

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 796/2007 de 1 octubre

RESUMEN

Utilización de menor de edad en la elaboración de material pornográfico y exhibición posterior de ese material a otra menor. Requisitos para determinar qué es material pornográfico.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 18 de Valencia, instruyó Procedimiento Abreviado, con el núm. 82/2005, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, que con fecha treinta y uno de octubre de 2006, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO: "Se declara probado, que el acusado Arturo, entre los meses de abril y mayo de 2004, contactó a través de su ordenador con el sistema de comunicación MESSENGER, ya que era usuario de la dirección de correo electrónico DIRECCION000, con la menor de 12 años de edad, nacida el 7 de octubre de 1991, Mari Juana, a la cual convenció para que le mostrase sus pechos y pubis y se masturbara delante de la web cam que ésta tenía instalada en su propio ordenador sito en su domicilio de Valencia, CALLE000 núm. NUM000. De esta forma el acusado logró la captura, en formato de video, de las imágenes de Mari Juana para posteriormente entablar relación mediante correo electrónico con la también menor Ana, de 13 años de edad, y amiga de Mari Juana. El acusado en el mes de mayo de 2005, remitió a Ana, mandándolo a su cuenta de correo DIRECCION001, sabiendo su edad, el video que había grabado a Mari Juana, y aquella a su vez lo mostró a los amigos comunes de ambas.

El día 5 de abril de 2005, el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Valencia, dictó Auto por el que se autorizaba la entrada y registro en el domicilio el acusado, sito en Quintanar de la Orden (Toledo), AVENIDA000 núm. NUM001, piso NUM002, practicándose dicha diligencia el día 7 de abril de 2004, en presencia del acusado, hallándose un ordenador portátil de su propiedad de la marca "Noteboock Computer" modelo 2.200 D., sin número de serie y su correspondiente disco duro marca Toshiba, modelo MK 2017GAP, con núm. de serie G1R26746G. El acusado, el mismo día, consintió que los Agentes de Policía delante de él pudieran comprobar el contenido del ordenador semitorre marca Dell, con disco duro de la marca Quantum modelo 005300T-1264-9ª8-00KVCON, núm. de serie 934925636589 PAPXX, que él utilizaba en su calidad de profesor en el instituto de enseñanza secundaria "Aldonza Lorenzo" sito en la calle Libertad 43 bajo, de la localidad de Puebla de Armoradiel (Toledo). Dicho ordenador era propiedad del Instituto y fue entregado a la Policía el día 11 de mayo de 2006, por el Inspector de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha.

En el disco duro del primer ordenador, el acusado guardaba 186 ficheros de imágenes (fotografías), en las que aparecen menores de edad realizando el acto sexual y felaciones entre ellos y, en otros casos, con mayores de edad. De los ficheros referidos, 155 se hallaban en el directorio de intercambio de ficheros y distribución (programa e-Donkey) y 15 en otro directorio de intercambio de ficheros y distribución (programa e mule). También guardaba 115 ficheros de archivos de video de análogo contenido, apareciendo en uno de ellos la penetración vaginal de una niña de unos 8 años, mediante un

consolador de grandes dimensiones, en contra de su voluntad y mientras se hallaba encadenada por lo pies, realizando dicha acción un niño de unos 13 años que llevaba la cara cubierta con una máscara y era ayudado por un adulto. Asimismo en otro video aparecían niñas menores de 13 años realizando una felación a una persona mayor de edad; 95 de los videos indicados eran compartidos para su distribución (programa eDonkey) y 13 ficheros estaban guardados en el directorio.

En el segundo de los ordenadores (el que estaba en el Instituto) aunque en el momento en que se incautó no aparecieron ficheros pornográficos, once días después, se hallaron 155 ficheros con imágenes (fotografías) guardadas en archivos temporales de Internet; observándose en alguno de ellos niñas de 5 a 8 años practicando felaciones a mayores de edad, y en otros casos, penetradas vaginalmente por éstos.

Todos los ficheros indicados, en virtud de las características de funcionamiento de los programas de distribución libre y de código abierto (e-mule), están a disposición de los clientes o usuarios si estaban conectados en ese instante a la red, por lo que el acusado, al guardarlos en este tipo de archivos, podía facilitar que sus contenidos pudieran ser vistos y descargados por el resto de usuarios de la red.

Los ficheros de video y fotografía fueron creados a lo largo del año 2004 y primeros meses del año 2005".

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: "Que debemos absolver y absolvemos a Arturo del delito de difusión de material pornográfico que venía siendo acusado [...]

Que debemos condenar y condenamos a Arturo, como autor criminalmente responsable:

A) Del delito de corrupción de menores [...]

B) Del delito de exhibición de material pornográfico [...]

TERCERO

Notificada dicha sentencia a las partes se preparó contra la misma por la representación del recurrente [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª) condenó a Arturo con autor de un delito de corrupción de menores y otro de exhibición de material pornográfico, por haber convencido a una menor -de doce años-, a través de Internet (sistema de comunicación Messenger) para que le mostrase sus pechos y el pubis y se masturbase delante de la web.cam que la menor tenía instalada en su propio ordenador; y, una vez obtenidas dichas imágenes, las remitió por correo electrónico a otra menor -de trece años-, amiga de la primera, que luego las comunicó a amigos comunes de ambas menores.

La representación del acusado ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia [...]

TERCERO

El segundo motivo, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 189.1 a) del Código Penal, según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 11/1999.

Según precisa -con carácter previo- la parte recurrente, "a mi representado exclusivamente se le condena por la elaboración del vídeo de la menor Mari Juana y su posterior remisión a su amiga Ana, sin que ninguna influencia ni toma en consideración pueda efectuarse respecto del resto de material intervenido tanto en su ordenador personal portátil como en los archivos temporales de Internet que aparecen con bastante posterioridad en los ordenadores del Instituto Aldonza" (del que el acusado era profesor). Y luego afirma que "lo fundamental (...) es llegar a determinar si el vídeo de la menor Mari Juana puede considerarse como espectáculo exhibicionista o pornográfico, (...), o bien, por el contrario, y a la vista del mismo nos encontramos con una situación que en modo alguno puede ser calificada de exhibicionista o pornográfica"; para lo cual hay que tener en cuenta la realidad social del momento, tal y como impone el art. 3.1 del Código civil.

El artículo 189.1 a) del Código Penal (según la redacción dada al mismo por la LO 11/1999) castiga al "que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades".

Como pone de relieve la doctrina, se trata de un delito de acción y de mera actividad, de carácter esencialmente doloso, del que puede ser autor cualquier persona, pero del que solamente puede ser sujeto pasivo un menor o incapaz (de existir varias víctimas, cada una dará lugar a un delito distinto), y la conducta típica ha de consistir esencialmente en comportamientos exhibicionistas o pornográficos. El bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir, su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas.

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

Convencer a una joven de tan corta edad (solamente tenía doce años) para que se exhiba delante de la web.cam de su ordenador, mostrando sus pechos y pubis,

constituye, sin la menor duda, una conducta exhibicionista de una menor; y conseguir también que la misma joven se masturbe ante dicha cámara, logrando así grabar tales imágenes (luego remitidas por correo electrónico a otra joven), constituye también una conducta de elaboración de material pornográfico, por cuanto masturbarse una persona en la forma indicada no puede ser calificado de conducta meramente exhibicionista o erótica, pues se adentra claramente en lo pornográfico, sin que la realidad social permita, en este campo, rebajar tal calificación, especialmente cuando en este tipo de conductas resultan implicadas personas menores de edad, como pone de relieve la fuerte reacción social que la divulgación de este tipo de hechos produce en la sociedad, suficientemente concienciada de la necesidad de protección a la infancia y a la juventud, hasta el punto que tanto las Naciones Unidas como la Unión Europea han promovido medidas adecuadas para proteger los derechos de ambas.

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

CUARTO

El motivo tercero, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia igualmente infracción de ley, "al aplicarse indebidamente -según se dice- el art. 186 del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999".

Dice la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que **los elementos configuradores del delito del art. 186 del Código Penal son los siguientes: 1) carácter pornográfico del material exhibido; 2) que la exhibición se realice a menores de edad; y, 3) el elemento intencional o doloso del agente.** Y, a este respecto, afirma que la Sala de instancia ha cometido un evidente error "por cuanto mi representado en ningún caso exhibió ni remitió el material pornográfico ocupado en su ordenador personal a nadie", si bien reconoce que "consta que le remitió (a Ana) el vídeo grabado a la menor Mari Juana"; reiterando que "el material no es pornográfico" (tal y como hemos justificado y razonado en el motivo anterior), y que es preciso también que la persona a quien se remiten las imágenes sea menor de edad (requisito que -según se dice- no es predicable del acusado, porque la propia Ana le dijo que contaba dieciocho años), por lo que no concurre tampoco el requisito consistente en la consciencia y voluntariedad de exhibir material pornográfico a menores de edad. Por último, sostiene la parte recurrente que "aun para el supuesto de que se estimara el carácter pornográfico del vídeo, (...), tampoco se darían ninguno de los dos elementos típicos de la conducta descrita en el art. 186".

Tampoco este motivo puede prosperar, pues, sobre el cuestionado carácter pornográfico del vídeo grabado por el acusado y enviado luego por éste a la amiga de Mari Juana, nos remitimos a lo ya dicho al examinar el posible fundamento del motivo precedente. Y, en cuanto al conocimiento de la edad de Ana (joven a la que el acusado remitió el vídeo), es preciso destacar que, según se hace constar en el relato de hechos probados, la misma tenía trece años de edad, y, por consiguiente, en modo alguno cabría negar, en último término, la concurrencia de un dolo eventual en la conducta del acusado; pues, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de admisión del recurso, la inferencia de la condición de ser menor de edad Ana es racional y lógica, "a partir de la profesión del acusado, profesor en un instituto de enseñanza media, de su relación, prolongada en el tiempo, vía Internet, con sendas menores, de su percepción directa de las imágenes de la niña de doce años, que

evidencian, indudablemente, su minoría de edad y del conocimiento de que ambas menores eran amigas". Por lo demás, el Tribunal, para la mejor comprensión de los hechos relatados en la resolución recurrida, conforme le autoriza el art. 899 de la LECrim, ha procedido a examinar el acta del juicio oral, pudiendo así comprobar que, Mari Juana dijo al Tribunal que, en alguna ocasión, mientras chateaba con el acusado, estaba con Ana "chateando en el mismo ordenador", "que al principio de conocerse le dice su edad", "que fue Ana la que le pasó el vídeo, no Arturo, que Ana lo difundió a Consuelo y a otros amigos"; y que, igualmente en el juicio oral, Ana manifestó que "no sabe si le dijo su edad, que cree que sí sabría que era menor por ser amiga de Mari Juana " y "que el vídeo que le mandó Arturo estaba Mari Juana desnuda de cintura para abajo masturbándose".

Por las anteriores razones, no cabe apreciar la infracción legal denunciada en este motivo que, consecuentemente, debe ser desestimado [...]

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por Arturo contra sentencia de fecha treinta y uno de octubre de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Cuarta, en causa seguida al mismo por delito corrupción de menores. [...]