5.1.4. La motivación absolutoria en este supuesto, se contienen en el ordinal IV del apartado A) del FJ 10º de la sentencia:

Las acusaciones sostuvieron también que *“Durante el mes de junio de 2009, durante alguna de las sesiones fotográficas que JOSE JUAN CABEZUDO ZABALA*

realiza a aaa, sin su consentimiento, le toca lascivamente el cuerpo, los pechos y le introduce los dedos en la vagina”.

aaa declaró que no había dado consentimiento al acusado para esos tocamientos, sino solo para que le realizara un masaje, tipo spa y que, tras esa sesión, no volvió a trabajar con el acusado. Y que esos hechos constan en el vídeo cuyo contenido se proyectó brevemente durante su declaración en el plenario.

Hemos plasmado cuál es el contenido de ese archivo, contenido, entre otros medios de prueba, en la Evidencia 3... Hemos constatado que es un vídeo en el que se ve a una chica desnuda tumbada boca arriba en una cama o camilla. aaa declaró que era ella, y así lo verificamos por aparecer el mismo archivo, con el nombre de aaa, en uno de los discos duros encontrados al acusado en el primer registro que se efectuó en su domicilio. Asimismo, constatamos que coincide la imagen de la chica con otras que aparecen en más archivos incautados al acusado a los que puso la misma denominación, o la de

En el vídeo vemos, por tanto, a aaa, en posición tumbada, relajada, y a un varón, cuya cara no se ve, que le da masaje, principalmente en los pechos, en su inicio. aaa declaró que era el acusado y otorgamos plena credibilidad a esa manifestación. El acusado guardaba ese vídeo en sus dispositivos y reconocemos su imagen y su voz.

Vemos que, a continuación, el acusado comienza a masajear el vientre, los muslos y el pubis de aaa, a quien mete algún dedo en la vulva, donde hace gestos como de masturbación de la chica. La chica le dice que le hace cosquillas, él sigue tocándole el cuerpo, también la vulva y el varón le pregunta si lleva algo (en el interior de la vulva), ella le responde que el aro, él le pregunta qué tal, ella responde que para ella bien, que para el hombre peor; él le pregunta si a ella no le quita sensibilidad, ella contesta que no, que lo único que le han dicho que le puede provocar herpes, él contesta que no puede ser y charlan sobre esa cuestión, mientras él le acaricia el cuerpo hasta el 7'30'', momento en que el varón le pone una gasa sobre todo el cuerpo, tras lo que termina el vídeo. Hemos plasmado también que en los metadatos consta como fecha de creación del archivo 2-4-2011.

Pero la falta de consentimiento de la modelo no se desprende de manera indubitada. Tanto su manifestación de que el acusado le hace cosquillas, como la

conversación posterior que mantienen, en relación a un aro que, al parecer, llevaba puesto, resulta ser relajada entre ambos. El contenido del vídeo merece la calificación de pornográfico, tendente a provocar la excitación sexual de quienes lo visionen. Pero también merecen igual calificación otras sesiones que aaa realizó – cuyo contenido hemos plasmado al examinar las imágenes referidas en el informe pericial obrante a los folios 7465 y ss.- en las que se encuentra con las piernas abiertas, mostrando su vulva, o metiendo y sacando un dedo de su vagina, o con nnn, en las que ambas se encuentran desnudas, tocando cada una el pecho o la vulva de la otra. El contexto no nos permite deducir esa falta de consentimiento sin duda racional al respecto. Ni en esa sesión, ni durante ninguna otra apreciamos que aaa manifestara al acusado su voluntad contraria a ser grabada de ese modo. aaa tampoco declaró que se lo dijera así al acusado...

5.1.5. Compartida o no esa valoración, no se corresponde la motivación otorgada con una carencia de criterios lógicos, con explicaciones absurdas, máximas de experiencia inidentificables o con mero voluntarismo mágico, ignoto o inexplicable.

5.2. En relación con **Doña bbb**

5.2.1. En este caso se trata de *un delito de estafa y un delito contra la intimidad*. En forma coincidente como argumentó en el caso de aaa, señala que no niega que posara voluntariamente para desnudo artístico (no integral); que ningún problema habría habido por aparecer en libros de desnudo artístico en blanco y negro; ni en la publicación de cualesquiera partes concretas del cuerpo de bbb que no la hicieran reconocible públicamente; que de hecho para tal objetivo tenía el pseudónimo IDUNIA; que el engaño consistió en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias. E igualmente el delito contra la intimidad lo sustenta en que la obtención de imágenes de carácter pornográfico y la cesión de los derechos de imagen correspondientes tiene su origen en un delito de estafa.

5.2.2. Consecuentemente para evitar reiteraciones, nos remitimos a las consideraciones y contenido del epígrafe 5.1.1.1 y al contenido del epígrafe 5.1.2., referidos a aaa.

5.3. *En relación con Doña ccc*

5.3.1. Igualmente esta recurrente cuestiona la valoración probatoria que conduce a la absolución del acusado, concretamente por los delitos de estafa y contra la intimidad; y lo hace con el misma argumentación y redacción que las dos recurrentes anteriores.

Alega que no acude a hacerse fotos con el acusado con la idea de desnudarse; que es cierto que el acusado durante el transcurso de las sesiones la convence para desnudarse, pero siempre bajo la premisa de que nunca se verá nada (íntimo se entiende); que ningún problema habría habido por aparecer en libros de desnudo artístico (no explícito) en blanco y negro; y que tampoco ningún problema habría habido en la publicación de cualesquiera partes concretas de su cuerpo que no la hicieran reconocible públicamente; que de hecho para tal objetivo se supone que el acusado empleaba el pseudónimo JAIONE; que el engaño consiste en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias. E igualmente el delito contra la intimidad lo sustenta en que la obtención de imágenes de carácter pornográfico y la cesión de los derechos de imagen correspondientes tiene su origen en un delito de estafa.

5.3.2. Consecuentemente para evitar reiteraciones nos remitimos a las consideraciones y contenido del epígrafe 5.1.1.1 y al contenido del epígrafe 5.1.2., referidos a aaa; no sin dejar constancia de la exhaustiva motivación de la Audiencia:

I.- Que ccc era mayor de edad cuando comenzó a realizar sesiones fotográficas y videográficas con el acusado lo afirman las acusaciones y la propia ccc. Consta en su declaración testifical obrante a los folios 59 bis y 60 bis su fecha de nacimiento: 25-7-1988, que se plasma también en los contratos aportados por el acusado obrantes a los folios 71 bis a 75 bis. Alcanzó, por tanto, su mayoría de edad el 25-7-2006.

Las acusaciones afirmaron que realizó varias sesiones fotográficas con el acusado, lo que admitió la defensa, que presentó diversos contratos que dijo que suscribió el acusado con ccc (folios 71 bis a 75 bis). Esta declaró que son los documentos que le presentó el acusado y que ella firmó, uno por sesión, aunque no los leyó. En ellos constan las fechas de 1-4-2009, 22-4-2009, 29-4-2009, 5-5-2009 y 13-5-2009. En base a ello, reputaremos acreditada la afirmación de las acusaciones de que la primera sesión se desarrolló el 1-4-2009 y que fueron cinco las sesiones.

En esos contratos que firmaron la Sra. CAÑADA y el Sr. CABEZUDO, con el membrete FOTO KOMA AGENCY, titulado ACUERDO DE TRABAJO VÍDEO/FOTOGRAFICO y cesión de derechos de imagen, KOTE CABEZUDO-KOTOKOMA AGENCY-DONOSTIA, se indica que ccc cede los derechos de uso y de imagen correspondientes a las fotografías realizadas durante el transcurso del trabajo video/fotográfico a las partes implicadas, fijándose como contraprestación una cantidad que varía entre 50 y 100 euros, en función de las sesiones, para inclusión en el book fotográfico personal, publicación en medios publicitarios, venta a terceras personas, publicación en webs particulares de KOTE CABEZUDO: fotokoma, komaphoto, koko-artchives y koko.eros. En el lugar destinado a plasmar el Trabajo fotográfico, se indica que consiste en sesiones video/fotográficas, en general, con desnudos incluidos de la modelo, salvo en el de 1-4-2009, en el que se plasma que consiste en sesiones video/fotográficas, en general, de la modelo.

El contenido de las imágenes tomadas por el acusado a ccc en esas sesiones (tanto vídeos como fotografías) lo hemos reflejado tras visionar las referentes a ella que se recogen en el CD aportado con la querrela de ccc, contenido en el folio 14 bis del Tomo II (archivador digital, CD nº 3) y en el informe pericial obrante a los folios 7465 y ss., incluidas las que la acusación particular consideró como rutas más representativas en el “ramo de prueba” que presentó en el acto del juicio, en relación a ccc. Como vienen a afirmar las acusaciones, en muchas de ellas aparece desnuda y con exposición de su pubis y vulva.

No apreciamos prueba suficiente para declarar probada la afirmación que efectúan las acusaciones, consistente en que el acusado "hizo firmar" a ccc esos contratos. Se tratan, ciertamente, de documentos impresos, con el membrete de FOTOKOMA, que el acusado reconoció tener preparados para ofrecer a la firma a las modelos cuyas imágenes captara en fotografía o vídeo. Pero ninguna prueba existe de que ccc no firmara voluntariamente esos contratos. En cuanto a su contenido, apreciamos que recoge la cesión de los derechos de imagen de la modelo al fotógrafo y la autorización a éste para su publicación en sus webs particulares, acordándose, como contraprestación, el pago de un concreto precio por cada sesión a la modelo. Ni las partes lo afirmaron, ni apreciamos nosotros vicios del consentimiento, ni causa de nulidad ninguna del contrato. Resulta ser un contrato sinalagmático, en el que ambas partes asumen derechos y obligaciones. La contrapartida del beneficio económico que obtiene la modelo es posar para el fotógrafo y autorizar a éste la publicación de las fotografías. ccc declaró en el juicio oral que creía que en ese momento era la primera vez que leía los contratos, que no los leyó cuando los firmó, ni el primero, ni los siguientes. Pero era mayor de edad ya en ese momento, por lo que constituyen fuente de derechos y obligaciones entre las partes que los suscribieron.

Tampoco encontramos prueba suficiente para apreciar engaño por parte del acusado, que consistiría en que habría afirmado a la modelo que no iba a publicar las fotografías de sus partes más íntimas. Por un lado, se encuentran los referidos contratos, en los que, salvo en el primero de ellos, se recoge expresamente que las imágenes que el acusado tomará de aaa incluirán desnudos. Todo el texto de los contratos aparece impreso a máquina, o por ordenador, sin que contenga nada manuscrito, salvo las firmas de las dos partes implicadas, por lo que parece que todo dicho texto se encontraba plasmado en el documento antes de ser firmado por la modelo.

En los correos que intercambiaron ccc y el acusado, antes del comienzo de las sesiones (CD contenido en el folio 14 bis, del Tomo II, acompañado a la querrela que presentó ccc), ella se dirige al fotógrafo comunicándole que ha visto en la página de Fotokoma que busca modelos nuevas y que está dispuesta a serlo. En la respuesta del acusado del día 27-3-2009 una de las indicaciones que le da para la primera sesión es que no se ponga sujetador, por las marcas de las tiras, lo que puede entenderse como que habrá fotografías de desnudos, al menos parciales.

Por otro lado, son muy numerosos los desnudos integrales que obtuvo de la modelo, frontales, traseros, de pie, tumbada...en los que ésta parece posar precisamente para que su imagen sea tomada de ese modo. Los reiterados actos propios de posado de la modelo vienen a sugerir su consentimiento con esa toma de imágenes. Algunas de las imágenes admiten poca duda: la modelo posa desnuda duchándose, mientras se da un baño en una bañera, girándose... En otras aparece tumbada en una cama, también completamente desnuda, boca arriba, boca abajo, de forma lateral y su pubis y su vulva se captan en algunas de las imágenes. Dentro de éstas, un set o conjunto de fotografías no admite duda, puesto que sobre su cuerpo se encuentra un cochecito de juguete, que se va desplazando desde el pecho, hasta el vientre, las ingles y el pubis, teniendo la chica las piernas abiertas, viéndose la vulva.

Realizaron, además, varias sesiones, hasta que la modelo puso fin a ellas, por lo que ccc repitió la asistencia a las mismas, hasta un total de cinco veces, después de que el acusado captara ese tipo de imágenes en las anteriores. Es cierto que en algunas de las fotografías, en las que la modelo lleva un vestido que se levanta, mostrando parte del pubis, cabría entender que en ellas pudo haber ignorado esa visibilidad. Pero en las muchas otras que hemos indicado, no apreciamos que pudiera ignorar que todo su cuerpo estaba siendo fotografiado, pubis y vulva incluidos. La conclusión es que consintió con que el acusado tomara ese tipo de desnudos de ella, sin que quepa reputar probado que fue engañada por él.

Tampoco encontramos prueba suficiente de la afirmación de las acusaciones de que el acusado ocultara a ccc que, en algunas ocasiones, le grababa en vídeo. ccc declaró que no recordaba que hablaban de vídeos, pero los contratos que firmó incluían también expresamente la captación de sus imágenes de ese modo. Declaró también que entendió que la cámara que estaba ahí, además de la que llevaba el acusado, sacaría más fotos, por lo que esa otra cámara no estaba oculta, sino que era visible para la modelo.

5.4. En relación con Doña ddd

5.4.1. Como en el caso de las recurrentes anteriores, reprocha la valoración de la Audiencia en relación a la absolución del acusado de los delitos de estafa y contra la intimidad, por los que acusaba.

Se reproducen las argumentaciones anteriores. Expresa que ddd no acude a hacerse fotos con el acusado con la idea de desnudarse; que es cierto que el acusado durante el transcurso de las sesiones la convence para desprenderse casi totalmente de sus prendas, pero siempre bajo la premisa de que nunca se verá nada (íntimo se entiende); que el engaño consiste en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías en los que explícitamente aparecen sus genitales y a cara descubierta de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias.

Adiciona y enfatiza esta recurrente, como exponente de arbitrariedad que la sentencia concluya que no existe contrato escrito alguno que soporte la realización de las fotografías y la explotación que de ellas hace el acusado; que ello no importa, porque como ddd dice que el contrato existió y se firmó, se le otorga plena credibilidad y lo declara probado; que como ddd dice que cedió los derechos de las imágenes y cobró 100 euros, también le otorga plena credibilidad y lo declara igualmente probado; pero ahora bien, ddd también dice que ese contrato que no existe, jamás incluyó entre su objeto la toma de desnudos y que el acusado le afirmó que jamás publicaría fotografías de sus partes íntimas, pero como eso perjudica al acusado Kote Cabezudo y compromete su absolución entonces lo que dice ddd ya deja de tener valor probatorio para el Tribunal y no se puede considerar probado.

5.4.2. Obvia la parte recurrente, que sobre esta delicada y nuclear cuestión de la irracionalidad valorativa debe destacarse que no puede medirse ni por criterios cuantitativos, de mayor o menor peso de unas informaciones de prueba frente a otras, ni por simplificadas fórmulas de atribución de valor reconstructivo preferente y apriorístico a determinados medios de prueba; la valoración de la prueba es una operación muy compleja en la que interactúan factores de fiabilidad de la información probatoria, marcados por el caso concreto,

consecuentes a la valoración conjunta de todos los medios de prueba, de todas las informaciones que terminan conformando un exclusivo, por irrepetible, cuadro probatorio (STS 818/2022, de 14 de octubre).

Por ello, no resulta arbitrario, entender probada la manifestación de la recurrente que resulta corroborada precisamente por el acusado y no entender probado otro extremo de esa manifestación que resulta contradicha por inferencia resultante en su contraste con otras fuentes de prueba.

Así, valga reproducir la motivación de la Audiencia y los concretos extremos que señala probado en este apartado:

ddd declaró que conocía FOTOKOMA, que contactó con el acusado a través de FOTOPLATINO, que es una página en la que se relacionaban fotografías y modelos y acudió al estudio del acusado a realizar la sesión que acordaron, que allí el acusado le entregó el contrato de cuya firma habían hablado previamente, la declarante lo firmó sin leerlo y no supo más de ese contrato. Que CABEZUDO le pagó el precio que habían convenido de 100 euros por la sesión y que, tiempo después de hacer las fotos, vio fotografías suyas en las webs del acusado FOTOKOMA y FOTOARCHIVES e intentó recomprar sus derechos de imagen, pero que el acusado le pidió 500 euros por hacerlo y no se los pagó, por lo que no le recompró las fotos.

El acusado declaró que en el contrato que firmaron se recogía que era para hacer desnudos, que ella le amenazó vía e mail con denunciarle y le pidió que retirara sus fotos, a lo que él le contestó cuáles eran las condiciones para que lo hiciera y que ella no las cumplió, por lo que no retiró las fotografías.

Las partes manifestaron que en las actuaciones no se encuentra contrato ninguno referente a ddd. Pero declararemos probado que ella y el acusado lo suscribieron por escrito, tal como ambos afirmaron. También que ese documento lo había preparado el acusado, tal como lo declaró ddd y ha ocurrido con las demás afirmadas víctimas y testigos que declararon haber posado para el acusado.

También que ddd recibió 100 euros por la sesión, tal como ella manifestó. Y asimismo que, a cambio de ese precio, cedió al acusado sus derechos de imagen,

tal como lo vino a declarar la propia ddd –que manifestó que intentó recomprar al acusado sus derechos de imagen- y como consta en todos los contratos que hemos manejado en la presente causa suscritos por modelos y el acusado.

[...] No apreciamos prueba suficiente para declarar probada -fuera de toda duda racional, como corresponde al orden jurisdiccional penal en el que nos encontramos- la afirmación que realizan las acusaciones, consistente en que el acusado no informó a ddd “suficientemente” de lo que perseguía con el material obtenido durante las sesiones. Tampoco la de que “le hizo firmar” esos contratos (las comillas de esas expresiones impropias de un apartado de hechos, valorativas e inconcretas ambas, son nuestras).

Hemos declarado probado que ddd contactó con el acusado, que sabía que publicaba fotografías en su web Fotokoma y acordó con él que le fotografiaría, a cambio de un precio. Evidentemente, la finalidad de ese posado tuvo que ser que él pudiera publicar esas fotografías. No aparece ninguna otra posible causa de ese acuerdo para que el acusado acordara y pagara ese precio. Ninguna prueba existe de que ddd no posara voluntariamente, a sabiendas de que habían acordado la cesión de sus derechos de imagen al fotógrafo y la autorización a éste para su publicación de las fotografías que tomara de ella en sus webs particulares, a cambio de ese precio. No apreciamos vicio del consentimiento, ni causa de nulidad ninguna en ese acuerdo en el que ambas partes asumen derechos y obligaciones. Ddd declaró que no leyó ese contrato. Pero era mayor de edad cuando lo firmó y los contratos son fuente de derechos y obligaciones entre las partes que los celebran. Declaró también que acudió a la sesión con su ex pareja, quien se quedó en una especie de cabina cerca del set donde se tomaron las fotografías. Pudo haber acudido a él caso de que hubiera querido pedirle ayuda ante alguna discrepancia que hubiera surgido con el acusado.

Tampoco encontramos prueba suficiente para apreciar engaño por parte del acusado, que consistiría en que habría afirmado a la modelo que no iba a publicar las fotografías de sus partes más íntimas. En varias de las fotografías la modelo posa sin ninguna ropa, o con una braga que transparentaba su vulva. En esa situación se mueve, se gira, mira a la cámara... Parece posar para que su imagen sea tomada de ese modo.

Conformes o no con esa valoración entre las varias posibles, se entiende el proceso lógico que utiliza el Tribunal, sin que por el contrario resulte atisbo de irracionalidad que la recurrente afirme.

5.4.3. En cuanto al delito contra la intimidad, reitera el sustento de su existencia en que la obtención de imágenes de carácter pornográfico y la cesión de los derechos de imagen correspondientes tiene su origen en un delito de estafa.

5.4.4. Por tanto, también aquí, para evitar reiteraciones nos remitimos a las consideraciones y contenido del epígrafe 5.1.1.1 y al contenido del epígrafe 5.1.2., referidos a aaa.

*5.5. En relación con **Doña eee***

5.5.1. Con la misma sistemática y contenido que en el caso de las recurrentes anteriores, reprocha la valoración de la Audiencia en relación a la absolución del acusado de los delitos de estafa y contra la intimidad, por los que acusaba.

Se reproducen las argumentaciones anteriores. Expresa que si bien el Tribunal manifiesta que no existe ese delito porque no resulta acreditado engaño a ddd con ocasión de la toma de imágenes, ni vicios del consentimiento en la firma de los contratos, entiende la recurrente que resulta fundamental centrar el objeto del engaño que refieren las víctimas; que eee no acude a hacerse fotos con el acusado con la idea de desnudarse, aunque es cierto que el acusado durante el transcurso de las sesiones la convence para desprenderse casi totalmente de sus prendas, pero siempre bajo la premisa de que nunca se verá nada (íntimo se entiende); que el engaño consiste en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías en las que explícitamente aparecen sus genitales y a cara descubierta de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias. E igualmente el delito contra la intimidad lo sustenta en que la obtención de imágenes de carácter

pornográfico y la cesión de los derechos de imagen correspondientes tiene su origen en un delito de estafa.

5.5.2. Consecuentemente para evitar reiteraciones nos remitimos a las consideraciones y contenido del epígrafe 5.1.1.1 y al contenido del epígrafe 5.1.2., referidos a aaa.

5.5.3. Añade aquí la parte recurrente un argumento del Tribunal que entiende arbitrario; cuando en la sentencia a quo, se recoge: “*En cualquier caso, de haberse cometido, se habría consumado en 1995 y eee no presentó querrela por hechos referentes a ella hasta el 2018, momento en el que ese afirmado delito llevaba ya años prescrito*”; arbitrariedad que sustenta en que el acusado seguía explotando la imagen de eee hasta al menos junio de 2012 y por tanto el cómputo para la prescripción del delito, por el que se solicitan 6 años de prisión, alcanzaría hasta al menos junio de 2022.

Dicha argumentación, por el contrario, pone de relieve la singular concepción del delito de estafa que mantienen las diversas acusaciones, que no se corresponde con la descripción típica; el delito se consuma en cuanto se produce la *traditio* patrimonial, en cuanto el sujeto pasivo realiza el acto de disposición; estamos ahora ante un delito de resultado, donde operado el desplazamiento siempre de naturaleza patrimonial, se consuma el delito, producción de instantánea, sin que resulta posible equiparar la consumación con el agotamiento del delito, como sería en caso de haber sido una cantidad de dinero el objeto de la estafa; los beneficios de la inversión obtenidos con ese capital, son irrelevantes para desplazar el instante consuntivo a un momento posterior; de ahí, que efectivamente el dies a quo para el cómputo de la prescripción sería el años 1995. .

5.6. *En relación con Doña fff.*

5.6.1. Atañe la argumentación sobre la arbitrariedad que reiteradamente se alega a la negativa de la existencia de engaño que conduce a la absolución por delito de estafa.

Además, de reiterar literalmente argumentos, existe alguna consideración singular que evidencia con mayor intensidad que el engaño que la recurrente invoca, es ajeno al delito de estafa, que no origina desplazamiento patrimonial, sino que lo relaciona con la difusión de las imágenes que se ceden en páginas de internet; así indica: *La redacción que hace el Tribunal es en sí mismo un absurdo colosal y hace falta leerlo varias veces para dar crédito a la dantesca afirmación que supone no declarar probado que el acusado engañara a fff para la toma y difusión de esas fotografías. Y es que señores del Tribunal, ¿de qué otra forma se puede coger a una niña que sueña con ser modelo y hacer con ella pornografía infantil para su difusión en internet, si no es engañándola? Pretender que la menor acude al estudio del prestigioso fotógrafo oficial de la agencia de moda y publicidad First Models perfectamente informada de que se le hará pornografía infantil y la imagen de sus genitales exhibida y vendida en internet, es de una perversión absolutamente repugnante, mucho más viniendo de Magistrados supuestamente formados en Derecho y con la función constitucional de protección de las víctimas del delito. Que solo les ha faltado decir que fueron las niñas, ávidas de hacer pornografía infantil, las que engañaron al pobre fotógrafo prestigioso que iba de frente y por Derecho...*

El Tribunal a quo, efectivamente, no entiende probado que *el acusado engañara a fff para la toma y difusión de esas fotografías*; ni tampoco *que el acusado no le informó "suficientemente", sino que lo que resulta es que fff acudió voluntariamente a su estudio para que el acusado le fotografiara y así lo hizo este, siendo consciente fff de las fotografías que el acusado le estaba tomando. Y el contrato firmado contempla también la publicación de las fotografías. Y a continuación añade, en cualquier caso, el delito estaría prescrito, por los mismos motivos que hemos expuesto, en relación con el delito de elaboración de pornografía infantil, ya que la acusación particular sostuvo que la estafa se habría producido con el contrato inicial, celebrado en 2006*

5.6.2. Consecuentemente para evitar reiteraciones nos remitimos a las consideraciones y contenido del epígrafe 5.1.1.1 referido a aaa y el 5.5.3. referido a eee, para negar la arbitrariedad alegada.

5.7. En relación con Doña ggg.

Esta recurrente no formula motivo por error en la valoración de la prueba

5.8. En relación con Doña hhh

Como en el caso anterior y en relación con el delito de estafa objeto de acusación, que concluyó con pronunciamiento absolutorio, reprocha con especial énfasis la valoración del Tribunal, comprensible desde las vicisitudes de las recurrentes, pero que no obvia el desenfoque jurídico con que se realiza.

Además de argumentos ya reiterados, afirma esta recurrente:

La argumentación esgrimida para no considerar probado el delito de estafa en todos los supuestos en que se ha acreditado (y condenado por ello) el delito de elaboración, difusión y/o posesión de pornografía infantil es absolutamente demencial. En el caso de hhh el Tribunal se limita a decir que: *“Además de que no queda acreditado el elemento esencial del engaño, por los mismos razonamientos expresados en relación con otras afirmadas víctimas, el delito estaría prescrito, por haber transcurrido más de 10 años desde la fecha en que ocurrieron los hechos (2006) y la presentación de la querrela (2007).”* Y aquí lo absurdo, lo ilógico, lo irracional y lo arbitrario alcanza cotas francamente imposibles de digerir. Pretender que hhh y su madre conocían que Kote Cabezudo cogería a esa niña con 16 años y en su estudio “de moda y publicidad” la utilizaría para producir pornografía infantil y para exhibir dicha pornografía en portales web de pornografía con los que además obtener un lucro, repugna de tal forma a la razón que hay que hacer un sobrehumano ejercicio de contención para omitir ciertos calificativos.

La única firma que sirve para otorgar validez a un contrato con un menor de edad es la de alguno de sus progenitores. Y lo que hhh conociera o permitiera o de lo que hhh hubiera sido informada al respecto del contrato, de las sesiones y del

destino de las fotos, como bien sabe el Tribunal resulta irrelevante. Y si, como de forma absolutamente dantesca pretenden sugerirnos los Magistrados de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, la madre de hhh estaba perfectamente informada de lo que iba a pasar en ese estudio, y sabía que Kote Cabezudo produciría pornografía infantil con su hija, y que la pondría a mantener relaciones lésbicas con otra niña, que lo grabaría en vídeo y lo colgaría en internet... ¡por Dios Santo, entonces la madre de hhh debería haber sido procesada como cooperadora necesaria en el delito de pornografía infantil de su propia hija! ¿Cabe mayor sinrazón que lo argumentado por el Tribunal?

Consta además el procesamiento de Kote Cabezudo por la falsificación de los contratos con hhh para intentar hacerla pasar por mayor de edad... ¿pero el Tribunal sigue sin considerar probado en el acusado ánimo ninguno de engañar!? La irracionalidad y la arbitrariedad y el absurdo son palmarios.

El engaño evidente como nos hemos hartado de reiterar, consiste en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias. Mucho más cuando se lleva a cabo sobre una niña y no sobre una adulta.

Es decir, no correlaciona engaño con desplazamiento patrimonial y confunde consumación con agotamiento del delito.

*5.9. En relación con **Doña jjj**.*

5.9.1.1 Se asevera como en supuestos anteriores, que concurre también arbitrariedad por la absolución recaída en el delito de estafa del que acusaba jjj, con la misma reiteración argumentativa:

Una vez más hay que reiterar que las víctimas de Kote Cabezudo actuaban en la confianza que les transmitía el acusado respecto de que jamás publicaría material en el que se les vieran partes íntimas. Las declaraciones en ese sentido son abrumadoras por claridad y por cantidad.

No cabe hablar de prescripción puesto que como reconoce el Tribunal las últimas fotografías publicadas datan de marzo de 2009 y se acusa por un delito

continuado de estafa, que en su modalidad más severa está sujeta a un plazo de prescripción de 10 años.

El engaño evidente como nos hemos hartado de reiterar, consiste en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias.

5.9.1.2. Consecuentemente, en cuanto al engaño que se afirma, recaería sobre la utilización de las fotografías que mostrasen partes íntimas, no sobre el hecho en sí de la toma de esas imágenes ni sobre la remuneración de las mismas; retiramos así mismo las consideraciones anteriores, las expuestas en los epígrafes 5.1.1.1 referido a aaa y el 5.5.3. referido a eee, para negar la arbitrariedad alegada.

5.9.2.1 Respecto del delito contra la intimidad, el error de valoración probatorio que califica de escandaloso, derivaría de que mientras por el Tribunal se declara probado que el acusado obtuvo fotografías de jjj estando completamente desnuda y mostrando sus partes más íntimas difundíendolas posteriormente por internet; que carece de cualquier documento válido firmado por adulto con capacidad jurídica para ceder derechos de imagen; que los contratos que ostenta, al haber sido llevados a cabo con un menor sin autorización de sus tutores legales, carecen de toda validez; que firmó al progenitor de jjj un documento de compromiso de retirada de todo material de su hija pero publicó de nuevo el material en el año 2009, el Tribunal concluye que no había delito contra la intimidad.

5.9.2.2. La sentencia, además de una remisión a lo argumentado en relación con otros modelos, añade que no resulta acreditado que el acusado fotografiara a jjj sin el consentimiento, o la aquiescencia de ella; que no resulta que tomara las imágenes de manera subrepticia, tampoco las de naturaleza más sexual en las que la modelo está con las piernas abiertas, bien sentada, bien de pie y es fotografiada de manera frontal, pues tuvo que ver al fotógrafo con la cámara dirigida hacia ella; no es algo que pueda ser sorpresivo para ella, sino convenido

con el acusado, quien le remuneraba para que posara para ser fotografiada; también jji reconoció que firmó los dos contratos que hemos referido, obrantes en los folios 7692 y 7693, en los que se autoriza al acusado a la publicación de las fotografías en medios convencionales e informáticos.

Dado que la difusión de imágenes que no hubieran sido “apoderadas”, ni tomadas clandestina o subrepticamente, no resultan tipificadas en el art. 197 hasta la reforma operada por la LO 1/2015, en modo alguno cabe hablar de motivación arbitraria.

5.9.3. Y también alega arbitrariedad en la absolución por el delito de corrupción de menores, dado que, de conformidad con la declaración de jji, las fotografías fueron tomadas cuando era menor. La sentencia no niega esa manifestación de la modelo, pero indica que al igual que con otras víctimas, el criterio del Tribunal fue otorgar relevancia probatoria al dato, que entendía más objetivo, consistente en la fecha de las imágenes que consta en sus metadatos; y que esa significación probatoria era mayor aún cuando esa fecha de los metadatos coincidía, aunque fuera con una diferencia de uno o de muy pocos días, con la denominación que el propio acusado daba a los archivos al guardarlos en sus dispositivos; lo que ha conducido a acreditar que muchas de las fotografías que el acusado tomó de personas que acusan en la presente causa, las realizó siendo estas menores de edad. Pero que en el caso de Naira, la significación es la contraria, dado que todas esas fechas: las de los metadatos y las de las denominaciones de los archivos corresponden a momentos en los que jji era ya mayor de edad, porque son posteriores al 27-3-2002, en que alcanzó esa mayoría de edad.

El disenso, siempre cabe, pero la motivación otorgada no puede ser tachada de irracional o arbitraria.

5.10. En relación con **Doña kkk**,

La arbitrariedad que se alega derivada de la absolución del delito de estafa por el que acusaba kkk, se centra como en los recursos de las anteriores

acusaciones en pretender que kkk y su madre conocían que Kote Cabezudo cogería a esa niña con 16 años y en su estudio “de moda y publicidad” la utilizaría para producir pornografía infantil y grabarse repugnantemente con ella manoseándola todo el cuerpo para exhibirlo todo ello en portales de pornografía con los que además obtener un lucro, repugna de tal forma a la razón que hay que hacer un sobrehumano ejercicio de contención para omitir ciertos calificativos.

Es decir, proyecta el engaño sobre la utilización de las imágenes obtenidas, no sobre la causación de un desplazamiento patrimonial que no concreta, por más que el acusado obtuviera ulteriormente lucro con las mismas, como ya hemos referido.

En todo caso, la sentencia motiva razonadamente su conclusión: *No vamos a declarar probado que las imágenes se obtuvieran sin el conocimiento de kkk, ni que no fuera informada suficientemente por el acusado, puesto que las imágenes indican que la modelo posaba para el acusado y seguía sus instrucciones. kkk admitió también que, tanto ella como su madre, firmaban los contratos que el acusado les presentaba, en los que, a cambio de precio, cedían sus derechos de imagen al acusado, para que este las pudiera reproducir en sus páginas web Fotokoma y KokoArtchives. Los 17 contratos presentados serían indicativos de que kkk realizó hasta 17 sesiones con el acusado, a sabiendas de cuál era el contenido de los anteriores. Y no consta que mostrara en ningún momento su oposición a ello, ni que ignoraran el contenido de la cesión de imágenes que firmaban en los contratos referidos a cambio de un precio, que kkk reconoció que el acusado abonó.*

Efectivamente, la irrelevancia del consentimiento para la difusión (no para la toma) de tales imágenes siendo menor de edad, es considerada típicamente, pero en el delito de pornografía infantil, donde debe ponderarse la indemnidad sexual de la menor.

5.11. En relación con **Doña zzz**,

5.11.1.1 En cuanto al delito de estafa, reitera que el engaño deriva de que las víctimas de Kote Cabezudo actuaban en la confianza que les transmitía el acusado respecto de que jamás publicaría material en el que se les vieran partes íntimas, en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias; y que no cabe hablar de prescripción cuando reconoce el Tribunal que las últimas fotografías publicadas datan de marzo de 2013. Añade en este caso que resulta demencial presumir que zzz pudiera haber autorizado su exhibición desnuda en portales de pornografía porque en el año 1.992 ni Kote Cabezudo ni ella imaginaban siquiera que aquello pudiera ser posible en el futuro.

Y también destaca el vicio en el consentimiento para acceder al posado en las diversas sesiones, ante el miedo de la eventual utilización que pudiera hacer del material que el acusado ya poseía, que aunque el Tribunal a quo lo entendió no probado, en este caso, sucedió, como resulta de la condena ya recaída al acusado porque al día siguiente de personarse zzz como acusación particular el acusado subió a su perfil de Facebook una foto de la misma, desnuda aunque pixelada, donde se le reconocía el rostro, tomada veinte años antes.

5.11.1.2. Las precisiones y adición argumentativa de esta recurrente, persisten como en los casos anteriores en que la arbitrariedad por la falta de motivación viene referida al concreto engaño de la falta de información sobre la difusión de aquellas fotografías que mostraban partes íntimas; pero aún en ese caso ningún desplazamiento patrimonial origina en la recurrente; donde por tanto no cabe hablar de estafa, aunque a continuación, el acusado utilizara ese material gráfico para lucrarse, como hemos indicado con anterioridad.

5.11.2.1 En cuanto al delito contra la intimidad, repite el texto ya expresado en el recurso de jjj; el error de valoración probatorio que califica de escandaloso, derivaría de que mientras por el Tribunal se declara probado que el acusado obtuvo fotografías de zzz estando completamente desnuda y mostrando sus

partes más íntimas difundíéndolas posteriormente por internet; y que tenía publicado material de zzz en marzo de 2013, el Tribunal concluye que no había delito contra la intimidad.

5.11.2.2. La propia argumentación, denota sin embargo, al igual que el Tribunal a quo concluye de manera no irracional que las fotografías fueron tomadas con el consentimiento de zzz (elemento que desdice la tipicidad del art. 197 CP), consistiera o no su utilización posterior (pues hasta 2015 no se tipifica la difusión inconsciente): *En cuanto a que las fotografías de zzz obtenidas por el acusado lo fueran sin el consentimiento de esta, carecemos también de prueba suficiente al respecto. Ya hemos dicho que zzz declaró, por un lado, que firmó un papel con el acusado, pero negó que en el mismo le cediera sus derechos de imagen y negó haber firmado los contratos que se le exhibieron presentados por la defensa del acusado, obrantes a los folios 2284 del sumario y 1539 (ter) de los aportados por la defensa al comienzo del juicio oral, a pesar de que en el mismo obran sus datos personales, número de DNI y domicilio en la época. Hemos indicado también que no se ha practicado prueba pericial sobre si la firma obrante en ese contrato es o no de zzz, pero ignoramos qué otro documento pudo haber firmado con el fotógrafo. Ninguna de las afirmadas víctimas ha declarado que firmara con éste más documentos que ese tipo de contratos, por lo que pudiera ser que zzz lo firmara, aun sin leer detenidamente su contenido. Ya hemos dicho también que no apreciamos que el acusado tomara ninguna fotografía de modo subrepticio, sin percatarse la modelo, a quien se ve que posa en las fotos, con lo que parece estar consintiendo en ser fotografiada de ese modo por el acusado.*

5.11.3 Y en cuanto al delito de corrupción de menores, reprocha que no prevalezca el testimonio de zzz que afirmó que declaró sin género de duda, ser menor de edad en publicaciones que el acusado hizo de ella (libro de fotografía).

Sin embargo, la motivación del Tribunal a quo, sobre la falta de acreditación de la minoría de edad de zzz en el momento de autos, dista de ser irracional:

A diferencia de lo que ocurre en relación a xxx, concluimos que en este caso no tenemos datos suficientes que apoyen indiciariamente que el acusado obtuvo fotografías de zzz, que se consideren pornográficas, siendo menor de edad. Hemos

dicho que tenía una carpeta donde consta como denominación 1991, que incluye una fotografía que se encuentra en otras carpetas donde consta 1992. zzz manifestó que acudió en 1992 al estudio del acusado, por lo que este año sería el correcto, no el de 1991. Las propias acusaciones también sostuvieron que zzz comenzó a realizar sesiones con el acusado en el año 1992.

Ya hemos dicho que cumplió 18 años el día 30 de agosto de 1992. Ella manifestó que ese verano inició un curso en First Models, desde donde le derivaron donde el acusado, quien ya en la segunda o tercera sesión le fotografió ya desnuda. No consta prueba ninguna en relación al referido curso de verano. Pudo iniciarse a lo largo de dicha estación, que terminó el 21 de septiembre, siendo ya mayor de edad la modelo. Ella declaró que, una vez iniciado el curso, le derivaron al acusado, pero no precisó ni cuándo lo inició, ni cuánto tiempo transcurriría hasta esa derivación, ni, tras ella, cuándo comenzaría las sesiones con el acusado, ni cuánto tiempo transcurrió entre esas primeras sesiones. Existe la posibilidad de que el curso comenzara en julio, que le derivaran ese mismo mes, que acudiera incluso en el mismo mes donde el acusado y que esa segunda o tercera sesión donde declaró que ya le fotografió desnuda tuviera lugar antes del día 30 de agosto. Pero también es posible que el curso comenzara más tarde, que la derivación no se produjera desde el comienzo del curso, que desde la derivación hasta el comienzo de las fotografías de desnudos pasara un tiempo, y que transcurriera entre esas primeras sesiones, con lo que esas fotografías se habrían tomado siendo ya mayor de edad, aunque dentro del año 1992.

Los metadatos obtenidos por la Policía Científica de la Ertzaintza no corresponden a dicho año, sino a 1999, en adelante, con lo que no resultan útiles a este respecto. Tampoco que constaran imágenes de zzz en la página web del acusado desde 2012.

No existen, por tanto, datos objetivos que avalen que el acusado obtuviera fotografías de desnudos de zzz siendo menor de edad. Tampoco ella aportó otros datos que pudieran apoyar esa manifestación suya. Está claro que el acusado tuvo en sus dispositivos fotografías de desnudos de zzz, pero no consta la fecha de obtención de las mismas. Tampoco la apariencia física de la modelo en esas fotografías resulta determinante, dentro del escaso margen de tiempo en que nos movemos. Que el perito psicólogo no apreciara indicios de simulación en ella no resulta determinante. El perito apreció en ella otros factores que contribuyeron a su estado emocional: antecedentes de una relación de pareja en la que fue víctima de delitos, problemas de trabajo, otros hechos que el acusado habría cometido sobre

ella y que fueron considerados prescritos...Por nuestra parte, también apreciamos afectación emocional en la testigo y enfado en relación a la actuación del acusado en relación a ella, pero la falta de detalles suficientes en sus manifestaciones y la ausencia de elementos de corroboración nos conducen a concluir que carecemos de prueba suficiente que nos permita concluir, fuera de una duda racional, que el acusado obtuvo, difundió o poseyó fotografías de zzz, que pudieran considerarse pornográficas, obtenidas siendo menor de edad.

5.12. En relación con xxx

5.12.1. Igualmente, en relación con el delito de estafa, centra el foco de la arbitrariedad en la negativa de la sentencia de la concurrencia del engaño, pese a su obvia existencia consistente en que las víctimas no estuvieron suficientemente informadas sobre que el acusado las publicaría para su lucro personal en webs de carácter pornográfico, con fotografías de corte ginecológico, a cara descubierta y con su nombre real de forma que fueran plenamente identificadas en tales circunstancias. Mucho más cuando se lleva a cabo sobre una niña y no sobre una adulta.

E igualmente el delito contra la intimidad lo sustenta en que la obtención de imágenes de carácter pornográfico y la cesión de los derechos de imagen correspondientes tiene su origen en un delito de estafa.

5.12.2. Por tanto, también aquí, para evitar reiteraciones nos remitimos a las consideraciones y contenido del epígrafe 5.1.1.1 y al contenido del epígrafe 5.1.2., referidos a aaa; y tomado como modelos en varios recursos más.

5.13. En relación con nnn.

5.13.1. En el caso de los delitos: i) de estafa, donde afirma la irracionalidad de la motivación del Tribunal a quo por negar la existencia de engaño, mientras la recurrente asevera su existencia en la falta de información del destino de las fotografías, hemos de remitirnos a las consideraciones anteriores, sobre la falta

de identificación del consentimiento para la toma de las fotografías con el consentimiento para el destino de las fotografías; y de la falta de correlación de ese engaño con desplazamiento patrimonial alguno o merma retributiva por la sesión, que ni siquiera se argumenta; y ii) contra la intimidad, que se hace depender de la existencia de una estafa, nos remitimos a las consideraciones ya vertidas en relación con las anteriores recurrentes.

Además señala la sentencia que no considera acreditado que el acusado fotografiara a nnn sin autorización de ella, ni de su madre.; el acusado era fotógrafo en la fecha en que obtuvo las imágenes de nnn, ésta acudió voluntariamente a su estudio para que el acusado le fotografiara, tal como ambos lo declararon en el juicio oral; acudió en 2004 y continuó haciéndolo hasta 2013, a sabiendas del tipo de imágenes que el acusado tomaba de ella, con independencia de que firmara, además, contratos con éste, consintiendo en ser fotografiada por él.

5.13.2. En relación a los delitos contra a libertad sexual (lógicamente salvo el que es objeto de condena), también sustenta la recurrente la arbitrariedad en la motivación de la sentencia sobre la falta de acreditación de la falta de consentimiento de Doña nnn.

Argumenta sobre la suficiencia del testimonio de la víctima y la acreditación de que el acusado miente sobre la existencia de relaciones sexuales cuando aún no se le ha intervenido el material informático. Alude a la amenaza de publicación de material que poseía de ella y que en las sesiones fotográficas cerraba con llave; para concluir, en definitiva, en la existencia de intimidación ambiental.

No cabe duda que, la amenaza de difusión de vídeos o fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas, para que acceda a continuar los contactos sexuales, y permita el acceso carnal, puede calificarse de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, por lo que constituye intimidación (SSTS 480/2016, de 2 de junio; y 23/2017, de 24 de

enero); pero el problema es previo, su acreditación; o más concretamente en motivo por error iuris, que así se exprese en los hechos probados.

El Tribunal a quo, recoge en la sentencia recurrida las manifestaciones de nnn sobre las relaciones sexuales mantenidas con el acusado porque en otro caso le amenazó con publicar todas las fotografías de desnudos que había tomado de ella, pero precisa que no apreciaban que su declaración fuera rica en detalles, espontánea, o corroborada por otros elementos, de manera que se hiciera merecedora de credibilidad. Contestó con monosílabos a muchas preguntas que se le realizaron, no mencionó palabras concretas que dijera que el acusado le hubiera manifestado, ni uno o varios momentos concretos en que lo hubiera hecho. Incluso algunas de sus manifestaciones en sala pueden resultar contradictorias entre sí; así, respecto a cuándo se produjo el parón en sus sesiones con el acusado: si a partir de 2008, o si fue anteriormente y fue en 2008 cuando las reanudó. También respecto al motivo por el que se produjo ese parón: si fue porque el acusado le vio a ella deteriorada, si fue porque ella se echó un novio muy celoso que no quería que siguiera haciéndose fotos con el acusado, o si fue porque ella se enganchó a la heroína. Asimismo, respecto a cuándo supo que el acusado estaba subiendo imágenes suyas a internet “subidas de tono”: si fue desde el principio, o fue ya cuando dejó de realizar las sesiones.

Además, destaca, que sí manifestó –y lo ratificó el acusado- que dejó durante un tiempo de realizar sesiones con el acusado y que, posteriormente, las reanudó. Dio a entender que no tuvo ningún problema para dejar de hacer sesiones con el acusado, ni para volver a realizarlas, cuando así lo decidió ella. Llegó a manifestar que desde 2008 a 2013 actuó como actriz porno, siendo mayor de edad, por necesidad. Ese parón y esa vuelta voluntaria no resultan muy compatibles con el hecho de que realizara las sesiones bajo la amenaza del acusado de que, si no continuaba efectuándolas, iba a publicar fotos suyas con contenido sexual.

Y añade el hecho de que al contactar con ella ..., le hablara del acusado –como ambas declararon- y posibilitara que, con ello, ... pudiera comenzar a realizar

sesiones con el acusado y encontrarse en la misma situación en la que ella se encontraba. Hemos declarado probado que ... comenzó a realizar sesiones con el acusado desde el 24-5-2008. En ese momento nnn llevaba ya más de tres años y medio realizando sesiones con el acusado y no comunicó a ... ningún riesgo de realizar tales sesiones.

Por lo que concluye, que tales hechos objeto de acusación no se encuentran probados fuera de toda duda racional, como corresponde al orden jurisdiccional penal en el que nos encontramos, por lo que, al respecto, debe mantenerse la presunción de inocencia del acusado.

5.13.2.1. De donde resulta que el Tribunal a quo, motiva de forma comprensible, alejada de cualquier arbitrariedad, aunque cupiese valoraciones distintas, la falta de acreditación del amedrentamiento alegado.

6. Por tanto, debe desestimarse el motivo por error en la valoración de la prueba formulado por doce de las acusaciones particulares (todas menos Doña ggg) porque:

a) no se designa en ningún momento documento a estos efectos, por lo que incurre en la causa de inadmisión del art. 884.6º LECrim, que en estos momentos deviene causa de desestimación;

b) el motivo exige para su estimación la alteración del relato fáctico, que resulta vedado, cuando como es el caso, se trata de parte acusadora recurriendo pronunciamientos absolutorios;

c) por esa misma causa, tampoco es viable que prospere motivo encauzado por la vía de conculcación de la presunción de inocencia, al no poder contradecir por virtud de recurso la declaración de hechos probados, ni elemento alguno factual contenido en la fundamentación de los pronunciamientos absolutorios; menos aún posibilita bajo el amparo del derecho a la tutela judicial, hacer valer para la acusación una especie de derecho de presunción de inocencia invertido;

d) tampoco existe arbitrariedad alguna en dichos pronunciamientos absolutorios, pues al margen de que dicho motivo no posibilita nunca hacer valer una “mejor valoración”, el canon motivacional resulta inferior al caso de que

fuera condenatorio; mientras que la resolución recurrida explica el proceso lógico, exento de irracionalidad que conduce a sus conclusiones valorativas, que excede con creces el mínimo exigido para pronunciamientos absolutorios, antes descrito como de racionalidad sustancial mínima; y

e) no pueden ser contempladas las alegaciones sobre falta de motivación que se proyectan sobre elementos fácticos que son ajenos a la conducta tipificada para el delito de que se trate.

CUARTO.- El tercer motivo de todas las acusaciones particulares (el segundo en el caso de ggg) se formula por infracción de precepto penal de carácter sustantivo al amparo del art. 849.1 LECrim.

1. Doña aaa.

1.1. Aprecia una infracción en la aplicación del precepto penal de carácter sustantivo contenido en los artículos 239 y 240.2º LECrim, y 123 del Código Penal relativos a la imposición de las costas a los criminalmente responsables de todo delito o falta; alega que el criterio ha de ser el de dividir el total de las costas en tantas fracciones como delitos han sido objeto de acusación, imponiendo al condenado las costas por las cuotas correspondientes a los delitos por los que se le condena, declarándolas de oficio por la cuotas correspondientes a los delitos por los que se le absuelve.

Afirma que por más que el hecho de compartir representación procesal y letrada haya posibilitado una economía procesal, ello no puede traducirse en que el apartado de costas se trate como si hubiera existido una única acusadora particular, tratamiento que se manifiesta perverso para aquellas acusadoras que obtuvieron un mayor porcentaje de condenas sobre los delitos de que acusaban.

1.2. El Ministerio Fiscal apoya el recurso, toda vez que cada una de las víctimas se ha constituido en Acusación Particular de forma independiente, puesto que los delitos son distintos, aunque hayan litigado con la misma representación y defensa procesal (supuesto contemplado en el art. 109 bis.2 LECrim), por lo que

indica, deben ser resarcidas del pago de las costas en función de los delitos por los que el acusado ha sido condenado, debiendo individualizarse en relación a cada una de las acusadoras particulares, en la forma solicitada por la recurrente.

1.3 Efectivamente, de conformidad con la STS 624/2020, de 19 de noviembre, cuando las acusaciones particulares dirigen su acusación contra un número limitado de sujetos, el resto de los acusados no podrán ser condenados al pago de las costas generadas por la actuación de aquellas; y de igual modo, resulta asentado que las acusaciones particulares exclusivamente deberán recibir el importe de las costas por los delitos que han acusado, criterio que no debe variar, en el caso de existir un único acusado.

Pero ello, no implica que el pronunciamiento de la sentencia resulte erróneo; pues es correcto el pronunciamiento de condena al acusado 10/227 de las costas causadas, incluidas las de las acusaciones particulares y declarar de oficio 217/227 partes; si bien, resulta conveniente concretar que sólo resultan acreedoras las concretas acusaciones cuyas pretensiones han sido atendidas, al menos parcialmente; y dada la petición recíproca de todas ellas en esta materia de índole dispositiva, procede concretar la distribución de las mismas, en función del número de delitos que acusaban y han visto su reflejo condenatorio:

- bbb, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- xxx, en tres décimos de esos 10/227 (por tres delitos de los diez, objeto de condena), es decir: 3/227 partes.
- nnn en un quinto de los 10/227 (por dos delitos de los diez, objeto de condena), es decir: 2/227 partes.
- hhh, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- kkk, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- fff, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.

- ggg, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.

2. Doña bbb

1. Además del motivo relativo a las costas, que se estima en los términos ya indicados, cuestiona la pena y responsabilidad civil impuesta por el delito de estafa, afirmando infringidos el art. 249 CP y 109 y 116 del mismo texto legal.

2. Argumenta que la estafa no tiene un componente exclusivamente económico, sino que afecta gravemente a la dignidad y la intimidad de la perjudicada; sus efectos se han prolongado durante prácticamente una década; y que el acusado ha sido condenado en firme por delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, al mantener imágenes de Doña bbb en sus redes sociales, pese al mandato judicial de retirada que pesaba sobre él; por lo que la pena debía aproximarse al límite legal superior y no al inferior.

2.1. La STS 803/2022, de 6 de octubre, con cita de la 668/2019 de 14 de enero de 2020, recuerda que: "La individualización penológica encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia a las decisiones razonadas y razonables del Tribunal de instancia sobre ese punto, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y (STS 578/2012, de 26 de junio) y 433/2019, de 1 de octubre).

Excede de las atribuciones de un Tribunal de casación redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometeríamos en

facultades discrecionales de la Audiencia Provincial. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y si es razonable y no vulnera las reglas legales de individualización. En ese núcleo último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde a la Audiencia. No puede ser usurpada por el Tribunal de casación.

El órgano a quo ha de exteriorizar los porqués de su decisión, para que pueda comprobarse que se ajustan a parámetros legales y racionales y no a simple intuición, o desnudo decisionismo. Esta exigencia proporciona las bases para una cierta fiscalización en vía de recurso que no llega al punto de poder sustituir de forma voluntarista la pena impuesta por la Audiencia por otra. Eso desborda el contenido legal posible de un motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim”.

2.2. En autos, la sentencia, recuerda las normas específicas de individualización de la pena, establecidas para la estafa en el art. 249 CP: *el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción; para concluir que dado que el importe de lo defraudado se cifra en 700 euros y que el engaño versó sobre parte de las obligaciones que el acusado asumió, fijaremos la pena en los seis meses del límite legal inferior.*

Es decir, atiende al contenido patrimonial propio del ilícito de estafa, mientras que el acusado deriva la gravedad del hecho de las consecuencias propias de otro delito por el que acusaba, contra la intimidad, pero sobre el que recayó pronunciamiento absolutorio. En definitiva, de conformidad con la doctrina jurisprudencial reseñada, en cuanto no hay infracción de ley, pues la pena está dentro del margen imponible y resulta adecuadamente motivada, atendiendo al bien jurídico conculcado en el delito objeto de condena, no procede revisión casacional alguna de la pena impuesta.

Por otra parte, aunque la necesidad de motivación del artículo 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, como es el caso, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen, -y que no precisa justificación o motivación alguna, STC 57/2003 de 24.3 FJ.5- que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley.

3. En cuanto a la insuficiencia de la cuantía de la responsabilidad civil, establecida en la sentencia, además de indicar que no resulta motivada, la deriva de la gravedad del hecho que antes predicaba al cuestionar la pena.

3.1. La STS 7/2023, de 19 de enero, con cita de la en la sentencia núm. 107/2017, de 21 de febrero, reitera la doctrina asentada de esta Sala, que respecto de la cuantía de la indemnización “ con carácter general corresponde su fijación al Tribunal de instancia (STS nº 418/2013, de 16 de mayo, entre otras), de manera que no es, por lo general, revisable en casación, pues, al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Aunque a su vez, se precisan como supuestos en los que sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia, entre los que cabe señalar: "1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos; 5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y 7º) en los supuestos dolosos, o

imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente

3.2. En autos, ciertamente, en este caso concreto, no media motivación explícita, pero dado que la cantidad defraudada fue de 700 euros, es patente que la cantidad de 10.000 euros, rebasa con creces el daño patrimonial (por el que la recurrente ni siquiera instaba indemnización) y pasa a cubrir daños morales, en este caso indirectos que como tal no se ponderaron en la entidad de pena, pero se atienden, desde esa causación derivada en segundo grado, en esta sede civil.

De conformidad a la restricción de la revisión casacional del importe indemnizatorio, con mayor proyección si cabe, cuando de daños morales se trata, tampoco procede modificar la cuantía establecida como responsabilidad civil.

3. Doña ccc

Sólo recurre el pronunciamiento en costas en relación a las generadas por las acusaciones particulares, que estimamos en los términos antes establecidos.

4. Doña ddd

Sólo recurre el pronunciamiento en costas en relación a las generadas por las acusaciones particulares, que estimamos en los términos antes establecidos.

5. Doña eee

Sólo recurre el pronunciamiento en costas en relación a las generadas por las acusaciones particulares, que estimamos en los términos antes establecidos.

6. Doña fff

1. Además del pronunciamiento en costas en relación a las generadas por las acusaciones particulares, que estimamos en los términos antes establecidos; afirma que el delito de pornografía infantil, no abarca el desvalor del delito contra la intimidad, por lo que la condena en contra del criterio de la Audiencia debe ser por ambos delitos; argumenta que el acusado podría haber difundido el material pornográfico de carácter infantil sin necesidad de revelar datos personales de la víctima que la ubicaran en un espacio geográfico; concreto y que permitieran su plena identificación en espacio y tiempo; que de hecho resulta absolutamente excepcional que la pornografía infantil se difunda acompañada del nombre de la niña, su lugar de residencia, etc. y exactamente eso hace el acusado, construir una ficha de la niña donde desvela su nombre, su lugar de residencia, sus gustos personales, etc, debiendo ser penado por tanto por ambos hechos delictivos, que resultan plenamente autónomos.

1.1. El recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

De modo que resulta inviable no respetar los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, ya sea modificándolos radicalmente en su integridad, o alterando su contenido parcialmente, o

condicionándolo o desviándolo de su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECrim.

1.2 La parte recurrente, en su argumentación adiciona elementos fácticos que no se contemplan en el relato declarado probado, por lo que no cabe su estimación. En cualquier caso y al margen de la afirmación de la sentencia de que nos encontramos ante un concurso de normas, lo cierto es que el delito contra la intimidad del art. 197, con se colma con la publicación de datos personales, sino que requiere que los mismos hayan sido objeto de apoderamiento (el art. 7.1 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, permite el tratamiento de los datos personales de un menor de edad fundado en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años) y en el caso de las fotografías y vídeos, en paralela conducta de apoderamiento, que su toma haya sido clandestina, subrepticia.

De otra parte, la irrelevancia del consentimiento atiende a la difusión, por cuanto se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales” (art. 4.3 LOPJM) pero no al consentimiento en la toma; sin que tampoco quepa equiparar a

efectos de tipicidad la acción de apoderamiento a la de aceptación consentida incurra en nulidad.

Y dado que hasta la reforma de 2015 no resulta tipificada ninguna difusión de imágenes consentidas y no apropiadas, sólo operaría el concurso de normas indicado entre el delito de distribución de pornografía infantil y el delito contra la intimidad del menor, cuando los menores que aparezcan en el material pornográfico difundido sean personas perfectamente identificadas y quede acreditado que su imagen fue captada subrepticamente.

En la casuística jurisprudencial, sólo se sanciona por la concurrencia de ambos delitos, posesión de material pornográfico infantil y delito contra la intimidad, cuando las imágenes del menor fueron tomadas sin el consentimiento ni conocimiento del mismo (STS 332/2019, de 27 de junio; ó 23/2017, de 24 de enero -en ambos casos se contempla la grabación sin conocimiento de sendas menores, empleando una cámara oculta, las relaciones sexuales que el acusado mantuvo con la menor)

2. También cuestiona la entidad de la pena y la responsabilidad civil declarada por el delito de distribución de pornografía infantil; argumenta que dos años no cubre el desvalor afirmado en sentencia contra la intimidad y que además concurre el art. 189.3.f) al tratarse de persona encargada de hecho o de derecho del menor; gravedad de la lesión que en consonancia debería llevar mayor indemnización.

2.1. También aquí se introducen adiciones al *factum* que no pueden ser ponderadas (con reiteración, la Audiencia niega incluso que hubiera sido alegada esa condición personal de guardador), además de que tampoco el delito contra la intimidad pese al *obiter dicta* de instancia, debe ser ponderado como ponderado, pues no se produce tal infracción; de modo que la pena de dos años de prisión en delito conminado con pena de uno cinco, resulta dentro de la imponible; y dadas las restricciones para su revisión en casación, debe ser mantenida; al igual que ocurre con la cuantía de la responsabilidad civil,

suficientemente motivada y correlacionada con la declarada para las demás recurrentes.

7. Doña ggg

Además del motivo en costas, que se estima en los términos ya indicados, cuestiona como en el caso anterior que no se condene por el delito contra la intimidad al entender concurso de leyes con el delito de difusión de pornografía infantil, y la insuficiencia cuantitativa de la pena recaída y a responsabilidad civil declarada en este delito de pornografía infantil del art. 189. 1 b) CP.

En su tarea de individualización, el Tribunal a quo, impuso en este caso una pena de tres años de prisión y una indemnización de 15.000 euros.

Dado que la argumentación de la recurrente es idéntica para la desarrollada en el caso de la anterior, fff, a las consideraciones antes vertidas, nos remitimos para la desestimación de la infracción de las normas sustantivas tácita o expresamente aquí aludidas (art. 197, art. 8, 189.3f), 109 y 116)

8. Doña hhh

Además del motivo en costas, que se estima en los términos ya indicados, cuestiona como en el caso anterior que no se condene por el delito contra la intimidad al entender concurso de leyes con el delito de difusión de pornografía infantil, y la insuficiencia cuantitativa de la pena recaída y a responsabilidad civil declarada en este delito de pornografía infantil del art. 189. 1 b) CP.

En su tarea de individualización, el Tribunal a quo, impuso en este caso una pena de dos años y seis meses de prisión y una indemnización de 15.000 euros.

Dado que la argumentación de la recurrente es idéntica para la desarrollada en el caso de la dos anteriores (hasta el extremo de se alude a las fotografías tomadas a hhh en el recurso formulado por ggg), a las consideraciones antes

vertidas en el recurso de fff, nos remitimos para la desestimación de la infracción de las normas sustantivas tácita o expresamente aquí aludidas (art. 197, art. 8, 189.3f), 109 y 116).

9. Doña jjj

Exclusivamente recurre el pronunciamiento en costas en relación a las generadas por las acusaciones particulares, que estimamos en los términos antes establecidos.

10. Doña kkk

Como en el caso de fff, ggg y hhh, además de la formulación del motivo relativo a las costas, que se estima en los términos ya indicados, cuestiona con idénticos argumentos, que no se condene por el delito contra la intimidad al entender concurso de leyes con el delito de difusión de pornografía infantil, y la insuficiencia cuantitativa de la pena recaída y a responsabilidad civil declarada en este delito de pornografía infantil, en este caso del art. 189. 1 a) CP.

En su tarea de individualización, el Tribunal a quo, impuso en este caso una pena de dos años de prisión y una indemnización de 15.000 euros.

Dado que la argumentación de la recurrente es idéntica para la desarrollada en el caso de hhh, ggg y de fff, a las consideraciones antes vertidas en el recurso de fff, nos remitimos para la desestimación de la infracción de las normas sustantivas tácita o expresamente aquí aludidas (art. 197, art. 8, 189.3f), 109 y 116).

Si bien, dado que se trata de un delito de elaboración, no de difusión, resulta pertinente mencionar la STS 871/2022, de 7 de noviembre, que además del delito de elaboración de pornografía infantil, se le condena por delito contra la intimidad, pero no por las fotografías que bajo su indicación se toma la propia

menor de sus partes íntimas y ésta le envía, sino solamente en relación a las que obtuvo monitorizando la actividad de la menor en el teléfono, sincronizando la copia de seguridad de dichas imágenes con una cuenta de correo bajo su poder.

11. Doña zzz

Exclusivamente recurre el pronunciamiento en costas en relación a las generadas por las acusaciones particulares, que estimamos en los términos antes establecidos.

12. Doña xxx

1. Además del motivo relativo a las costas, que se estima en los términos ya indicados, cuestiona la pena y responsabilidad civil impuesta por el delito de abusos sexuales y también la indemnización establecida por el delito de estafa., afirmando infringidos el art. 182.1 CP, redacción, dada por la LO 15/2003, en relación con el 181 CP y 109 y 116 del mismo texto legal.

La pena por el delito de abusos sexuales entiende que debe ser superior porque medió prevalimiento y correlativamente esa circunstancia justificaría incrementar la indemnización. Y en cuanto a la indemnización por estafa porque entiende que también se originaron daños morales que deben indemnizarse.

2. En su tarea de individualización, el Tribunal a quo, impuso en este caso una pena de cinco años de prisión y una indemnización de 15.000 euros por el delito de abusos y 1000 euros por el delito de estafa.

3.1. En cuanto al delito de abusos sexuales, el prevalimiento afirmado no se recoge en los hechos probados, por lo que no puede atenderse el incremento punitivo e indemnizatorio solicitado

3.2. Y en relación al delito de estafa, argumenta la sentencia que declarado probado que el desplazamiento patrimonial de xxx ascendió a 2.000 euros, que el acusado cumplió lo acordado con ella en relación a sus páginas web, que no lo cumplió en relación a otras páginas web que publicaban material subido por él anteriormente a sus páginas y que estas otras páginas continuaron publicando ese material. Valoraremos ese incumplimiento en la mitad del importe del desplazamiento patrimonial, por lo que condenaremos al acusado a indemnizarle en la cantidad de 1.000 euros.

El daño moral, que alega la recurrente, con origen previo a la comisión de la estafa, ciertamente no deriva en modo directo de este ilícito; hemos indicado una derivación indirecta, que si bien ha sido considerada para otra recurrente, en los restrictivos términos jurisprudenciales sobre la revisión casacional en este materia, no procede modificar (ni lógicamente en sentido inverso para una mal entendida igualdad rebajar la indemnización a la otra recurrente).

13. Doña nnn

1. Además del motivo relativo a las costas, que se estima en los términos ya indicados, cuestiona la pena y responsabilidad civil impuesta por el delito de agresión sexual del art. 178 en relación con el art. 179 CP.

2. En su tarea de individualización, el Tribunal a quo, impuso en este caso una pena de siete años de prisión y una indemnización de 20.000 euros

3. Argumenta la recurrente, que todas las circunstancias del hecho punible reflejan una gravedad incompatible con esa pena; que no resulta cierto que el contacto sexual inicial fuera consentido; y esa mayor gravedad también debe tener su reflejo en la cuantía indemnizatoria, pues la otorgada, entiende que supone francamente una cantidad ridícula para el perjuicio causado y el daño moral derivado del delito sufridos por nnn.

4. La sentencia motiva que el Código Penal vigente en la fecha de esos concretos hechos señalaba para los autores del delito de violación del art. 179 CP la pena de prisión de seis a doce años; y en atención a las circunstancias concurrentes: la escasa entidad de la violencia, ejercida en el marco de un contacto sexual consentido en un inicio y que el acusado empleó la fuerza en tres momentos, fija la duración de la pena de prisión en siete años.

En cuanto a la indemnización, reseña que el informe pericial médico forense emitido en la causa, ratificado por sus autoras en el acto del juicio oral, concluye que nnn no presenta alteraciones psicopatológicas que conformen un trastorno psiquiátrico en relación a los hechos denunciados, aunque describe sentimientos de rabia, impotencia, culpabilidad congruentes con los hechos denunciados; y que además, no recae condena por todos los hechos por los que xxx formulaba acusación y que habrían contribuido a esos sentimientos. Tras lo cual fija la indemnización en 1.000 euros para el delito de delito de pornografía infantil y en 20.000 euros por el delito de agresión sexual.

5. Por una parte, hemos de prescindir de las afirmaciones de la recurrente que no encuentran su previsión en la declaración de hechos probados; y de otra, concorde la doctrina jurisprudencial establecida para posibilitar revisar la cuantía de la pena, cuando como en este caso se ajusta a los criterios normativos de individualización y para modificar la cuantía indemnizatoria, la motivación otorgada resulta suficiente para deber respetar el ámbito de discrecionalidad que la norma otorga al Tribunal a quo.

QUINTO.- 1. En cuanto a la incidencia de la LO 10/2022, de 6 de septiembre de Garantía Integral, de la Libertad Sexual, informaron las partes:

i) La representación procesal del condenado entendió que debía ser de aplicación retroactiva favorable en: a) el delito por agresión sexual de los artículos 178 y 179, en la redacción dada por la L.O. 15/2003, a la pena, respecto de Doña nnn; indica que fue condenado a siete años de prisión, siendo la horquilla establecida entonces para los autores del delito de violación del art.

179 del C.P., de seis a doce años de prisión, imponiéndosele en siete años, precisamente por la escasa entidad de la violencia ejercida en el marco de un contacto sexual consentido en un inicio y que el acusado empleó la fuerza en tres momentos; y dado que el actual art. 179 CP, establece una horquilla de cuatro a doce años de prisión, entiende procedente rebajar a cinco años de prisión; y b) el delito de abusos sexuales del artículo 182.1º, en la redacción dada por la L.O. 15/2003, respecto de Doña xxx; indica que fue condenado a cinco años en una horquilla que entonces era de cuatro a diez años de prisión; e impuestos cinco años al no apreciarse ninguna situación de especial vulnerabilidad de la víctima, en el momento de los hechos, dado que ahora la horquilla es de cuatro a doce, entiende que “deberá castigársele con la pena en su rango inferior de cuatro años en lugar de cinco años impuestos o *subdisidiariamente*, mantenerse la misma de cinco años, si se entendiese que la nueva ley no resulta ser más favorable para el reo”.

ii) Las acusaciones entienden que no procede aplicación de la nueva ley pues las penas impuestas caben en la horquilla de la nueva norma y en ningún momento, el Tribunal sentenciador refirió que a los delitos cometidos hubiera que aplicarles la pena mínima de la horquilla existente.

iii) El Ministerio Fiscal, tras exponer la doctrina sobre el caso, concluyó que ambos casos el arbitrio judicial ha sido ejercido de forma adecuada y debidamente motivada, por lo que, no procede adaptar el recurso a la Ley Orgánica 10/2022, toda vez que las penas impuestas son las procedentes en todo caso.

2. Como informa el Ministerio Fiscal, no estamos ante un supuesto de revisión de sentencias firmes, sino en la aplicación directa de la nueva ley al haber entrado la nueva norma en vigor pendiente el recurso de casación. Supuesto donde no estamos constreñidos al único supuesto de que pena impuesta no entre en la horquilla que la nueva norma comporta; la comparación para determinar si resulta favorable, se hará en concreto (no por horquillas), teniendo en cuenta en su integridad las disposiciones de los dos Códigos y valorando la pena que se impondría en cada caso, de modo que a diferencia de lo que sucede

en los supuestos de revisión de sentencias firmes, en estos casos opera plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, así como todas las circunstancias que pueden influir en la ejecución y determinar una mayor o menor gravosidad.

3. No obstante, en autos, el art. 179 contempla ahora conductas de mayor espectro que el considerado en la condena recurrida; pues considera agresión sexual, el art. 178, la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento; de modo que habiendo mediado fuerza, por leve que haya sido, dado el contexto, ha de aproximarse la pena al grado medio, para dejar los umbrales inferiores a otras conductas de menor gravedad; por lo que los siete años de prisión son los adecuados para la conducta enjuiciada, también con la nueva norma.

4. Y en cuanto al delito de abuso sexual, descrito en relación a xxx, que, durante alguna de las sesiones fotográficas, el acusado le introdujo sus dedos en la vulva, sin el consentimiento de xxx, con la nueva ley estaría tipificado en el art. 179 con una pena de cuatro a doce años frente a los cuatro a diez años de prisión, contemplados en la condena recurrida. No cabe aplicación retroactiva favorable alguna.

5. No procede pues la aplicación de la Ley 10/2022, que en cualquier caso, resultaría inocua, pues aún con las rebajas interesadas por el acusado, el tiempo máximo de cumplimiento establecido en el art. 76 CP, no variaría.

SEXTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales en caso de estimación del recurso, se declararán de oficio; y en caso de desestimación, se impondrán a la parte recurrente.

FALLO

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

1º) Declarar no haber lugar a estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de Don JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, ello, con expresa imposición al recurrente de las costas originadas por su recurso.

2º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña aaa, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

3º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña bbb, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

4º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña ccc contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

5º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña ddd, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

6º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña eee, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

7º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña fff, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

8º) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña ggg, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

9) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña hhh, contra la sentencia núm.

111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

10) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña jjj, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

11) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña kkk, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

12) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña zzz, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

13) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña xxx, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución

casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

14) Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña nnn, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1ª, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016, cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

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.

RECURSO CASACION núm.: 5166/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 27 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, número **5166/22**, contra la sentencia núm. 111/2022 de fecha 24 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección 1^a, en el Rollo de Sala núm. 1087/2016; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa; han sido parte recurrente:

1.- D. JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA (acusado), representado por el Procurador D. José Ramón Pardo Martínez bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Sánchez García

2.- D^a aaa (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández

3.- D^a bbb (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández

- 4.- **D^a ccc** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 5.- **D^a ddd** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 6.- **D^a eee** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 7.- **D^a fff** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 8.- **D^a ggg** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 9.- **D^a hhh** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 10.- **D^a jjj** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 11.- **D^a kkk** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 12.- **D^a zzz** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- 13.- **D^a xxx** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández
- y
- 14.- **D^a nnn** (acusación particular), representada por el Procurador D. Francisco de Asís San Frutos Prieto bajo la dirección letrada de D. Mario Díez Fernández

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con la fundamentación de nuestra sentencia casacional, el pronunciamiento sobre las costas originadas por las acusaciones particulares deben ser precisado en relación con quien fueren la parte acusadora respecto de cada delito objeto de condena; incluso en relación con aquellos acusaciones a quienes aparentemente perjudica, al no haber recaído condena consecuencia de su acusación; pues por una parte afecta a parte dispositiva de naturaleza civil y de otra, aunque liviano, pechan con el gravamen de obrar como aparentes acreedoras por una cantidad que en la relación interna de las acusaciones que obraron bajo una misma representación, borraría esa condición.

FALLO

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

1º) El 4º pronunciamiento de la parte dispositiva de la sentencia recurrida referida a la condena en costas resta como sigue:

CONDENAMOS A JOSÉ JUAN CABEZUDO ZABALA al pago de 10/227 de las costas devengadas en el proceso, incluyendo en el total de dichas costas las devengadas por las siguientes acusaciones particulares, en la siguiente distribución:

- A bbb, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- A xxx, en tres décimos de esos 10/227 (por tres delitos de los diez, objeto de condena), es decir: 3/227 partes.

- A nnn en un quinto de los 10/227 (por dos delitos de los diez, objeto de condena), es decir: 2/227 partes.
- A hhh, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- A kkk, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- A fff, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.
- A ggg, en un décimo de 10/227 (por un delito de los diez, objeto de condena), es decir: 1/227 partes.

2º) Mantener íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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.