

Roj: **STS 1055/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1055**Id Cendoj: **28079120012017100205**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/03/2017**Nº de Recurso: **1433/2016**Nº de Resolución: **174/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 12256/2016,**  
**STS 1055/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 21 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de Casación 1433/2016, interpuesto por la representación procesal de **D. Teodulfo**, contra la sentencia dictada el 9 de Junio de 2016 por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala Nº 343/2016, correspondiente a las Diligencias Previas, procedimiento abreviado nº 2997/2013 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de **utilización de menores para la elaboración de material depornografía infantil**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente, D. Teodulfo, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Gema Cavernas Tejedor; y defendido por el letrado D. Julio Ortiz Ortiz; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, incoó Diligencias Previas con el número 2997/2013, en cuya causa la Sección 16<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 9 de Junio de 2016, que contenía el siguiente **Fallo:** "Condenamos a Teodulfo como responsable en concepto de autor de los delitos que a continuación se dirán, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las siguientes penas:

1.- Por cada uno de los **DOS DELITOS** en relación con las menores Evangelina y Montserrat de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, siendo las menores de edad inferior a 13 años, la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con menores de edad por tiempo de TRES AÑOS.

2.- Por cada uno de los **SEIS DELITOS** en relación menores Elisa, Maite, Tomasa, Bibiana, Genoveva y Pura, de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, la pena de **CUATRO MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con menores de edad por tiempo de TRES AÑOS.

A tenor de lo establecido en el artículo 76 del Código Penal, el máximo de cumplimiento se fija en **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**.



Se impone al acusado la medida de **LIBERTAD VIGILADA** por un periodo de **CINCO AÑOS**, con la obligación de participar en programas de educación sexual, sin perjuicio de la propuesta que en su día se remita por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Procede imponer el comiso y la destrucción, con arreglo al art. 127 CP de los equipos y dispositivos informáticos y de almacenamiento intervenidos reseñados en el relato fáctico, empleados para la captación y guardado de las imágenes obscenas de menores.

Debemos condenar al acusado al pago de las costas procesales causadas.

Procede mantener la vigencia del auto de 15 enero 2014 de prohibición de comunicación del imputado con las menores hasta la firmeza de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial."

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : "A lo largo del mes de Julio de 2013 el acusado, Teodulfo , mayor de edad y sin antecedentes penales, contactó con numerosas menores de edad (de edades comprendidas entre los 11 y los 14 años de edad) a través de su perfil, " DIRECCION000 ", en la red social "tuitter", y en el transcurso de las conversaciones mantenidas por chat en esta red o a través de la aplicación "whatsapp", les solicitaba fotografías de ellas desnudas y en ropa interior. En concreto, y con este propósito, contactó con Evangelina (de 12 años en aquella época), con Elisa (de 12 años), Maite (de 14 años), con Montserrat (de 12 años), con Tomasa (de 11 años), con Bibiana (de 11 años), con Genoveva (de 12 años) y con Pura (de 12 años), conociendo el acusado perfectamente la edad exacta de Evangelina y de Montserrat . En algún caso el acusado también se ofreció a conocerlas en persona, pidiendo a Genoveva que fuera a verle a su casa, donde podría hacerle fotografías desnuda, y a Bibiana , mientras chateaban, le preguntó "si quería ver pollas en su perfil".

No consta que ninguna de las menores hubiera accedido a las solicitudes del acusado ni que se hubiera producido intercambio alguno de archivos de contenido íntimo o sexual. Tampoco consta que el acusado hubiera amenazado o coaccionado a ninguna de ellas.

El 14 de Enero de 2014, como consecuencia del registro acordado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid en el domicilio del acusado, sito en la DIRECCION001 n° NUM000 , NUM001 , de la capital, se intervino, entre otros efectos, su teléfono móvil, Samsung con n° de imie NUM002 ; tras analizarse el terminal, la tarjeta SIM y la tarjeta de memoria del mismo, se hallaron distintos archivos que contenían las conversaciones de "whatsapp" que el acusado mantuvo con las menores, así como múltiples fotografías de los genitales del acusado."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado, anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 4 de Julio de 2016, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

**CUARTO.-** Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 19 de Julio de 2016, la procuradora D<sup>a</sup>. Gema Cavernas Tejedor, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

**Primero .-** Por **infracción de ley**, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el nº 4 del art. 5 y nº 1 del art. 7 LOPJ , por falta de aplicación del art. 24.2 CE y por aplicación indebida del art. 189.1. a) y 3ª) y considerar al acusado Teodulfo como autor de ocho delitos de corrupción de menores sin la más mínima base probatoria.

**Segundo .-** Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.2 LECr ., al causar indefensión que los hechos declarados probados sean idénticos a los formulados por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y sin que se declaren expresamente cuáles son los hechos que no han sido probados.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal, por medio de escrito fechado el 26 de Septiembre de 2016, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

**SEXTO.-** Por providencia de 17 de Febrero de 2017 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **8 de Marzo de 2017** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** El segundo motivo, que trataremos con la preferencia que se desprende del art. 901 bis b) LECr , se funda en **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.2 LECr .

1 . El recurrente alega que se le ha causado indefensión en cuanto que los hechos declarados probados son idénticos, sin variar una coma, a los formulados por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación y sin que se haya declarado expresamente cuáles son los hechos que no han sido probados.

2. Sin embargo, tal alegato resulta totalmente infundado. El tenor literal del apartado 2º del art. 851 LECr , a cuyo amparo se formaliza esta queja, prevé la casación de la sentencia en aquellos supuestos en los que en la misma "solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados".

El recurrente en realidad lo que denuncia, es la absoluta identidad entre el relato de hechos formulado en el *escrito de acusación* por el Fiscal y el que declara probado la sentencia. Se trata de un supuesto muy distinto de la previsión legal, puesto que la Sala *sí declara* hechos probados, no solo asumiendo como tales los que el Fiscal imputa, sino desarrollando en los fundamentos de derecho las razones por las que considera probados tales hechos y la subsunción de los mismos en el delito atribuido por la acusación.

Así la denuncia del recurrente, carece de fundamentación alguna. Se limita a transcribir la primera conclusión del escrito de calificación del Fiscal y el relato de hechos probados de la sentencia.

Por ello y en consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

**SEGUNDO.-** El primer motivo que ahora hemos de estudiar, se formula por **infracción de ley**, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el nº 4 del art. 5 y nº 1 del art 7 LOPJ , por falta de aplicación del art. 24.2 CE y por aplicación indebida del art.189.1.a ) y 3ª)CP .

1. Se denuncia que se venga a considerar al acusado Teodulfo como autor de ocho delitos de corrupción de menores *sin* la más mínima *base* probatoria. Y se afirma que la prueba no ha sido valorada correctamente, en cuanto el acusado en ningún momento ha dicho ni reconocido que la petición de fotografías a las niñas fuese para la elaboración de material pornográfico. No consta esa intención. No hay más que unas conversaciones de carácter privado, censurable, escabrosas, de carácter ríjoso o salaz, pero no constitutivas de infracción criminal. Ni siquiera se obtuvo una fotografía, ni hubo una cita con el acusado. No se han valorado las pruebas de descargo y en todo caso es aplicable el principio *pro reo*.

2. Como se ve el planteamiento del motivo aún anunciado por infracción de ley, se *desarrolla como vulneración de precepto constitucional* . En ese sentido cabe señalar que incurre el recurrente en la primera causa de inadmisión señalada, al no someter el examen realizado a los límites que conlleva el relato de hechos probados, conforme resulta de la previsión legal contenida en el art. 849.1º de la LECrim y de un consolidado y bien conocido cuerpo de doctrina jurisprudencial.

En efecto, sabido es que ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (Cfr. SSTs. 8-3-2006 ; 20-7-2005 ; 25-2-2003 ; 22-10-2002 ; ATC 8-11-2007, nº 1903/2007 etc,etc.), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr . es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. 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 LECr .

3. Ello no obstante, cabe examinar *la prueba* practicada con anclaje en la referencia tangencial que consta en el escrito de preparación del recuso así como en el de interposición, al derecho a la presunción de inocencia, en tanto pueda considerarse vulneración de precepto constitucional y a que su desarrollo niega la suficiencia de la prueba para sustentar el fallo condenatorio.

También se invoca en algún momento de la argumentación del motivo la vulneración del principio *in dubio pro reo* , y así, previamente al examen de la correcta desvirtuación del principio de presunción de inocencia, se hace oportuno precisar la improcedencia de la mencionada alegación de aquel principio auxiliar del juzgador. Como tal supone que una vez practicada la totalidad de la prueba, si el juez o tribunal alberga dudas sobre la culpabilidad respecto de algún aspecto de la tipicidad de la conducta habrá de resolver esas dudas en el modo que más favorable resulte para el reo, pues no haciéndolo de esta forma infringiría el mencionado motivo. Para que tenga acceso esta situación a la casación, resulta preciso que el juzgador teniendo las dudas ya referidas, y consignándolas en la sentencia, las resuelva en contra del encausado.



La lectura de la sentencia permite constatar con claridad que no existen tales dudas, por el contrario, los fundamentos de derecho de la sentencia recogen la convicción de la Sala respecto del soporte de los hechos que declara probados mediante la prueba practicada. Ninguna posibilidad de estimación de la pretendida infracción del principio *in dubio pro reo* cabe efectuar. (Cfr. STS de 03-10-2001, de 27-02-2004, o de 20-12-2004, nº 1543/2004, etc.).

4. En lo que a la *presunción de inocencia* se refiere, en palabras de esta Sala la denuncia de vulneración del mencionado principio implica constatar:

"a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y,

d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado". ( STS 480/2016 de 2-6-2016, entre otras muchas).

Y por lo que atañe al tipo subjetivo, esta Sala ha dicho (Cfr. STS 361/2006, de 21 de marzo ) que el **dolo** no puede ser percibido por los sentidos; la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de **la intención** es un hecho, sólo que se trata de un hecho subjetivo cuya probanza lo es por medios diferentes de los hechos naturales. Así como el hecho natural puede ser comprobado por prueba directa, el hecho psíquico dada su naturaleza interna, salvo improbable confesión de la persona concernida, sólo puede ser **aprehendido** –más que comprobado– por una constelación de *indicios que enlazados entre sí* equivalen a su existencia, de suerte que esa constelación de indicios viene a ser el verdadero objeto de la determinación probatoria, pues la certeza de tal conocimiento o intención, dada su naturaleza interna, resulta indemostrable, lo que no es equivalente a que sea inaprehensible intelectualmente y racionalmente aceptable por estar fundados en máximas de experiencia socialmente aceptadas. En todo caso, su lugar es el hecho en la medida que en él debe hacerse constar el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal tras la valoración crítica de toda la prueba de cargo y de descargo practicada, ( SSTS 555/2001 de 4 de Abril, 1060/2005 de 29 de julio ), por ello, cuando tales hechos subjetivos no constan en los hechos probados, este debe integrarse con aquellos deslizados en la motivación, que en ocasiones suelen ser los referentes al dolo.

5. En el caso examinado, es lo cierto que en los fundamentos de la resolución el Tribunal de instancia *detalla la prueba practicada* y su contenido incriminatorio, *esencialmente en el fundamento de derecho segundo*, comenzando por las propias declaraciones del acusado en las que reconoce -no puede ser de otro modo atendida la pericial tecnológica- sus contactos y comunicaciones con las niñas que se reflejan en el "factum" de la resolución. Admite Teodulfo que tenía una cuenta en "Tuenti" y destinada a contactar con menores, según refiere, entre 14 y 16 años, y admite, asimismo, que, el nombre que utilizó no era el suyo, y una foto de perfil que tampoco era de él. También declara que les pidió fotos desnudas o masturbándose. Reconoce, al menos, que dos de ellas Evangelina y Montserrat le manifestaron que tenían 12 años. Todo ello no produjo ciertamente la obtención del material solicitado, frustrando sus expectativas, al bloquearlo las niñas. Y a fin de justificar su conducta afirmó que era tan solo para su propio uso.

Como bien señala el tribunal de instancia, la declaración del acusado ya permite construir el relato de hechos que contiene la sentencia, enervando válidamente la presunción de inocencia constitucionalmente proclamada y situándolo fuera de su amparo.

Sin embargo, como continúa la Sala, se ha practicado la testifical de las menores, con las garantías que exige la ley, que *refuerza la prueba antecedente*. Además, lo manifestado por ellas está *avalado* por la *documental obtenida de los terminales* a través de los que se establecía el contacto. La sentencia consigna, sucinta pero significativamente, lo declarado por cada niña, con reseña de los folios de la causa en los que aparecen documentadas las conversaciones mantenidas.

Siguiendo el orden mismo de los fundamentos destaca el Tribunal de instancia que fue la denuncia de "Tuenti Technologies SL", la que dio lugar al inicio de la investigación. Al tiempo, la investigación misma realizada por la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, el informe de "Evidencias Digitales" y la declaración del perito en el acto del juicio, constituyen parte del acervo probatorio que inculpa al acusado, determinando tanto la identidad del mismo como los hechos realizados por este, tal y como se declaran probados.





No cabe aducir como alegato exculpatorio que el acusado no llegó a obtener las fotografías solicitadas. Es precisamente esto lo que determina la calificación de los delitos en grado de tentativa. *Tampoco que no las pensara destinar* a la "distribución", porque ello no es elemento del tipo aplicado. Estamos ante la captación de menores *para* elaborar material pornográfico, art. 189.1.a) CP., en la redacción vigente al tiempo de cometer los delitos. El contenido de las fotografías solicitadas colma el concepto de "**pornografía infantil**", atendida la doctrina de esta Sala. Y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 23-5-2000*, define la misma diciendo: "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*". De este modo las fotografías de niños, algunas incluso de menores de 13 años, mostrando sus órganos genitales, integra el concepto reseñado, y es *elemento normativo* del tipo.

6. Los hechos de autos se desarrollan en una época, *julio de 2013*, donde ya había entrado en vigor la reforma de nuestro CP, introducida por la LO.5/2010, de 22 de junio, en cuya Exposición de Motivos se expuso la necesidad, junto a la de elevar el nivel de protección de las víctimas, especialmente las más desvalidas, la de trasponer la **Decisión Marco 2004/68JAI** del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la *lucha contra la explotación sexual de los niños y la **pornografía infantil***, en el entendimiento de que mediante estas conductas se lesiona no sólo la *indemnidad sexual*, sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la *formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad* del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el T.VIII del L.II CP, del Capítulo II bis, denominado "*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*". Y como la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores evidenció la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para *ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual*, se introduce el art **183 bis**, mediante el que se regula el internacionalmente denominado **child grooming**, (el término de origen inglés se refiere a la acción deliberada de un adulto que pretende acosar y/o abusar sexualmente de un niño/a adolescente) a través de Internet. Para conseguir su objetivo, los "groomers" crean perfiles falsos en redes sociales u otras plataformas de chat similares inventándose una vida o persona que no son. Además de entablar conversaciones por tiempos prolongados, el propósito del diálogo es establecer confianza y pedir al menor contenido sexualmente explícito. Las fotos y vídeos eróticos son el principal medio de acción del "Grooming", este primer paso puede producir un encuentro físico, lo que desenlaza en un acoso moral, o algo peor como una violación o un asesinato. Asimismo, una vez que la víctima decide compartir material a través de engaños, el "groomer" comienza a chantajear al menor, amenazándolo con publicar sus fotos y vídeos si no entrega más o se niega a un encuentro personal.

Igualmente la traslación de la Decisión Marco en el ámbito de las figuras de prostitución y **pornografía infantil** determinó la necesidad de tipificación entre otras conductas la de **captación de niños** que queda incorporada al art. **189.1 CP**, objeto de aplicación en nuestro caso, que precedió al art 183 ter, introducido por la LO 1/2015, en vigor a partir del 1 de julio de 2015, en cuyo número 2, castiga al que "*a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor*". Se trata del **sexting** (de sex y tenting) o envío de mensajes o fotografías propias por el embaucado, es decir el engañado mediante su inexperiencia sexual como menor, y que constituya un serio peligro para su bienestar psíquico, desarrollo y formación. Figura ésta que, para un sector doctrinal, no deja de ser más que una **tentativa** del delito de **pornografía** de menores del art 189 CP, objeto de aplicación en nuestro caso.

7. Y todo ello, conforme a la propia declaración del acusado que admite haberse "enganchado a esto para su consumo", obviamente para la satisfacción sexual con la contemplación de las fotografías requeridas, respecto de las que la víctimas no tenían capacidad para consentir su utilización. En este sentido cabe recordar que "La doctrina y la jurisprudencia suelen cifrar la condición pornográfica de una conducta o de un material en los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística"( STS 1-10-2007 ).

Los fundamentos de derecho de la sentencia, no solo constituyen la razonada descripción y valoración de la prueba, sino la correcta subsunción de los hechos que sustenta la misma en el tipo penal aplicado, que se ve colmado con la reiterada actuación del acusado.

No cabe por tanto estimar vulnerado el principio de presunción de inocencia, como *tampoco indebida aplicación del art. 189.1.a) CP*, en redacción anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, constatándose que en



todos los casos se ha utilizado la posibilidad máxima que concede el art. 62 CP ., bajándose la pena *en dos grados*.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** Con la desestimación de los motivos del recurso, procede imponer al recurrente sus **costas** , de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr

## FALLO

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

**1.- DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de Ley, de precepto constitucional, y por quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación del acusado **D. Teodulfo** , contra la sentencia dictada el día 9 de Junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta , en la causa seguida contra el mismo, por delito de utilización de menores para la confección de material pornográfico. **2.-CONDENAR** a dicho recurrente al pago de las **costas** causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Andres Palomo Del Arco D. Joaquin Gimenez Garcia