

**Tribunal Supremo. 16-2-2010, nº 107/2010, rec. 1712/2009. Delito de corrupción de menores. Pornografía infantil difundida por Internet. Diferencia entre utilizar a menores para elaborar pornografía y usar esas imágenes para su difusión.**

## **RESUMEN**

La Sala acoge parcialmente el formulado por el acusado, ambos contra sentencia dictada en causa seguida por delito de prostitución y corrupción de menores. Se deja sin efecto el subtipo agravado que había sido aplicado, ya que no es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños, razón por la cual esta singular agravación solo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Pontevedra incoó procedimiento abreviado contra Luis Andrés, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, que con fecha 15 de mayo de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: El 23 de julio de 2006 se presentó una denuncia en las dependencias de la Guardia Civil de Santoña -Cantabria-. A través de ella se ponía en conocimiento de tal cuerpo la existencia de un archivo en la red de intercambio perr to peer (P2P) eDonkey que, bajo el nombre 100 greatest metal albums.pantera.megadeth.metalica.morbid angel.deicide, contenía fotografías pornográficas de menores de trece años. Agentes del Equipo de Investigación Tecnológica (Edite) de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Cantabria, procedieron a las correspondientes pesquisas, dentro de dicha P2P eDonkey, del número de hash correspondiente al archivo de vídeo que había sido denunciado. Se averiguaron así las direcciones IP de los ordenadores que durante septiembre y octubre de 2006 compartieron el archivo correspondiente a ese número de hash. Y después de los oficios del Juzgado de Instrucción número 2 de Santoña -Cantabria- a los diversos prestadores de servicios de internet (ISP), se determinaron las direcciones IP correspondientes a los usuarios que habían intercambiado el archivo de mención durante el lapso temporal indicado. Resultó de lo anterior que el 17 de septiembre de 2006, de la dirección IP NUM000, el referido archivo fue compartido bajo el nombre hardcore-pthc-kinder-preteen-r@ygold.zip por el acusado Luis Andrés, cuyas circunstancias personales ya constan y sin antecedentes penales, que en su domicilio en la CALLE000, de esta ciudad de Pontevedra, hacía uso de un ordenador personal conectado a la red de internet a través de la línea telefónica NUM001 y por medio del proveedor de servicios R Cable y Telecomunicaciones de Galicia S.A., teniendo instalada en aquel ordenador una red peer to peer (P2P) dDonkey, a través del programa cliente eMule. El referido archivo contenía una carpeta con un total de 1839 archivos de fotografías y vídeos, muchos con imágenes vejatorias pornográficas de menores de trece años, que constan en el primer DVD aportado a la causa. Con motivo de la diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio del acusado el 6 de marzo de 2007 se comprobó cómo en su ordenador -apagado en ese momento- tenía instalado el programa eMule, que se encontraba descargando y compartiendo varios archivos pornográficos en los que aparecían menores de trece años, así como otros archivos del mismo tenor ya descargados y que igualmente se compartían. En la correspondiente carpeta Incoming del programa eMule se encontró el volumen de archivos que se encuentra grabado en otros cuatro DVD que constan en la presente causa. Oros 78 archivos con idéntico contenido pornográfico, en los que intervenían menores de trece años, se encontraron en otras carpetas del sistema, en el disco duro del ordenador personal del acusado, después de que él los hubiese obtenido y puesto a disposición de ser compartidos a través de la red P2P eDonkey.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debíamos condenar y condenamos al acusado Luis Andrés , como autor responsable de un delito relativo a la prostitución y a la corrupción de menores, en su modalidad de distribución y posesión de pornografía infantil.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

QUINTO.- Ahora bien, el verdadero problema que suscita el recurrente es la protesta por indebida aplicación del art. 189.3.a) C.P., que castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años los actos previstos en su apartado 1 “cuando se utilicen a niños menores de 13 años”.

La queja casacional debe resolverse atendiendo a la actual doctrina de esta Sala que se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión de la tipicidad en supuestos de hecho idénticos al presente.

Preclara, rigurosa y extensamente argumentada, la STS núm. 674/2009, de 20 de mayo, exponía que después de las reformas llevadas a cabo por las L.L.O.O. 11/99 y 15/03, por lo que aquí nos interesa, dejando de lado otras cuestiones de este extensísimo artículo, el 189 C.P. describe un tipo básico con dos modalidades (ap.1º), un tipo privilegiado (ap.2º) y un subtipo agravado (ap.3º). La letra a) del apartado 1º contempla tres modalidades típicas consistentes en la utilización de menores de edad o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, su utilización para elaborar cualquier clase de material pornográfico, donde se incluyen los reportajes fotográficos, vídeos....., o bien la financiación de cualquiera de estas actividades. La letra b) del mismo apartado, aplicada por la Audiencia en este caso, por exclusión y al objeto de evitar duplicidades con las actividades mencionadas, hay que entender se refiere a las **conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas**, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro, añadiéndose después de la reforma del 2003 **la mera posesión** para alguno de los fines anteriores, lo que supone la necesidad de que el Tribunal desarrolle la correspondiente inferencia. Ello es así por cuanto el tipo privilegiado, también después de la reforma señalada, **castiga la posesión para uso propio del sujeto**. En el presente caso, siguiendo el hecho probado, el acusado envió al menor a través de internet “ numerosas fotografías de contenido sexual explícito en las que aparecían menores (muchos ellos de corta edad) realizando diversos actos sexuales, felaciones, sodomía ..... “, lo que implica la exclusión de la aplicación del tipo privilegiado que pretende (motivo quinto).

Despejado lo anterior, existiendo difusión del material pornográfico poseído por el acusado, y siendo subsumible su conducta por ello bajo la letra b) del apartado 1º del artículo 189, lo que se suscita es la **aplicación del subtipo agravado** comprendido en la letra a) del apartado 3º, es decir, si concurre en el caso la previsión de **haberse utilizado a niños menores de 13 años**, pero no desde la perspectiva planteada por el propio acusado, sino del alcance que debe darse a esta circunstancia y si es aplicable también a los sujetos ajenos a la elaboración del material pornográfico, es decir, a todos los casos comprendidos en la letra b) del apartado 1º, o **bien la utilización de menores de 13 años operará como agravante sólo en relación con aquellas actividades en las que a éstos se les haya hecho intervenir personalmente**, lo cual excluiría parte de las conductas previstas en la letra b) de dicho apartado. Debemos observar a este respecto que en relación con el tipo privilegiado se excluye la aplicación del tipo agravado. La circunstancia agravatoria de la letra a) del apartado 3º se refiere a “ **cuando se utilicen menores de 13 años** “, es decir, no emplea expresiones como “ tratarse de menores de 13 años “ o “ representar a dichos menores “, sino que **la acción se refiere a utilizar**, lo que es sinónimo de usar, aprovechar, emplear o servirse de dichos menores, y estas acciones pueden integrar directamente las conductas previstas en la letra a) del apartado 1º, pero no necesariamente todas las descritas en la letra b), pues **la difusión o posterior utilización de imágenes producidas por otro no significa usar o utilizar a los menores sino difundir los soportes ya elaborados en los que sí se han utilizado menores de 13 años en persona, de forma que sería necesario establecer en cada caso, en relación con la letra b) del apartado 1º, si ha concurrido o no esta utilización**. En el presente caso el acusado ha difundido soportes previamente elaborados por otros y el subtipo agravado no sería aplicable. Por otra parte, si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro a ocho años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico. El mismo criterio se mantenía en la STS núm. 795/2009, de 28 de mayo de 2.009 .

La proyección de las pautas precedentes al caso que ahora se enjuicia determina necesariamente la inaplicación

del subtipo agravado de la utilización de menores de 13 años, puesto que **el acusado se la limitado a poseer archivos pornográficos de menores de 13 años a sabiendas de que al mismo tiempo los estaba difundiendo a otros internautas. Pero en ningún caso consta prueba acreditativa de que haya utilizado a los menores de edad para elaborar el material ni tampoco consta que haya intervenido en su producción. Es más, ni siquiera se le imputan estas conductas concretas.**

Así las cosas, ha de estimarse parcialmente el motivo de casación por infracción de ley y excluir en la nueva sentencia la aplicación del subtipo agravado relativo a la utilización de menores de 13 años (en términos similares, STS núm. 1016/2009, de 28 de octubre).

El mismo criterio se mantiene en las SS.T.S. de 3 y 16 de noviembre de 2.009, en la que, además de reiterar la doctrina ya expuesta expone con toda lógica que “ **no es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños**, razón por la cual esta singular agravación solo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años “.

## **FALLO**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley, con estimación de su motivo tercero.

## **SEGUNDA SENTENCIA**

## **FALLO**

Que debemos condenar y condenamos al acusado Luis Andrés, como autor responsable de un delito relativo a la prostitución y a la corrupción de menores, en su modalidad de distribución y posesión de pornografía infantil, sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad.