



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 12/2015, de 20 de enero de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10547/2014

SUMARIO:

Prostitución y la corrupción de menores. Pornografía infantil. Doctrina sobre la aplicación de las modalidades agravadas. En la circunstancia agravatoria de la letra a) del artículo 189.3.º, que afecta a los supuestos en que «se utilicen menores de 13 años», la doctrina jurisprudencial considera que la expresión verbal empleada, «utilizar», que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, no permite la aplicación de la agravación a la mera difusión o utilización de imágenes producidas por otros, y solo sería aplicable a quien elabore o produzca el material pornográfico. Pero esta doctrina restrictiva no está justificada en otros supuestos agravatorios del art. 189.3, como el de la letra b), donde sí sería aplicable la agravante a los distribuidores y poseedores de material relacionado con la pornografía infantil, y no sólo a los productores, requiriendo en primer lugar, un ejercicio de justificación o argumentación explícita respecto a las razones por las que ese carácter degradante o vejatorio, implícito en todo caso en la utilización de menores para la confección de material pornográfico, adquiere un carácter especialmente cualificado en el caso específico, que justifique la exasperación punitiva, y, en segundo lugar, que la descripción de la imagen en el relato fáctico permita apreciar la concurrencia objetiva de esta especial cualificación, por el carácter aberrante de las prácticas sexuales a las que se sometan a los menores en el material pornográfico utilizado. En el caso enjuiciado se justifica la aplicación de esta agravación por las imágenes de bestialismo, que rebajan al menor a la categoría de animal, lo que constituye una humillación manifiesta. También se aplicaría la agravante a los poseedores y distribuidores de pornografía infantil (no solo a los que elaboren o produzcan el material) en el supuesto del art. 189.3 d), donde se contemplan de forma alternativa, dos clases de violencia: una, equivalente a fuerza material o maltrato de obra; y otra coincidente con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados (actos sadomasoquistas).

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 189.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Touron.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N.º: 12/2015

RECURSO CASACION (P) N.º : 10547/2014 P



www.civil-mercantil.com

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia : 20/01/2015

Ponente Excmo. Sr. D. :

Cándido Conde Pumpido Tourón

Secretaría de Sala :

Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : AMM

Pornografía infantil.- Doctrina sobre la aplicación de las modalidades agravadas.- En la circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3º, que afecta a los supuestos en que "se utilicen menores de 13 años", la doctrina jurisprudencial considera que la expresión verbal empleada, "utilizar", que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, no permite la aplicación de la agravación a la mera difusión o utilización de imágenes producidas por otros, pues la posesión e incluso la divulgación no equivalen a usar o utilizar directamente a los menores para confeccionar las imágenes pornográficas, sino a aprovechar o difundir soportes ya elaborados. Solo es aplicable a quien elabore o produzca el material pornográfico.

Pero esta doctrina restrictiva que se fundamenta en la especialcualidad o circunstancia personal del sujeto pasivo utilizado en la grabación, no está justificada en otros supuestos agravatorios del art. 189.3, que se caracterizan por la particular gravedad de la conducta desde el punto de vista objetivo, por lo que no resulta aplicable a las modalidades agravadas b) y d), que son las que el Ministerio Público solicita aplicar.

En la modalidad agravatoria de la letra b) (cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio), ha de partirse de la constatación de que las imágenes pornográficas con menores resultan con carácter general degradantes o vejatorias, y no hay duda de que el abuso de menores para elaborar este material debe ser calificado en todo caso de degradante y vejatorio para ellos.

Por tanto la aplicación de esta modalidad agravatoria requiere, en primer lugar, un ejercicio de justificación o argumentación explícita respecto a las razones por las que ese carácter degradante o vejatorio, implícito en todo caso en la utilización de menores para la confección de material pornográfico, adquiere un carácter especialmente cualificado en el caso específico, que justifique la exasperación punitiva, y, en segundo lugar, que la descripción de la imagen en el relato fáctico permita apreciar la concurrencia objetiva de esta especial cualificación, por el carácter aberrante de las prácticas sexuales a las que se sometan a los menores en el material pornográfico utilizado.

En el caso enjuiciado se justifica la aplicación de esta agravación por las imágenes de bestialismo, que rebajan al menor a la categoría de animal, lo que constituye una humillación manifiesta y por otras prácticas aberrantes con menores, como la urolagnia, undinismo o "lluvia dorada", que han de considerarse particularmente degradantes, a los efectos de la aplicación del art 189 3 b) CP .

En el art. 189.3 d) se contemplan de forma alternativa, dos clases de violencia: una, equivalente a fuerza material o maltrato de obra; y otra coincidente con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados (actos sadomasoquistas). En el caso actual concurren ambas.- Estimación del recurso del Ministerio Fiscal.



www.civil-mercantil.com

Nº: 10547 / 2014P

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Fallo: 13/01/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 12 / 2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Perfecto Andrés Ibáñez

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra sentencia de fecha nueve de junio de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo Sexta, en causa seguida a Esteban, por delito de tenencia y distribución de pornografía infantil, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, siendo también parte el condenado recurrido representado por el Procurador D. Jorge Laguna Alonso.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 16 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado con el num. 678/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo Sexta, que con fecha 9 de junio de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:



www.civil-mercantil.com

"En fecha 10 de Julio de 2013 el Departamento de Homeland Security Investigations de EEUU puso en conocimiento del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil que desde la cuenta de correo electrónico tengo Inombregmail.com cuya dirección IP de conexión se encontraba en territorio nacional se distribuían a través de internet archivos de imagen y video de pornografía infantil, en concreto de menores impúberes practicando sexo explícito con adultos, comprobándose que el usuario de dicho correo electrónico era el acusado Esteban , con DNI n° NUM000 , mayor de edad, en tanto nacido el NUM001 -1982, sin antecedentes penales, que se había registrado con su verdadera identidad en numerosas web con la finalidad de intercambiar dichos archivos en la red.

En fecha 26 de agosto de 2013 el Juzgado de Instrucción n° 16 de Madrid autorizó que las por las Cias Telefónica de España y France Telecom se identificase titular, número de teléfono, domicilio y direcciones que hacían uso de las IP de acceso a la cuenta de correo electrónico investigada, informando Telefónica y France que las IPS solicitadas estaban asignadas respectivamente a Ricardo , padre del acusado, con domicilio en CALLE000 n° NUM002 NUM003 de Valladolid con número de teléfono NUM004 y a Marco Antonio con domicilio en CALLE001 n° NUM005 de Madrid con número de teléfono NUM006 , domicilio que el acusado había alquilado a Marco Antonio .

Por auto de 25 de Noviembre de 2013 del mismo Juzgado se autorizó la entrada y registro en ambos domicilios a practicar el día 27-11-2013.

En el domicilio familiar sito en Valladolid no se encontró información ni material de interés.

En el registro efectuado en CALLE001 en el que se encontraba presente el acusado se incautaron un disco duro externo marca WD con número de serie NUM007 , un ordenador portátil marca Asus con n° de serie NUM008 , y su disco duro marca Samsung con n° de serie NUM009 14 y 68 dvds, efectuándose el mismo día y a presencia de Secretario Judicial desprecinto y posterior clonado de los discos duros intervenidos así como copia respaldo del correo electrónico tengo DIRECCION000 cuya contraseña de acceso facilitó el acusado, evidenciándose del estudio pericial realizado sobre el material intervenido que el acusado además de la cuenta de correo inicialmente investigada poseía otra: DIRECCION001 .es que dio de alta el 8 de marzo de 2013 remitiendo desde la misma y hasta el 18 de abril de 2013 , doce correos electrónicos a receptores con domicilio en el extranjero, adjuntando a los mismos archivos de contenido pedófilo (posados eróticos de niñas impúberes, niña impúber practicando una felación a un adulto) o enlaces para descargas de contenido pornográfico.

Desde su cuenta de correo electrónico DIRECCION001 envió a la cuenta DIRECCION002 en fechas 12 y 14 de marzo de 2013 los siguientes archivos:

DIRECCION004 compuesto por 16 archivos de imagen con menores de 13 años practicando sexo explícito;

DIRECCION005 con 143 archivos de imagen de una menor posando desnuda.

DIRECCION006 , video de una impúber que es penetrada vaginalmente por un adulto.

DIRECCION007 , video en el que aparece una menor de trece años acostada con una máscara en su cara y sobre ella un adulto masturbándose y eyaculando en su rostro y los archivos DIRECCION008 , con video de una menor de 13 años a quien un mayor de edad obliga con violencia a practicarle una felación empujando la cabeza de la menor contra su cuerpo provocando que la menor se atragante con el miembro viril adulto; y por último con similar contenido degradante:

el DIRECCION009 en el que se ve una menor impúber haciendo una felación a un adulto masturbándose el adulto en la cara de la menor.



www.civil-mercantil.com

En dicho correo y de la cuenta de correo DIRECCION002 el acusado recibió el mismo día 14 de marzo de 2013 archivo de imagen

DIRECCION010 en el que aparece una menor impúber practicando sexo explícitamente.

También desde su correo DIRECCION001 en fecha 12 de marzo de 2013 facilitó enlace relativo a archivos de imágenes de menores practicando sexo a la cuenta DIRECCION003 .

Los correos DIRECCION003 y DIRECCION002 están ubicados fuera de España.

En el disco duro de su ordenador portátil marca Samsung con nº de serie NUM010 y en la carpeta DIRECCION011 se hallaron 6 archivos de pornografía infantil y en el disco duro marca WD con nº de serie NUM011 un total de 554.948 archivos con contenido pedófilo como el contenido en elements / ya pasado a guarrerías con el vídeo titulado DIRECCION012 donde constan menores atadas por el cuello y las manos practicando una felación a un adulto y después a un animal y con similar contenido el video DIRECCION013 , o el DIRECCION014 (menor con manos atadas a sus piernas siendo penetrada por un adulto) o la carpeta DIRECCION015 mostrando una penetración vaginal a bebe de corta edad.

En los Dvds intervenidos en los que se han hallado un total de 291.460 archivos, el acusado tenía fotografías y videos de similar contenido pornográfico al encontrado en el disco duro marca WD, mostrando en numerosos de ellos a menores de edades entre los 3 a los 6 años maniatados sobre los que se ejercían prácticas sexuales de extrema violencia, sadomasoquistas o con animales orinándose o eyaculando los adultos sobre los rostros de los niños así en el dvd NUM012 o en vídeo 6 yo sucking que desde su cuenta de correo tengo DIRECCION001 remitió al correo DIRECCION002 y en uno de los videos un documento en formato pdf en inglés con el título How to practice child love (Cómo hacer el amor a un niño).

El acusado al prestar declaración como detenido y posteriormente en el Juzgado ha reconocido los hechos expuestos por los que está privado de libertad desde el 27-11-2013 y en prisión preventiva desde 19-11-2013".

Segundo.

La Audiencia de instancia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLO: "Que debemos condenar y condenamos a Esteban como responsable, en concepto de autor, de un delito de tenencia y distribución de pornografía infantil, ya definido con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de 2 años y 4 meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, su sometimiento a libertad vigilada durante 5 años a computar desde que cumpla la pena de prisión o se le otorgue la libertad condicional, inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con menores por tiempo de 3 años y pago de costas. Decretándose el comiso del ordenador portátil, de los dos discos duros, de los dvds y del restante material pedófilo intervenido que consignados al folio 135 obran ya a disposición de este Tribunal.

Para el cumplimiento de la pena, se le abona al penado el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no le hubieran sido ya de abono en otra".

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por el MINISTERIO FISCAL, recurso de casación por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a



www.civil-mercantil.com

esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente, formalizó su recurso alegó como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación indebida de los apartados b) y d) del artículo 189.3 del Código Penal , por estimar que la apreciación de los mismos solo proceden a quienes producen o elaboran el material pornográfico. El Ministerio Fiscal considera que los citados subtipos agravados también pueden ser aplicados a quienes difunden el material indicado.

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento ha tenido lugar la votación y fallo prevenidos el trece de enero pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 9 de junio de 2014 , condena al acusado como autor de un delito de tenencia y distribución de pornografía infantil, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de dos años, cuatro meses y un día. Frente a ella se alza el presente recurso del Ministerio Fiscal, fundado en un motivo único por infracción de ley.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que al acusado le fueron ocupados en el disco duro de su ordenador una serie de correos electrónicos enviados a receptores con domicilio en el extranjero, adjuntando archivos de contenido pedófilo (posados eróticos de niñas impúberes, niña impúber practicando una felación a un adulto, etc.) y enlaces para descargas de contenido pornográfico.

Desde una de sus cuentas de correo electrónico envió a otra cuenta los días 12 y 14 de marzo de 2013 los siguientes archivos: 16 archivos de imagen con menores de 13 años practicando sexo explícito; 143 archivos de imagen de una menor posando desnuda; un video de una impúber que es penetrada vaginalmente por un adulto; un video en el que aparece una menor de trece años acostada con una máscara en su cara y sobre ella un adulto masturbándose y eyaculando en su rostro; un video de una menor de 13 años a quien un mayor de edad obliga con violencia a practicarle una felación empujando la cabeza de la menor contra su cuerpo provocando que la menor se atragante con el miembro viril adulto; y otro en el que se ve una menor impúber haciendo una felación a un adulto masturbándose el adulto en la cara de la menor.

En otra cuenta de correo el acusado recibió el día 14 de marzo de 2013 un archivo de imagen en el que aparece una menor impúber practicando sexo explícitamente.



www.civil-mercantil.com

Desde uno de sus correos facilitó el 12 de marzo de 2013 enlace relativo a archivos de imágenes de menores practicando sexo a otra cuenta de correos, situada fuera de España.

En el disco duro de su ordenador portátil se hallaron 6 archivos de pornografía infantil y en otro disco duro un total de 554.948 archivos con contenido pedófilo como un vídeo donde se observan menores atadas por el cuello y las manos practicando una felación a un adulto y después a un animal; otro con una menor con las manos atadas a sus piernas siendo penetrada por un adulto, y otro mostrando una penetración vaginal a un bebé de corta edad.

En los DVD intervenidos en los que se han hallado un total de 291.460 archivos, el acusado tenía fotografías y videos de similar contenido pornográfico al encontrado en el disco duro, mostrando en numerosos de ellos a menores de edades entre los 3 a los 6 años maniatados sobre los que se ejercían prácticas sexuales de extrema violencia, sadomasoquistas o con animales orinándose o eyaculando los adultos sobre los rostros de los niños, constando que se remitieron a otra cuenta de correo, como también remitió otro de los videos con el título "How to practice child love" (Cómo hacer el amor a un niño).

El acusado al prestar declaración como detenido y posteriormente en el Juzgado reconoció los hechos expuestos.

Tercero.

El único motivo de recurso del Ministerio Fiscal, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega inaplicación indebida de los apartados b) y d del art 118 3º CP .

Alega el Ministerio Fiscal que la sentencia que se recurre ha condenado al acusado como autor de un delito de pornografía infantil del art 189 1 b) CP , (difusión de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad y posesión para su difusión), pero no ha considerado aplicables el apartado b) del art 189. 3 (agravación cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio) y d) del mismo precepto (cuando el material pornográfico represente a menores víctimas de violencia física o sexual), por estimar que estas agravaciones solo son aplicables a quienes producen o elaboran el material pornográfico, criterio del que discrepa el Ministerio Público.

Considera el Ministerio Fiscal que si bien es cierto que en lo que se refiere a la agravación prevista en el apartado a) del art 189.3 CP , utilizar a niños menores de trece años, la doctrina jurisprudencial ha considerado que cuando el Legislador se refiere a "utilizar" está aplicando esta expresión en el sentido de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones tienen su encaje en las conductas previstas en la letra a) del apartado 1 del precepto (utilizar a menores de edad para elaborar material pornográfico) y en algunas de la letra b) (producir material pornográfico)

pero no resultan aplicables a la difusión de los soportes ya elaborados (SSTS 873/2009, de 23 de julio , 340/2010, de 16 de abril , 674/2010, de 5 de julio , 1299/2011, de 17 de noviembre), en cambio las agravaciones de la letra b) y d) del apartado tercero del precepto (hechos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, y material pornográfico que represente a niños o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual) esta limitación no concurre, y la agravación debe aplicarse a todos los supuestos del art 189 1 b), tanto a la producción de material pornográfico como a su difusión o tenencia con este fin.

Cuarto.

El motivo debe ser estimado.

Es cierto que la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha interpretado restrictivamente el ámbito de aplicación de las agravaciones del párrafo tercero del art 189 CP (pornografía infantil) pese a que el encabezamiento del epígrafe en el que se relacionan las agravaciones se



www.civil-mercantil.com

refiere a su aplicación a todos los supuestos del párrafo primero. Párrafo primero que incluye, en términos genéricos, tanto la elaboración del material pornográfico como su difusión.

En lo que se refiere a la circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3º, que afecta a los supuestos en que "se utilicen menores de 13 años", la doctrina jurisprudencial (SSTS 588/2010, de 22 de junio , 674/2009 de 20 de mayo , 795/2009 de 28 de mayo , 873/2009 de 23 de julio , entre otras) considera que la expresión verbal empleada por esta modalidad agravada, "utilizar", que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de los menores, no permite la aplicación de la agravación a la mera difusión o utilización de imágenes producidas por otros, pues la posesión e incluso la divulgación no equivalen a usar o utilizar directamente a los menores para confeccionar las imágenes pornográficas, sino a aprovechar o difundir soportes ya elaborados por otro.

Señala la STS. 1055/2009 de 3 de noviembre , tras recordar la doctrina jurisprudencial expuesta, que "parece claro que no es lo mismo el trato del productor con el niño que la distribución únicamente de las fotografías o videos antes obtenidos por otros ".

Y asimismo la STS. 592/2009 de 5 de junio , señala " que el art.189. 1, b) CP castiga conductas relacionadas con la difusión de imágenes pornográficas " en cuya elaboración " se haya utilizado a menores. Lo que sitúa el uso de éstos en un momento anterior y externo a las propias conductas incriminadas. En cambio, el mismo artículo, en su inserto 3, a), prevé la utilización de "niños menores de trece años"; esto es, contempla acciones que consisten en servirse -directamente- de personas comprendidas en esa franja de edad. Y, siendo así, es obvio que esta circunstancia de agravación de los comportamientos primeramente descritos, sólo podrá estar referida a los que de ellos sean semántica y conceptualmente compatibles con ese modo de operar sobre personas (de carne y hueso), en las que se den los rasgos descritos. Porque si es claro que la producción de imágenes de menores exigirá normalmente su utilización, lo es también que esto, en cambio, no se dará cuando se trate, por ejemplo, de la distribución de aquéllas, o del acceso a las mismas a través de Internet (en igual sentido SSTS. 1016/2009 de 28 de octubre , 130/2010 de 17 de febrero).

Quinto.

La limitación del ámbito de aplicación de la modalidad agravatoria prevenida en el párrafo a) del art 189 3º (utilización de menores de 13 años), que se fundamenta en la especial cualidad o circunstancia personal del sujeto pasivo utilizado en la grabación, no está justificada en otros supuestos agravatorios del art. 189.3, que se caracterizan por la particular gravedad de la conducta desde el punto de vista objetivo.

En el caso actual el propio Ministerio Fiscal, respetando la doctrina jurisprudencial citada, ha omitido solicitar la aplicación de la agravante prevista en el citado apartado a), pese a que entre el material pornográfico ocupado al acusado se incluyen incluso imágenes de acciones sexuales sobre un bebé.

Pero esta doctrina restrictiva, como se ha expresado, no resulta aplicable a las modalidades agravadas b) y d), que son las que el Ministerio Público interesa aplicar.

En relación con la modalidad agravatoria la letra b) (cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio), ha de partirse de la constatación de que las imágenes pornográficas con menores resultan con carácter general degradantes o vejatorias, y no hay duda de que el abuso de menores para elaborar este material debe ser calificado en todo caso de degradante y vejatorio para ellos.

Por tanto la aplicación de esta modalidad agravatoria requiere, en primer lugar, un ejercicio de justificación o argumentación explícita respecto a las razones por las que ese carácter degradante o vejatorio, implícito en todo caso en la utilización de menores para la confección de material pornográfico, adquiere una condición especialmente cualificada en el



www.civil-mercantil.com

caso específico, que justifique la exasperación punitiva, y, en segundo lugar, que la descripción de la imagen en el relato fáctico permita apreciar la concurrencia objetiva de esta especial cualificación, por el carácter aberrante de las prácticas sexuales a las que se sometan a los menores en el material pornográfico utilizado.

En el caso actual el Ministerio Fiscal interesa la aplicación de esta agravación en relación específicamente con imágenes de bestialismo, en las que se puede observar a menores obligadas a practicar una felación con un animal, y explicitando el plus de gravedad de la conducta exponiendo, con apoyo en la STS 1098/2010 de 13 de diciembre, que la práctica sexual de niños o niñas con animales cualifican la acción como repugnante y especialmente degradante, pues se rebaja al menor a la categoría de animal, lo que constituye una humillación manifiesta. Junto a la difusión de imágenes de bestialismo con menores, los soportes pedófilos que difundía el acusado incluyen otras prácticas aberrantes con menores, como la urolagnia, undinismo o "lluvia dorada", al obrar entre los soportes difundidos videos de adultos orinando en el rostro de los niños, práctica que ha de considerarse particularmente degradante, a los efectos de la aplicación de la agravación prevista en el art 189 3 b).

Procede, en consecuencia, estimar la concurrencia de la agravación prevenida en el art 189 3 b) CP 95.

Sexto.

También se interesa por el Ministerio Público la aplicación del art. 189.3 d) "cuando el material pornográfico represente a niños que son víctimas de violencia física o sexual".

En este caso el verbo típico (que el material pornográfico ocupado " represente" ..) es compatible con la conducta básica del art. 189.1 b) ahora enjuiciada (difusión del material pornográfico y posesión con dicha finalidad) por lo que no existe óbice alguno a su aplicación en supuestos de difusión caso de que se incluya entre el material ocupado algún archivo que represente a niños que son víctimas de violencia física o sexual.

El Ministerio Fiscal funda su solicitud en videos donde se observan menores atadas por el cuello y las manos practicando una felación a un adulto y después a un animal; otro con una menor con las manos atadas a sus piernas siendo penetrada por un adulto, y otro mostrando una penetración vaginal a un bebé de corta edad, en el que la propia desproporción del órgano determina la violencia de la acción.

Asimismo en los DVD intervenidos, en los que se han hallado 291.460 archivos, el acusado disponía de fotografías y videos mostrando a menores de edades entre los 3 a los 6 años maniatados sobre los que se ejercían prácticas sexuales de extrema violencia y sadomasoquistas, constando que se difundieron pues se remitieron al menos a otra cuenta de correo.

En el art. 189.3 d) se contemplan de forma alternativa, dos clases de violencia: una, equivalente a fuerza material o maltrato de obra; y otra coincidente con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados (actos sadomasoquistas).

En el caso actual concurren ambas, por lo que debe estimarse asimismo de aplicación la modalidad agravatoria del apartado d) del art 189 3º.

Procede, por todo ello, la estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra sentencia de fecha nueve de



www.civil-mercantil.com

junio de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimo Sexta , en causa seguida a Esteban , por delito de tenencia y distribución de pornografía infantil; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

10547/2014P

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde Pumpido Tourón

Fallo: 13/01/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 12/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Perfecto Andrés Ibáñez

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil quince.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción num. 16 de Madrid, y seguido ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décimosexta con el número 678/20144 por delito de tenencia y distribución de pornografía infantil contra Esteban , nacido el NUM013 -1982, hijo de Ricardo y Concepción , natural de Valladolid y vecino de Madrid, sin antecedentes penales; y cuya causa se dictó sentencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón.

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar al acusado Esteban , como autor criminalmente responsable de un delito de Posesión y Distribución de Pornografía Infantil, agravado por el carácter especialmente degradante y vejatorio del material pornográfico y por representar a niños víctimas de violencia física y sexual, del art 189 1 b) y 3 b) y d) CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad Respecto de las medidas adoptadas por el Tribunal de Instancia conforme al art. 192 (sometimiento a libertad vigilada e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con menores), no habiéndose formulado ninguna solicitud específica por el Ministerio Público en su recurso y siendo la única parte acusatoria, procede mantener la sentencia de instancia en sus propios términos.

La pena de cinco años de prisión se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, y se impone atendiendo a la concurrencia de la circunstancia atenuante apreciada que impone su aplicación en la mitad inferior del marco legal.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Esteban , como autor criminalmente responsable de un delito de Posesión y Distribución de Pornografía Infantil, agravado por el carácter especialmente degradante y vejatorio del material pornográfico y por representar a niños víctimas de violencia física y sexual, del art 189 1º b) y 3º b) y d) CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, sometimiento a libertad vigilada e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con menores en los términos previstos en la sentencia de instancia, y costas procesales. DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA, especialmente los relativos al comiso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.