



Roj: **STS 818/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:818**

Id Cendoj: **28079120012020100135**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2020**

Nº de Recurso: **2918/2018**

Nº de Resolución: **132/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 2918/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 132/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 5 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Teofilo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, de fecha 28 de marzo de 2018 en el Rollo de Sala nº 948/2017, que le condenó por un delito de 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 del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, y el recurrente representado por el procurador D. Francisco Inocencio Fernández Martínez, bajo la dirección letrada de D. José María Noguera Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 3 de DIRECCION000 instruyó procedimiento abreviado nº 2044/2014 contra D. Teofilo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, que con fecha 28 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "El acusado, Teofilo, con DNI NUM000, nacido el NUM001 - 1985, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por la audiencia provincial de Madrid sección número 17 en sentencia de fecha 23-04-2009 por un delito de distribución y tenencia de material pornográfico de menores de los artículos 189.1b y 189.2 del CP a la pena de 1 año de prisión, tenía almacenados en su domicilio sito en la c/ DIRECCION001 numero NUM002 de DIRECCION000, un pen drive NUM003 de color negro, otro pen drive cinta aislante negra y otro pen drive NUM004 de color plata, que contenían archivos informáticos en los que se representaban a personas menores de edad desnudas,



realizando prácticas de naturaleza sexual con más de 800 imágenes y 24 videos, muchas de las cuales muestran a bebés forzados a realizar felaciones y que terminan con la eyaculación del adulto en rostro del menor y preadolescentes penetrados analmente. Dichos archivos se encontraban localizados en los pen drive descritos que son efectos todos ellos propiedad del acusado, que fueron intervenidos el día 25 de noviembre de 2014 por los agentes actuantes con ocasión de la diligencia de entrada y registro autorizada mediante auto del juzgado de instrucción nº 3 de DIRECCION000 de fecha 21 de noviembre de 2014.

El acusado tenía 2 fotografías de contenido pornográfico alojadas en las cuentas de correo electrónico DIRECCION002 <mailto: DIRECCION002 > y otra más en la cuenta DIRECCION003 <mailto: DIRECCION003 >, cuya conexión a internet se realizó respectivamente mediante las IP NUM005 y NUM006 que corresponden atribuidas al domicilio sito c/ DIRECCION001 numero NUM002 de DIRECCION000 .

Posteriormente, el acusado en fechas de 13 de Octubre de 2014 al 11 de Marzo de 2015 a través de la cuenta de DIRECCION009 , asociadas al correo electrónico DIRECCION003 <mailto: DIRECCION003 > y nombre de usuario Teofilo y Pio , distribuyó fotografías de alto contenido pedófilo poniendo a disposición para su descarga a terceras personas. Las conexiones a la referida cuenta DIRECCION009 se efectuaron desde la IPS NUM007, NUM008 Y NUM009 que corresponden al domicilio sito c/ DIRECCION001 número NUM002 de DIRECCION000 .

El día 12 de Enero del 2016 el acusado subió la fotografía de un menor centrado en sus genitales y el día 14 de enero del 2016 se volvieron a subir tres fotografías del mismo menor al sitio web DIRECCION004 que se encuentra asociadas a las cuentas DIRECCION005 <mailto: DIRECCION005 > y learnerphoto cuyos números de teléfono de contacto son el NUM010 , cuyo titular es el acusado. Las conexiones al referido sitio se realizaron desde la IP NUM011 que corresponden al domicilio sito en la Calle DIRECCION001 NUM002 de DIRECCION000 .

El día 4 de Abril del 2016 se volvió a acordar entrada y registro por auto del juzgado de instrucción nº 3 de DIRECCION000 que se llevó acabo el día 5 de ese mismo mes en el domicilio del acusado situado en la anterior dirección. Se intervino a éste un teléfono móvil marca WIKO con números de IMEI NUM012 y NUM013 . En dicho teléfono móvil existe una carpeta thumbnail que contiene numerosas imágenes con fotografías de contenido sexual pedófilo. Además en dicho terminal se tiene descargada la aplicación twitter constando como correo electrónico que utilizó para suscribirse DIRECCION005 . A través de las aplicaciones DIRECCION006 se puso a disposición entre los días 1 a 4 de Abril de fotografías de contenido pedófilo. También resulta ser administrador del grupo " DIRECCION007 ", compuesto por 15 miembros, publicando decenas de fotografías de contenido sexual de menores entre los días 31 de Marzo y 5 de Abril de las cuales varias mostraba a menores atados y enjaulados en brazos y manos y con objetos introducidos en sus cavidades anales." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, dictó sentencia nº 276/18 con el tenor literal siguientes: "FALLAMOS: **Que CONDENAMOS** como autor penalmente responsable de un delito de distribución de pornografía infantil a Teofilo en quien concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reincidencia del art 22.8 del Código penal, a una pena de 7 años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y la medida de libertad vigilada por tiempo de 8 años (art 192.1 del Código penal en relación con el artículo 106.1 j del mismo cuerpo legal, con la obligación de participar en programa orientativo de educación sexual, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión y oficio relacionado con menores de edad por tiempo de 10 años conforme al artículo 193.3 del Código penal.

Procédase a la destrucción de los objetos intervenidos en la presente causa, un pen drive NUM003 de color negro, otro pen drive cinta aislante negra y otro pen drive NUM004 de color plata, así como un teléfono móvil marca WIKO con números de IMEI NUM012 y NUM013 .

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciendo saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuyo recurso deberá interponerse, en su caso, en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, y precepto constitucional por la representación del acusado D. Teofilo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero y Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la L.E.Crim. y art. 5.4 L.O.P.J, y art. 189.1 b) y 189.3, a) y b) del C.P.



Tercero y Cuarto.- Al amparo del art. 24 de la C.E., por vulneración del del derecho a la presunción de inocencia, y del derecho a la tutela judicial.

Quinto.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim.

Sexto.- Con base en el art. 849.1 de la LECrim y art. 95 y ss del C.P.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 19 de noviembre de 2018 solicitó la inadmisión de todos los motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 25 de febrero de 2020 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 18 de marzo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 276/18, dictada con fecha 28 de marzo de 2018 por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Teofilo , como autor de un delito de distribución de pornografía infantil, con la agravante de reincidencia, a la pena de 7 años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la medida de libertad vigilada por tiempo de 8 años, con la obligación de participar en un programa orientativo de educación sexual. Fue también condenado a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión y oficio relacionado con menores de edad por tiempo de 10 años.

Contra esa sentencia se interpone recurso de casación. Se formalizan seis motivos que van a ser objeto de tratamiento singular, sin perjuicio de las obligadas remisiones con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2.- El primero de los motivos, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ, y 849.1 de la LECrim, denuncia aplicación indebida del art. 189.1.b) del CP.

En ese enunciado -con cierto desorden expositivo- se agolpan quejas sobre la valoración probatoria, centradas en lo que se considera la indebida aplicación del tipo penal que sanciona la difusión de material pornográfico, previsto y penado en el art. 189.1.b) del CP. En palabras de la defensa: "...reconocida (...) la tenencia (que no la "distribución") de material pornográfico, la cuestión se centra en dilucidar si el subtipo penal fue aplicado con fundamento y fruto del resultado de la prueba practicada en el juicio"

La Sala atendiendo a la voluntad impugnativa, más que a la ordenación sistemática con la que se ofrecen los motivos, va a rechazar la quiebra del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el error de subsunción que se sugiere.

2.1.- Recientemente la STS STC 13/2004, 30 de enero, ha servido de vehículo al Tribunal Constitucional para reiterar -como recuerda la STC 70/2010, de 18 de octubre- que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De este modo "*sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado*".

Desde esta perspectiva, ninguna insuficiencia probatoria puede atribuirse a la sentencia recurrida. Los elementos fácticos sobre los que se construye el juicio de subsunción han sido proclamados después de una intensa prueba, practicada en el plenario, que el propio Tribunal *a quo* describe en el FJ 1º. En efecto, los agentes de policía que intervinieron en la aprehensión del material pornográfico, los informes elaborados por los técnicos en informática y telecomunicaciones, el resultado del acta de entrada y registro en el domicilio de Teofilo y, de modo especial, la declaración del acusado, representan las fuentes probatorias de las que se valió el órgano de enjuiciamiento.

Los agentes explicaron cómo la investigación se había iniciado en EEUU, obteniendo los datos a través de la embajada americana, que advirtió de la existencia de ciertas cuentas en Internet que compartían archivos de pornografía infantil en situación especialmente degradante para los menores. La titularidad de los dispositivos y de las direcciones IP desde los que se poseía y difundía ese material está también fuera de dudas por su constancia documentada y las propias manifestaciones de Teofilo . En palabras de los Jueces de instancia: "... así los agentes del cuerpo nacional de policía con números de carné profesional NUM014 , NUM015 , NUM016 , relataron estas circunstancias en el sentido de que encontraron el móvil marca WICO, con números



de IMEI NUM012 y otro, en el alfeizar de la ventana del baño, y que observaron que contenían fotografías de pornografía infantil; examinaron el terminal y se emitió el informe que obra a los folios 565 a 673 de la causa, informe ratificado por el agente NUM016, así refiere que se procedió al estudio de la red de internet en el terminal y se observó que a través de la red DIRECCION008 (*sic*) compartía material pornográfico de menores en actitud degradante, que se han impreso en papel. El testigo continuó manifestando que la utilización de tal red es frecuente puesto que facilita la ocultación o hace opaca la identidad de los restantes usuarios, usuarios que no por ello no han podido ser identificados; el uso de la aplicación DIRECCION009 para subir a la red el material fotográfico resulta del informe técnico que se ha efectuado, así el agente con carné profesional número NUM017 manifestó que comprobó subidas de material pornográfico desde la cuenta de IP del domicilio del acusado, igualmente la web a las que se subieron las fotografías esta asociada a una cuenta DIRECCION005 cuyo número de teléfono de contacto es el NUM010, y que el acusado ha reconocido como suya; igualmente del estudio del teléfono móvil y del chat, se desprende que el acusado era usuario del mismo y compartía material pornográfico de menores en actitud degradante, usando entre otras la aplicación DIRECCION006, lo que también reconoció en el acto del juicio; la actitud de los menores se conoce por el acceso que los investigadores tuvieron al citado material pornográfico, del que se desprende que el acusado no solo recibe fotografías sino que también las envía, como se observa del doble clic impreso en la parte superior de algunos de las fotografías, que fueron impresas, y que este tribunal ha podido comprobar por sí mismo, actitud consistente en menores enjaulados y atados o bien posando a cuatro patas, con objetos introducidos tanto en la boca, como en el ano a la vez, etc".

Resulta difícil ver en ese razonamiento del Tribunal de instancia, basado en pruebas periciales, en el testimonio de los agentes que intervinieron y analizaron el contenido de esos dispositivos de almacenamiento, en los recursos técnicos para navegar de forma pretendidamente anónima (red DIRECCION008) y para almacenar fuera del terminal el material que se poseía y difundía (DIRECCION009), un discurso irracional o poco respetuoso con el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Una vez acreditada, no ya la posesión de ese material, sino su distribución en la red, con el consiguiente menoscabo de la indemnidad sexual de los menores y de su propia integridad, la aplicación del art. 189.1.b) del CP resulta obligada y descarta cualquier error de tipicidad.

2.2.- También ha de ser rechazada la alegación referida a la posible indebida valoración de tres pendrives que podían proceder de una causa penal anterior y que habrían sido doblemente valorados.

La Audiencia da una respuesta razonable y adecuada a la alegación conectada con la posibilidad de que el material pornográfico integrado por 800 imágenes estuviera en un dispositivo que estaba ya borrado y que pudo haber sido objeto de valoración en el juicio anterior en el que el acusado respondió por hechos similares: "...la Sala entiende que si tal dispositivo informático hubiera sido intervenido para otra causa anterior, no estaría en poder del acusado; ahora bien, sin perjuicio de que no estimemos tal alegato, lo cierto es que en el hipotético supuesto de que lo excluyéramos por dudas, puesto que el funcionario de policía con número NUM018 manifestó que no podía asegurar que hubieran sido distribuidos, puesto que no había evidencias, en nada incidiría en la calificación de los hechos así como tampoco en la pena que procede imponer, a la vista de los hechos declarados como probados en base a las pruebas practicadas". En definitiva, la Audiencia no cuestiona la disponibilidad de ese concreto material pornográfico, pero pone en duda su distribución, a la vista de la respuesta de uno de los peritos que afirmó no haber podido comprobar su efectiva difusión.

Sea como fuere, la distribución de material pornográfico que sustenta la aplicación del art. 189.1.b) del CP quedó acreditada por el resto del material que fue aprehendido en dispositivos del acusado y cuya difusión se dio expresamente como probada. Tampoco ha sido determinante en la extensión de la pena, en la medida en que el subtipo agravado previsto en el art. 189.3.b) no intensifica la respuesta penal por razón del número de archivos, sino por el "*carácter particularmente degradante o vejatorio*".

2.3.- No podemos acoger la discrepancia del recurrente que le lleva a cuestionar el dolo de difusión. Alega la defensa que "...sólo la enfermedad adictiva de mi defendido y ese desdén por "visualizar" le lleva a pertenecer a este grupo cerrado (...). Por tanto no le mueve el móvil de difundir, de distribuir, sino que lo que desea a toda costa es poder acceder al "grupo cerrado" y de esta manera tener acceso a "visualizar"

La Sala entiende que el acusado sabía expresamente que la pertenencia a uno de los grupos de intercambio de material pedófilo le exigía una activa labor de recepción y difusión de las imágenes pedofílicas. Los agentes que dictaminaron la prueba pericial aludieron a algunos de los fragmentos que reflejaban las conversaciones del chat en el que participaba Teofilo. También expresaron cómo el acusado era el administrador de un grupo que respondía al nombre *DIRECCION007*". Son actuaciones que, por su propia naturaleza, excluyen cualquier duda acerca de la concurrencia del dolo.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).



3.- El segundo motivo, con el mismo enunciado que el anterior, denuncia indebida aplicación del art. 189.3 a) y b) del CP.

Cita la defensa, en apoyo de su impugnación, la doctrina de esta Sala que estima inaplicable el tipo agravado previsto en el art. 189.3 a) del CP a aquellos supuestos en los que la persona que difunde el material pornográfico, sin embargo, no ha participado en su producción.

Tiene razón el recurrente cuando reivindica la vigencia de esa interpretación de los tipos penales previstos en el art. 189. Sin embargo, existen varias razones que justifican el mantenimiento de la pena impuesta por la Audiencia, sin necesidad de proceder al dictado de una segunda sentencia.

3.1.- En principio, la Sala duda de si el tipo agravado previsto en el art. 189.3.a) del CP ha sido efectivamente aplicado. En el FJ 2º de la sentencia recurrida, se dice textualmente que los "...los hechos declarados como probados (...) son constitutivos de un delito de distribución de pornografía infantil de los artículos 189.1.b) y 189.3 y b". No existe, por tanto, mención alguna al subtipo agravado referido a la *utilización de menores de 13 años* en el fundamento jurídico en el que se proclama el juicio de subsunción. Sin embargo, en el FJ 5º, en el momento de expresar la individualización de la pena finalmente impuesta al recurrente se apunta lo siguiente: "...de acuerdo con lo previsto en el artículo 189.1.b y 189.3.a y b del Código Penal, la pena que conlleva la precitada conducta se extiende de cinco a nueve años de prisión, que deberá ser aplicada en la mitad superior al amparo del art. 66.3, al concurrir la agravante de reincidencia del mismo cuerpo legal".

La defensa también incorpora la duda a su razonamiento: "...no siendo aplicado el apartado a) (no sabemos si por error tipográfico o se excluyó)".

3.1.1.- Pues bien, de haber sido aplicado el tipo agravado previsto en el apartado a) del art. 189.3, vigente en la fecha de los hechos, habría incurrido el órgano de instancia en un error de subsunción.

Es cierto que la jurisprudencia no ha mostrado en esta materia la uniformidad que habría sido deseable. No es fácil, sin embargo, consolidar un cuerpo uniforme de doctrina cuando la norma jurídica que ha de ser interpretada está sometida a vaivenes legislativos que impiden la sedimentación de criterios hermenéuticos estables, cuyo arraigo no es incompatible con la obligada adaptación a cada supuesto de hecho sometido a nuestra consideración. Las sucesivas reformas del art. 189.3 del CP, operadas por la LO 11/1998, 30 de abril, por la LO 15/2003, 25 de noviembre y por la LO 5/2010, 22 de junio, no facilitan precisamente la tarea complementadora del ordenamiento jurídico que el art. 1.6 del Código Civil atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sea como fuere, superadas las dudas iniciales, hoy en día puede afirmarse -decíamos en nuestra SSTS 674/2010, 5 de julio- que la línea jurisprudencial que propugnaba la exclusión del tipo agravado previsto en el art. 189.3.a) del CP, respecto de aquellos casos en los que el autor no participa en lo que pudiera denominarse el primer escalón productor o distributivo, limitándose de forma exclusiva a su intercambio, ha acabado por imponerse (cfr. SSTS 588/2010; 22 de junio; 1055/2009, 3 de noviembre y 592/2009, 15 de junio).

El artículo 189.3.a) establece -decíamos en nuestra STS 340/2010, 16 de abril- un subtipo agravado cuando el comportamiento merece, como básico, ser subsumido en el ordinal 1 del mismo precepto. Es decir que tal agravación solamente puede aplicarse si la conducta reprochada ha venido constituida por alguna de las modalidades consistentes en: a) utilización de menores o incapaces con los fines en las situaciones que describe; b) actividades de producción, venta, distribución, o exhibición, o facilitación de esas actividades, de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores o incapaces.

El subtipo se agrava cuando entra un elemento específico: que el menor utilizado tenga una edad inferior a trece años.

Es doctrina jurisprudencial consolidada que esa utilización solamente se tome en consideración cuando el sujeto activo realiza la doble conducta. La básica, descrita en el apartado 1 del artículo 189; pero también la de *utilizar*. Y, se añade, no cabe contra reo interpretar como equivalente *utilizar* y *disponer* del material solamente después de que tal utilización haya culminado en la fase de producción del material. Así pues la simultaneidad en la realización de ambas conductas será lo común en el caso del apartado 1. a) del artículo. 189. Pero en el caso del artículo 189.1 b) solamente ocurrirá si el que realiza las actividades posteriores a la producción del material, es también el autor de la elaboración de dicho material.

Este es el criterio proclamado, entre otras, por las SSTS 1010/2009, 16 de noviembre, 873/2009, 23 de julio, entre otras, en las que señalábamos que cuando el legislador se refiere a "*utilizar*" menores de 13 años está aplicando el verbo "*utilizar*" como 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 1, 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 1, si ha concurrido o no esta utilización. Por otra parte, acaba diciendo la reciente doctrina jurisprudencial, 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 diez 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 años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico (SSTS 674/2009, 20 de mayo y 795/2009, 28 de mayo).

Por consiguiente, para el caso en que se hubieran calificado los hechos con la agravación que castiga a los que utilizan a menores de 13 años en la elaboración del material pornográfico, se habría incurrido en un error de subsunción.

Sin embargo, ese error -insistimos, de haberse producido- no tendría consecuencias en la determinación final de la pena impuesta a Teofilo .

3.1.2.- La Audiencia ha estimado concurrentes una agravación específica -el carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos, art. 189.3.b) CP- y una agravación genérica -la reincidencia, arts. 22.8 y 66.3 CP-.

Sobre la naturaleza de las imágenes que fueron halladas en poder del acusado y que éste contribuía a su difusión, son especialmente ilustrativos algunos de los pasajes del factum: "...archivos informáticos en los que se representaban a personas menores de edad desnudas, realizando prácticas de naturaleza sexual con más de 800 imágenes y 24 vídeos, muchas de las cuales muestran a bebés forzados a realizar felaciones y que terminan con la eyaculación del adulto en rostro del menor y preadolescentes penetrados analmente". El acusado, además, había asumido la condición de "...administrador del grupo " DIRECCION007 ", compuesto por 15 miembros, publicando decenas de fotografías de contenido sexual de menores (...) de las cuales varias mostraban a menores atados y enjaulados en brazos y manos y con objetos introducidos en sus cavidades anales".

La aplicación del tipo agravado previsto en el art. 189.3.b) del CP, no suscita ninguna dificultad en aquellos casos en los que quien divulga esas imágenes en la red capta con el dolo -directo o eventual- el carácter singularmente degradante que se añade a la vejación predicable de todo acto sexual con menores.

En el presente caso, no es fácil argumentar el desconocimiento del terrible impacto de esas imágenes cuando el autor había creado un grupo de distribución y asumido la condición de administrador, con facultades técnicas para excluir a todo aquel que no aportara escenas en la línea de dureza del grupo que se lidera.

3.1.3.- La Audiencia ha impuesto la pena de 7 años de prisión. Se ha movido en un arco dosimétrico de 5 a 9 años. Basta la concurrencia de una sola de las agravaciones -en el presente caso, aunque prescindieramos de la prevista en el apartado a) del art. 183.3, restaría la que acoge el apartado b) del mismo precepto- para provocar el efecto agravatorio. La agravante de reincidencia nos obliga a la imposición de la pena de 5 a 9 años en su mitad superior (art. 66.3 CP). La fijación de 7 años implica que la Audiencia se ha situado en el mínimo de la mitad superior.

Procede, por consiguiente, la desestimación del motivo por su irrelevancia práctica y consiguiente falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

4.- Los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 849.2 de la LECrim, denuncian la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la defensa (art. 24.1 y 2 CE), al estimar que no se han valorado las pruebas de descargo para acreditar la inimputabilidad de Teofilo que está en tratamiento para superar su adicción a la pornografía infantil. Esa falta de valoración ha menoscabado su derecho de defensa y ha impedido que se le aplique una medida de seguridad, en lugar de la pena que le ha sido impuesta.

El motivo -en línea con la argumentación que hace valer el Fiscal en su dictamen de impugnación- es manifiestamente inviable.

Esa supuesta alteración de la capacidad de querer y entender no fue objeto de alegación en la instancia. En el antecedente de hecho 2º de la sentencia recurrida se hace constar que la defensa se limitó a interesar la absolución del acusado, sin proponer prueba sobre la imputabilidad de Teofilo . No puede, por tanto, sostenerse ahora la falta de valoración de una prueba de descargo que no fue puesta a disposición del Tribunal de enjuiciamiento. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide cualquier pronunciamiento al respecto, por más que el origen de esa falta de alegación se sitúe -según entiende el recurrente- en el defectuoso asesoramiento técnico del abogado de oficio que asumió inicialmente la defensa de Teofilo . El



actual tratamiento psicológico del acusado no fue objeto de alegación y prueba y no puede, por tanto, ser ahora ponderado en casación.

5.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Teofilo contra la sentencia núm. 276/18, dictada con fecha 28 de marzo de 2018 por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid, que condenó al acusado en la causa seguida por el delito de distribución de pornografía infantil, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Julián Sánchez Melgar

D^a. Ana María Ferrer García D^a. Carmen Lamela Díaz