

SENTENCIA

ROLLO: 88/07 **Única Instancia**

Procedente del Juzgado de Instrucción núm. DOS de Las Palmas de G.C.
PROCEDIMIENTO ABREVIADO: nº 34/07

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Doña Oliva Morillo Ballesteros

Magistrados:

D. Emilio J.J. Moya Valdés

Don José Luis Goizueta Adame

En Las Palmas de Gran Canaria, a treinta y uno de marzo de dos mil ocho.

Vista en Juicio oral y público ante esta Audiencia Provincial, Sección Sexta, la causa procedente del Juzgado de Instrucción núm. DOS de esta capital, seguida por delito de pornografía infantil, contra **JAVIER NAUZET NARANJO DÍAZ**, DNI nº 45.768.353, hijo de Rafael y de Juana del Carmen, nacido el 5 de junio de 1986, natural y vecino de esta capital, con instrucción, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en libertad provisional por esta causa, en la que han sido parte el Ministerio Fiscal y dicho acusado, representado por el Procurador Don Alejandro Valido Farray y defendido por la Letrada Doña María del Carmen Calcines Piñero, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio J.J. Moya Valdés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de pornografía infantil, previsto y penado en los artículos 74 y 189.1.b) y 3.a) del Código Penal, estimando responsable del mismo en concepto de autor al referido acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y pago de costas.

SEGUNDO: La defensa del acusado, en sus conclusiones también definitivas, solicitó su libre absolución, al no existir prueba de cargo que lo implique en la realización de los hechos que se le imputan.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Probado y así se declara que desde fecha no determinada, pero al menos durante el período comprendido entre enero de 2006 a marzo de 2007, el acusado **JAVIER NAUZET NARANJO DÍAZ**, nacido el 5 de junio de 1986, sin antecedentes penales, ha realizado en su ordenador personal, sito en su domicilio en la calle Tagoror de esta capital, diversas descargas de archivos que contienen imágenes y videos de menores de edad que son objeto de todo tipo de prácticas sexuales explícitas por parte de adultos, contribuyendo con ello a menoscabar la indemnidad sexual, la seguridad y la dignidad de la infancia, prácticas sexuales que consisten, entre otras, en penetraciones vaginales, anales o bucales realizadas en numerosas ocasiones a menores de escasos años de edad, así como a otros de siete, de nueve o de diez años de edad, en cualquier caso, todos ellos notoriamente menores de trece años. En concreto y sin ánimo exhaustivo, el acusado tenía decenas de archivos en el disco duro de su ordenador y, al menos cinco DVDs con multitud de archivos que contenían explícita pornografía infantil y en uno de ellos, por ejemplo, había grabado imágenes tales como felación de un niño de unos diez años a un adulto, o en un archivo denominado *Baby J. Compilaci n* se puede observar a una niña de tres o cuatro años exhibiéndose o penetrada vaginal y analmente o introduciéndole un adulto vaginalmente objetos como un rotulador o, entre otras, la masturbación de un adulto sobre la cara de la niña.

SEGUNDO: Para la realización de las descargas descritas, el acusado se sirvió del programa de intercambio de archivos llamado e-mule, un programa cliente de e-donkey, sabiendo que, al participar en esta red de intercambio de archivos Peer to Peer (P2P) con el referido programa, ponía a disposición de los demás usuarios de la red –como efectivamente puso- los archivos citados en el párrafo anterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de pornografía infantil, previsto y penado en los artículos 74 y 189.1.b) y 3.a) del Código Penal. A la conclusión de que los narrados son los realmente acaecidos hemos llegado tras una valoración en conciencia de las pruebas practicadas en el acto del plenario en condiciones de inmediación, oralidad y contradicción y con todas las garantías legales y constitucionales; pruebas que son de signo inequívocamente incriminatorio o de cargo y aptas para enervar la presunción de inocencia. El artículo 189.1 b) castiga a: *Elque produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitar e la producci n, venta, difusi n o exhibici n por cualquier medio de material pornogr áfico en cuya elaboraci n hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido .*

Ciertamente, si atendemos a la lectura racional del precepto que describe la conducta típica observamos que con ello se pretende tipificar todo el ciclo de explotación del material pornográfico de cualquier medio, en el que se hayan utilizado menores o incapaces. Dicho tipo penal se introduce por mor de la Ley Orgánica 11/99 de 30 de abril, siendo especialmente ilustrativo para una mejor comprensión de la ratio de dicho tipo penal el hecho de que aquella modificación legislativa traía su origen en una proposición no de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en noviembre de 1996. Es de destacar la circunstancia de que las directrices que guiaron la redacción del precepto coinciden con el contenido de la resolución 1099 (1996) de 25 de septiembre relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, así como la recomendación del defensor del pueblo dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre. En este mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea adopta sobre la base del art. 3 del Tratado de la Unión Europea el día 29 de noviembre de 1996 una acción común relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños menores, previendo para tales supuestos penas eficaces proporcionadas y disuasorias y ampliando los fundamentos de la competencia de los tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

Pues bien, todo ello determina al Estado Español a modificar las normas contenidas en el Código Penal relativas a los delitos contra la libertad sexual, por entender que tal y como venían configurados ya no respondían adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas, ni en la conminación de las penas correspondientes a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que ya no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a los seres humanos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad o integridad sexual de los menores e incapaces. Por consiguiente, esta y no otra es la ratio del precepto que ahora se examina y lo cierto es que si atendemos al resultado de la prueba practicada en autos claramente apreciamos que la conducta desplegada por el acusado efectivamente resulta susceptible de ser incardinada en el ciclo del tráfico del material pornográfico en cuya elaboración han intervenido menores de edad. El tipo penal que se analiza sanciona cualquiera de las conductas en él descritas y ello con independencia incluso de que el material tuviera su origen en el extranjero o incluso cuando su origen fuera desconocido.

SEGUNDO: Con fundamento inicial en la dignidad humana, en su calidad de valor fundamental en toda Constitución moderna (y por supuesto en la nuestra), se erige como principio básico, elemental y esencial el del Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, con el objeto de proteger a los grupos de seres humanos especialmente vulnerables ante los delitos vinculados a la explotación de índole sexual. Quien corrompe a un niño, quien le explota sexualmente, o quien como en este caso –facilita, al “bajarse” de la red archivos, que otros internautas puedan acceder a ellos- atenta contra algo mucho más importante y mucho más valioso que la moral y que las buenas costumbres. Son estas conductas las que deben, sin duda, ser sancionadas penalmente porque, al cometerlas, se produce la más grave injerencia en uno de los más importantes bienes jurídicos tutelados: el

bien del libre desarrollo de la personalidad. Es por ello precisamente que las víctimas merecen el más alto grado de protección jurídica y los agresores la mayor contundencia del sistema penal. Las repercusiones sufridas por las víctimas de delitos como los indicados no son sólo momentáneas, sino que, en numerosas ocasiones o bien no se llega a superar la afección psicológica que se ha generado por el delito, o bien se tarda varios años en conseguir una estabilidad emocional. Y ello, sin desmerecer del daño físico evidentemente sufrido por tales víctimas.

Nadie, absolutamente nadie, dispone de un derecho a introducirse en la esfera sexual ajena sin la voluntad de esa otra persona. Y menos aún, si esa otra persona carece de capacidad para consentir por tratarse de un menor. Desde esta perspectiva es preciso conseguir la más absoluta protección de derecho de todo ser humano a ejercer su actividad sexual en libertad, y ello máxime cuando nos estamos refiriendo a personas que desde un inicio se sabe que van a quedar insertas en una situación carente de libertad por carecer, a su vez, de la capacidad de análisis para decidir con responsabilidad en el ámbito sexual. En definitiva, de lo que se trata es de preservar una libertad futura o potencial evitando más que seguros daños que pueden derivarse de una experiencia sexual no consentida.

TERCERO: Aún cuando no ha sido objeto de debate en el juicio el contenido de lo que haya de entenderse por pornografía infantil, no está ahora de más recordar y traer a colación la definición que ofrece el Consejo de Europa en su Recomendación R 11, y en su informe del Comité Europeo de Problemas Delictivos de 1993. Así, se define la pornografía infantil como "cualquier material audio-visual en el que se utiliza a niños en un contexto sexual". Lo que sin duda ocurre en el caso de autos y para ello baste con observar siquiera cualquiera de los numerosísimos archivos de que disponía el acusado. Algunas de las frases de la declaración del acusado en el acto de la vista oral son las siguientes, según reza el acta recogida por la Señora Secretaria Judicial: *que es el usuario único del ordenador que está en su habitación; que tiene estudios de la ESO, que ha estudiado inglés y francés; que inglés lo ha estudiado unos cinco años; que reconoce haber descargado una serie de archivos, que buscaba pornografía de adultos, no de niños, que a veces ha consultado un diccionario de inglés en la red, que hasta que la policía se metió en su ordenador no sabía que archivos tenía, que lo que introdujo en el ordenador era <niñitas y niñas preciosas>, que vio la felicitación a un niño de entre uno y dos años y la dejó en su ordenador; que también vio y dejó archivadas las penetraciones a niñas de entre seis y siete años; que no borró las imágenes y que eran de pocos megas y que no le ocupaban mucho espacio, que no conocía el funcionamiento de la descarga; que el programa para descargar datos de internet se lo descargó el propio acusado, que no intentaba buscar pornografía infantil y que no sabía que su posesión es un delito; que no borró las imágenes por gándul, que el programa no le indica que va a ser compartido, que ve a los archivos por la noche dos o tres horas.* Como no se puede negar la evidencia y es un hecho que el acusado tenía en su poder multitud de archivos de pornografía infantil, amén de, al menos cinco DVDs con similar contenido, la estrategia de la defensa ha consistido en mantener, por un lado que el acusado desconocía el contenido de la mayoría de los archivos y que si bien es cierto que había visionado algunos, que se bajó accidentalmente, no los borró por dejadez y, por otro, que los archivos están en la red y que no sabía que al bajarlos estaba facilitando a otras personas el acceso a los mismos. Por último, también, el propio acusado ha manifestado que no sabía que la posesión del citado material era delito.

CUARTO: En cuanto a la primera alegación de que desconocía el contenido de los archivos, de la prueba practicada en el acto de la vista oral se desprende lo contrario, pues el propio acusado reconoce que había visto archivos y que no los había borrado por dejadez. Las imágenes de video ocupan bastante espacio en el disco duro del ordenador y no tiene sentido que no las borremos si, como mantiene el acusado, no le interesan. Por el contrario, no solo las mantuvo en su ordenador, lo que facilitaba, como veremos que otros usuarios accedieran a las mismas, sino que además, las grabó en DVDs, careciendo por completo de sentido que las grabe sin saber lo que graba. Nadie graba un disco sin elegir el contenido que quiere incluir en él, por ello los miembros de la Sala no albergan duda alguna de que el acusado sabía lo que tenía, quería tenerlo y conservarlo, tanto en el disco duro de su ordenador, en la carpeta *incoming* para, como veremos, bajarse archivos más rápidamente, como en soporte DVD en donde grabó las imágenes previamente bajadas de la red.

QUINTO: En segundo lugar, se alega por la defensa que los archivos están en la red y que no sabía que al bajarlos estaba facilitando a otras personas el acceso a los mismos. Comencemos por apuntar que el e-mule es un programa que nació en el amanecer del 13 de Mayo de 2002 para intercambio de archivos (su nombre es un apócope de *electronic mule*, en inglés literalmente *mula electrónica* que hace referencia a *edonkey* o *burrito electrónico*). Usa un sistema de créditos por el cual quien más sube (lo que damos) a la red, más descarga (lo que recibimos). Ya que los créditos se registran de forma descentralizada en cada uno de los usuarios de la red para evitar que sean falsificados, únicamente tendremos créditos en los usuarios a los que le hayamos subido algún archivo.

Podría decirse que funciona así: Existen una multitud de usuarios que disponen del mismo programa e-mule, con el que se puede pedir que alguien nos envíe uno(s) archivo(s) como canciones, películas, programas, etc. etc. Al mismo tiempo, se podría decir que hay otros “super usuarios” (en realidad no son tales) con un programa diferente (servidores) que almacenan los nombres de todos los archivos que los que están conectados a él tengan para compartir o soliciten de otros, incluso esos mismos servidores se conectan entre sí para solicitar si saben quien dispone en cualquier parte del mundo, de esos archivos. Al conectarnos por primera vez, obviamente, no tendremos nada que compartir (sólo se comparten aquellos archivos que previamente estén en una carpeta del programa e-mule llamada por defecto *incoming*), pero nuestras solicitudes se cursarán igual por los servidores, aunque quizás con un nivel de prioridad menor ya que nada compartimos. A medida que vamos recibiendo archivos, (o pedacitos de ellos, ya que el programa e-mule corta en trocitos cada archivo compartido), vamos ofreciéndolos a quien quiera solicitarlos, a través de los servidores. Esto hará que nuestro nivel de prioridad suba y tengamos más rapidez de respuesta a nuestras peticiones. Los servidores, y esto es importante, no tienen ningún archivo de los que los usuarios pongan a compartir, sólo los nombres y la ubicación del que lo está compartiendo. Si hay varios que los solicitan al mismo tiempo, el servidor los ordenará y pondrá en cola según unos criterios como: haberlo solicitado antes, tiempo que se lleva conectado al ordenador, ... Una vez nos toca el turno, el servidor se desentiende y el usuario demandante se conecta con el usuario que comparte y se traspanan el archivo. Es decir, en definitiva, el e-mule es un software, un programa del tipo P2P, o sea Peer to Peer (en inglés), de punto a

punto y de Usuario a Usuario (en español). La red trabaja mediante Servidores que son los encargados de interconectar a los usuarios entre sí. El e-mule se basa en una red de intercambio de archivos donde lo que uno baja, es lo que otros comparten o viceversa y así sucesivamente. El e-mule no coge ningún archivo que el usuario no quiera (basta que lo pase de la carpeta *incoming* donde se almacena por defecto a cualquier otra), pero eso sí, como mínimo se han de compartir los archivos que se están bajando.

Dicho lo anterior, el acusado alega tener conocimientos de informática a nivel de usuario, sabe inglés por haberlo estudiado cinco años; es él mismo el que se instala el programa e-mule; reconoce que veía el ordenador por la noche dos o tres horas diarias; mantiene que hacía meses que se estaba bajando archivos y de todo ello se colige razonablemente que sabía que el programa es de intercambio de archivos, entre otras cosas, por que cualquier usuario que lo utilice lo sabe y más si lo lleva utilizando meses, pues en la propia pantalla se pueden visualizar los otros usuarios que en ese momento están compartiendo el archivo, considerando que precisamente realizaba la conducta que exige el tipo del artículo 189.1 b) del Código Penal, pues al bajarse cualquier archivo, pero en concreto los que nos ocupan de pornografía infantil, estaba *facilitando la difusión* de ese material pornográfico, en cuya elaboración se han utilizado a menores de edad, pues propiciaba que otros usuarios también tuvieran acceso a los mismos.

SEXTO: Por último, también, el propio acusado ha manifestado que no sabía que la posesión del citado material era delito. En realidad, no se le castiga por el artículo 189.2 que castiga la mera posesión de material pornográfico de menores para su propio consumo, sino por la facilitación de la difusión del citado material, aunque la defensa quiere referirse a un error de prohibición, sin embargo lo cierto es que constituye doctrina reiterada (STS 10.10.2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. En el presente caso, es claro que la ilicitud de la pornografía infantil o con menores, y en ocasiones como la que se enjuicia, de edad tan escasa como la de menos de trece años cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada, es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general. Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.1194), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12.12.91, 14.3.94, y 25.4.95) que basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder. En definitiva, la apreciación del error de prohibición 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, la existencia del error y en el supuesto que analizamos es evidente que resulta a todas luces de imposible acogida la alegación examinada.

SÉPTIMO: Por otro lado, se dan los elementos que configuran el tipo agravado del art 189.3 del Código Penal y, en concreto, la utilización de niños menores de trece años. Efectivamente, los niños que aparecen en las imágenes y fotografías intervenidas son, la gran mayoría de ellos, por no decir absolutamente que todos ellos, son de edades notablemente inferiores a los trece años y aparecen realizando prácticas sexuales explícitas de contenido muy fuerte, con adultos, que repugnan a cualquier persona con unos mínimos principios morales.

OCTAVO: Por último, se ha de señalar que se dan los presupuestos para apreciar la continuidad delictiva (art. 74 Código Penal). No existe duda de que el acusado ejecutó en más de una ocasión la acción prevista en el tipo penal de referencia, lo cual ya es suficiente para integrar el requisito de la pluralidad de acciones, y tal repetición de la acción descrita supone obviamente infracción del mismo precepto penal. A este respecto el Tribunal Supremo ha declarado, entre otras las Sentencias de 28 de Diciembre, 2 de febrero y 4 de mayo de 1998, en relación a la pluralidad de acciones u omisiones típicas requeridas para integrar la figura del delito continuado que las mismas no precisan ser singularizadas con total identificación de cada una de ellas, circunstancia que se da en este supuesto, donde a pesar de la dificultad para individualizar o contabilizar cada una de las veces en que sucedieron los hechos, queda clara la pluralidad de ocasiones en que ello ocurrió, tal y como queda reflejado en el informe efectuado por los agentes de la Guardia Civil.

NOVENO: Del expresado delito es responsable en concepto de autor el acusado, por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en la ejecución de los hechos que integran el tipo (art. 27, en relación al art. 28, 11 del Código Penal).

DÉCIMO: En la realización del expresado delito no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

DECIMOPRIMERO: La pena tipo prevista en el art. 189.3 del Código Penal es de prisión de cuatro a ocho años. Al tratarse de un delito continuado, según lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 74 CP procede la imposición de la pena en su mitad superior, y al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procede individualizar la pena con arreglo a los criterios establecidos en la regla 6ª del art. 66.1 del Código Penal, a cuyo efecto, valorando que el acusado carece de antecedentes penales, se acuerda imponer la pena de seis años de prisión, con la accesoria legal (art. 56 CP) de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

DECIMOSEGUNDO: Las costas se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de un delito o falta en la forma que se establece en los artículos 123 y siguientes del Código Penal y de acuerdo con lo establecido en el art. 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española,

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a **JAVIER NAUZET NARANJO DÍAZ** como autor criminalmente responsable de un delito continuado de prostitución y corrupción de menores previsto y penado en el art. 189.1 b) y art. 189.3 a) del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN**, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.

Recábase del instructor la pieza de responsabilidad civil concluida con arreglo a derecho.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que le imponemos, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de ella por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.