



Roj: **STS 4224/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4224**

Id Cendoj: **28079120012022100884**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2022**

Nº de Recurso: **10258/2022**

Nº de Resolución: **871/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3183/2022,**
STS 4224/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 871/2022

Fecha de sentencia: 07/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10258/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10258/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 871/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de noviembre de 2022.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 10258/2022, interpuesto por la representación procesal de **D. Demetrio**, contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 2022 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Sala nº 33/2022 que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2021 dictada en el procedimiento abreviado nº 548/2021 dimanante de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito continuado de elaboración de pornografía infantil, un delito de descubrimiento y revelación de secretos y otro de distribución de pornografía infantil, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora Dª. Yolanda López Muñoz; y defendido por el letrado D. Eduardo Serrano López, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 54 de Madrid, tramitó diligencia previas núm. 684/2020 por un delito continuado de elaboración de pornografía infantil, un delito de descubrimiento y revelación de secretos y un delito de distribución de pornografía infantil, contra D. Demetrio; una vez concluso lo remitió a la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid, (proc. abreviado nº 548/2021) y dictó Sentencia en fecha 24 de noviembre de 2021 que contiene los siguientes hechos probados: "El día 30 de marzo de 2020 por el Departamento de Delitos Telemáticos de la Unidad Central Operativa de Policía Judicial de la Guardia civil se recibió información de la agencia norteamericana HOMELAND SECURITY INVESTIGACIONES (HSI) dando cuenta de la producción, tenencia y/o distribución de pornografía infantil a través de Internet así como de otros delitos que no han sido objeto del presente procedimiento, respecto de los que la institución americana NATIONAL CENTER FOR MISSING & EXPLOITED CHILDREN (NCMEC) había informado a dicha agencia, que habían sido cometidos en/desde España. Tras el análisis de la información remitida, con prioridad 1 (riesgo actual o inminente) se analizaron los archivos contenidos en el informe, comprobando que contenía material pedófilo explícito y que las cuentas de correo electrónico estaban relacionadas con las mismas direcciones IP de conexión, el mismo teléfono de registro, los mismos dispositivos móviles en relación todos ellos con las cuentas DIRECCION000 y DIRECCION001, DIRECCION002 y DIRECCION003, por lo que estando todos ellos relacionados así como el perfil de DIRECCION004 [https://www. DIRECCION004 .com/](https://www.DIRECCION004.com/) DIRECCION005, se determinó indiciariamente que todo esos archivos de contenido pedófilo habían sido creados por el acusado, con domicilio en la CALLE000 núm. NUM000 de Madrid por lo que se solicitó por la Policía Judicial de la Guardia Civil, y por el Juzgado de Instrucción núm. 54 de Madrid se autorizó, una diligencia de entrada y registro en el domicilio del acusado Demetrio con NIE NUM001, nacido el NUM002 de 1983 en DIRECCION006 (Bolivia), hijo de Ismael y de Melisa, la cual tuvo lugar el día 8 de junio de 2020 para la incautación y análisis de efectos o instrumentos de los citados delitos.

Como consecuencia de la citada diligencia, se intervinieron:

Un disco duro HITACHI de 320 GB núm. de serie NUM003.

Un disco duro SEAGATE de 160GB núm. de serie .GW..NKY

Un disco duro SAMSUNG de 500 GB con núm. de serie NUM004

Un disco duro EMTEC, con núm. de serie NUM005

Un disco duro WAY-ON, de 500 GB, núm. de serie NUM006

Una tarjeta de memoria micro SD, de 16 GB.

Una memoria USB TOSHIBA, de 8 GB y núm. de serie NUM007

Una memoria USB SANDISK.

Un teléfono móvil HUAWEI P8, con IMEI 1: NUM008, IMEI 2: NUM009.

Un teléfono móvil HUAWEI P30 con IMEI 1: NUM010, IMEI 2: NUM011

Una Tablet SAMSUNG, Galaxy TAB A SM-T515, con núm. de serie NUM012

Un teléfono móvil SAMSUNG Galaxy S5, con IMEI NUM013.

Una tarjeta micro SD marca SANDISK, de 32 GB

Una tarjeta micro SD marca SAMSUNG, de 16 GB

Una tarjeta micro SD marca SANDISK, de 2 GB

Una tarjeta micro SD sin marca de 1 GB

Una tarjeta micro SD SANDISK, de 4 GB

Una tarjeta micro SD SANDISK, de 2 GB

Una tarjeta micro SD EMTEC, de 16 GB

El acusado, desde mayo de 2018 hasta septiembre de 2019, a través de la aplicación WhatsApp, ha estado utilizando el teléfono móvil marca HUAWEI modelo ALE L 21 (P8), con IMEI NUM008 y NUM009 con el que solicitó en numerosas ocasiones a la menor Esmeralda ., que le enviara fotografías de ella desnuda, tanto de los pechos como de su zona genital, presionándole con el argumento de que le quitaría el móvil o le cambiaría de colegio en el caso de que no accediera. En otras ocasiones, le ofrecía efectos materiales a cambio de material pornográfico, tales como ropa, zapatos, recargas de telefonía o un teléfono nuevo. Esmeralda nacida el NUM014 /2006, es hija del acusado por haber sido reconocida por éste, no siendo hija biológica, la cual reside en Bolivia junto a su madre y la otra hija biológica común de la pareja.

La menor llegó a enviarle este tipo de fotografías, que el acusado guardaba en sus dispositivos.

Así, el 5 de mayo de 2018, el acusado instó a la menor a que le mandara dos fotos diciendo: " *manda dos una de abajo sin short y otra de arriba de mis amigas*", logrando, tras insistir, que le mandara una foto del pecho y otra de su zona genital.

El 6 de mayo de 2018, insistió para que le enviara más fotos, presionando a la menor con expresiones como " *no estás cumpliendo*" y cuando la menor finalmente le envió una foto de su pecho y otra de su zona genital, le dijo " *estas son como las de ayer*", y tras enviarle otra de su pecho, le dijo que quería un selfie en el que le mostrase los dos pechos.

El 12 de mayo de 2018, el acusado escribió a la menor diciendo que como había suspendido inglés se merecía un castigo, dándole a elegir entre quitarle el móvil o " *4 fotos como ya sabes*".

El 23 de junio de 2018, el acusado contactó con la menor y le dijo que o le enviaba fotografías sexis o le cambiaba de colegio y cuando ésta le envió tres fotografías en la cama, vestida, le reprobó que " *no eran así*".

Entre el 18 y el 20 de agosto, consiguió que la menor le enviara dos fotos de sus pechos, y antes de enviar una tercera, el acusado le dijo " *no te olvides de ahí abajo*", logrando que le enviara otra más de su zona genital.

Además, durante varios periodos, el acusado tuvo monitorizada la actividad de la menor, mediante el acceso en vivo a sus conversaciones de DIRECCION007 , abriendo la sesión DIRECCION007 web desde su ordenador, así como a las fotografías que hacía con su móvil, sincronizando la copia de seguridad de dichas imágenes con una cuenta de correo bajo su poder.

Para lograr ese objetivo, el 17 de mayo de 2018, el acusado instó a la menor a tal fin y la guió para que configurara su teléfono de forma que él tuviera acceso a su DIRECCION007 , accediendo del mismo modo a las copias de seguridad de todas las fotos de ella. De este modo, podía borrar mensajes privados y archivos de la menor para que no pudieran ser visionados por su madre o terceras personas.

Finalmente, en el disco duro SAMSUNG de 500 GB, con núm. de serie NUM004 , estuvo instalado el programa ARES, que fue utilizado, al menos, en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2013 y el 26 de diciembre de 2016 y a través del que se había descargado 37 archivos con nomenclatura y contenido relativo a pornografía infantil, habiendo estado disponibles los mismos para la descarga por terceras personas desde el equipo informático del acusado.

El acusado tenía conocimiento que utilizando el programa Ares, al mismo tiempo que él se descargaba los ficheros con contenido pedófilo, estaba compartiendo sus propios ficheros de pornografía infantil con otros usuarios del programa.

El acusado se encuentra en prisión provisional desde el 11 de junio de 2020, habiendo sido detenido el 8 de junio de 2020." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Demetrio , de las circunstancias ya expuestas, como responsable en concepto de autor de los siguientes delitos:

A) Un delito continuado de elaboración de pornografía infantil del art. 74, 189.1.a) y 189.2.a) y g) del Código Penal;

B) Un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 y 5 del Código Penal y

C) Un delito de distribución de pornografía infantil del art. 189 1.b) del Código Penal;

Concurriendo en los dos primeros delitos la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del art. 23, mixta de parentesco,

IMPONEMOS al acusado Demetrio , las siguientes penas:

A) Por el delito continuado de elaboración de pornografía infantil: OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO O EJERCICIO DE CUALQUIER OFICIO O PROFESIÓN QUE PUEDA TENER RELACIÓN CON MENORES DE EDAD por tiempo de ONCE AÑOS de conformidad con el art. 192 núm. 3 del Código Penal; LIBERTAD VIGILADA durante SEIS AÑOS conforme a lo dispuesto en el art. 192 núm. 1 del Código Penal y éste en relación con lo dispuesto en el art. 106 núm. 1- j del mismo texto legal y la PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN A LA MENOR Esmeralda ., tanto a ella, como a su domicilio y lugares que habitualmente frecuente a una distancia de 500 metros, así como la PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON ELLA por cualquier medio o procedimiento por un tiempo de diez años, de conformidad con los arts. 57.1 en relación con el art. 48 CP.

B) Por el delito de descubrimiento y revelación de secretos TRES AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y MULTA DE VEINTE MESES a razón de una cuota diaria de 6 euros, y

C) Por el delito de distribución de pornografía infantil UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO, CARGO PÚBLICO O EJERCICIO DE CUALQUIER OFICIO O PROFESIÓN QUE PUEDA TENER RELACIÓN CON MENORES DE EDAD por tiempo de CUATRO AÑOS y UN AÑO de LIBERTAD VIGILADA de conformidad con el art. 192 núm. 1 del Código Penal y éste en relación con lo dispuesto en el art. 106 núm. 1- j del mismo texto legal, posterior a la prisión.

Se acuerda el comiso de los efectos intervenidos al acusado a los que se dará el destino legal.

Se imponen al acusado las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta se le abonará el tiempo de privación de libertad sufrido por esta causa, salvo que se le hubiera aplicado a otra.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 97/2022 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 10 de marzo, en el rollo de apelación núm. 33/2022, cuyo Fallo es el siguiente: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Demetrio contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2021, dictada por la Sección nº 4 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el procedimiento Abreviado 548/2021, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, y declaramos de oficio las costas de esta alzada.

Contra la resolución que se notifica cabe recurso de casación que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar (arts. 855 y 856 LECr)." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Demetrio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del art. 5 de la LOPJ, en relación con el art. 24 de la C.E., por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto la conculcación del principio *non bis in idem*.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado 4 del art. 5 de la LOPJ, en relación con el art. 24 de la C.E., por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto la conculcación del principio *non bis in idem*.

Tercero.- Por infracción de Ley por entender vulnerado el art. 23 de la LOPJ.

Cuarto.- Por error en la valoración de prueba respecto del tipo penal del art. 197.1 y 5 todo ello conforme a lo previsto en el art. 849.2 LECrim.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 17 de junio de 2022, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 3 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 348/2021, 24 de noviembre, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó al acusado Demetrio como autor de un delito continuado de elaboración de pornografía infantil a la pena de 8 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para empleo o cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con menores de edad por tiempo de 11 años, de conformidad con el art. 192.3 del Código Penal; libertad vigilada durante 6 años, conforme a lo dispuesto en el art. 192.1 del CP y éste en relación con lo dispuesto en el art. 106.1 j) del mismo texto legal y la prohibición de aproximación a la menor Esmeralda .A, tanto a ella, como a su domicilio y lugares que habitualmente frecuente a una distancia de 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento por un tiempo de 10 años, de conformidad con los arts. 57.1, en relación con el art. 48 CP.

Fue asimismo condenado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de 20 meses, a razón de una cuota diaria de 6 euros.

También fue declarado autor de un delito de distribución de pornografía infantil, por el que fue condenado a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, inhabilitación especial para empleo, cargo público o ejercicio de cualquier oficio o profesión que pueda tener relación con menores de edad por tiempo de 4 años y 1 año de libertad vigilada, de conformidad con el art. 192.1 del CP y éste en relación con lo dispuesto en el art. 106.1.j) del mismo texto legal, posterior a la prisión.

Este pronunciamiento fue recurrido en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso mediante la sentencia núm. 97/2022, 10 de marzo.

Se recurre ahora en casación por la representación legal de Demetrio , que hace valer cuatro motivos de discrepancia.

2.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto, "...conculcación del principio *non bis in idem*".

A juicio de la defensa, el origen de esa infracción -que ya fue denunciada como cuestión previa al inicio del juicio oral- hay que situarlo en la existencia de una resolución de rechazo, fechada el 19 de noviembre de 2020 y dictada por el Juez de instrucción penal cautelar y de violencia contra las mujeres núm. 1 de Cochabamba (Bolivia). Esa resolución fue dictada en la causa contra el acusado en virtud de la denuncia promovida por Tamara -esposa del propio acusado- por un presunto delito de corrupción de menores agravado y pornografía infantil, que habrían tenido como víctima a Esmeralda (hijastra de Demetrio). En dicha resolución se decretó el archivo del procedimiento por no existir elementos objetivos que permitieran acreditar la existencia del hecho, ni declaraciones de la víctima, ni el móvil de la misma ni pericial psicológica que permitiera demostrar que el acusado fuera responsable de tales hechos. La resolución dictada por el Juez boliviano indicaba la posibilidad de interponer recurso ante el superior jerárquico del Fiscal en el plazo de 5 días. La falta de recurso determinó que la resolución de archivo se hiciera firme. De ahí - concluye la defensa- que la existencia de una resolución firme de archivo de un procedimiento en el que consta una identidad de hechos (pornografía infantil



y corrupción de menores) implica necesariamente la conculcación del principio *non bis in idem* al ser juzgado el señor Esmeralda dos veces por el mismo hecho.

No tiene razón el recurrente.

2.1.- La Sala hace suyo el criterio del Fiscal del Tribunal Supremo cuando razona que la resolución del Juez de Bolivia era de naturaleza interlocutoria, preprocesal y, por tanto, preliminar del proceso y ofrecía serias dudas sobre su autenticidad. Esa resolución del juez colombiano de archivo venía precedida de un dictamen de fecha 18 de noviembre de 2020 del Fiscal asignado a delitos de trata y tráfico de personas y delitos conexos, dirigido al Juez de Instrucción Penal Cautelar y contra la Violencia hacia las Mujeres núm. 1 de Epi Norte, en el que se decía que tras acumular varios elementos de convicción documentales en la correspondiente investigación o "etapa preliminar" (...) no cursa ningún otro elemento objetivo que acredite la existencia del hecho y la probable participación del sindicado en calidad de autor de los ilícitos denunciados, es decir no cursa declaración de la víctima ni entrevista psicológica, ni el celular de la presunta víctima, menos, las conversaciones e imágenes aludidas en la denuncia, además que habiendo transcurrido tiempo prudente desde el inicio de las investigaciones no se ha podido notificar al sindicado a efectos de que preste su declaración informativa. En ese sentido, mientras no se notifique al sindicado con la orden de citación a efectos de tomarle su declaración informativa y que esté a derecho, no se puede emitir una resolución en su contra, porque con ello se atentaría contra el derecho a la defensa del sindicado, consiguientemente, a fin de no vulnerar derechos y garantías constitucionales de las partes, ante la falta de elementos de convicción, correspondiendo dictar la Resolución de Rechazo de Denuncia".

La resolución del Fiscal boliviano fue, pues, de rechazo de la denuncia interpuesta por Tamara contra el acusado por los presuntos delitos de corrupción de niña, niño o adolescente, corrupción agravada y pornografía, con referencia a hechos presuntamente ocurridos entre los meses de septiembre y octubre de 2019.

2.2.- La alegada vulneración del principio *non bis in idem*, cuando la primera de las resoluciones proviene del Ministerio Fiscal, suscita algunas cuestiones que ya han sido abordadas en el ámbito del espacio judicial europeo en el que, prácticamente sin excepciones, el órgano llamado a la instrucción de los procesos penales, con monopolio de la acusación pública, es precisamente el Ministerio Fiscal. El principio de libre circulación de personas ha planteado la duda acerca de si la decisión de archivo acordada por el Fiscal en un determinado Estado, puede llegar a blindar al ciudadano que se mueve entre fronteras con distintas autoridades encargadas de la persecución de los delitos.

Son muy variados los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia. Baste apuntar dos de los más significativos.

En la sentencia 11 de febrero de 2003 (casos acumulados de *Gözütok* C-187/01, y *Brügge*, C-385/01) el Tribunal de Justicia recordó que el principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que pretende evitar que una persona, al ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, por los que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal.

La sentencia 10 de marzo de 2005 (Caso *Miraglia*, C-469/03) fue la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial suscitada en el procedimiento penal entablado contra Luis Miguel, entonces enjuiciado por el *Tribunale di Bologna*, en Italia. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, en síntesis, si el principio "non bis in idem", consagrado en el artículo 54 del Convenio de Schengen, se aplica a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el Ministerio Fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo. La respuesta del Tribunal fue que el principio "non bis in idem", no se aplica a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el Ministerio Fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo.

Pero más allá de esos precedentes, de distinto significado al ser también diferentes los supuestos que latían en el planteamiento de la cuestión prejudicial, lo cierto es que, para rechazar el efecto excluyente, bastaría con atender a la naturaleza de estas diligencias y al concepto de cosa juzgada. La naturaleza preprocesal de las diligencias de investigación y su funcionalidad, en contraste con la genuina investigación jurisdiccional,



obligan a rechazar la idea de que esas diligencias del Ministerio Público boliviano pudieron generar el efecto cosa juzgada, sobre todo, después de que la razón determinante del archivo de la denuncia de la madre de la menor estuviera originado, como se explica en el dictamen del Fiscal boliviano, por no haber podido localizar al "sindicado" (...) con la orden de citación a efectos de tomarle su declaración informativa y que esté a derecho, no se puede emitir una resolución en su contra, porque con ello se atentaría contra el derecho a la defensa del sindicado, consiguientemente, a fin de no vulnerar derechos y garantías constitucionales de las partes".

Al margen de este tratamiento jurisprudencial del non bis in idem en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, se da la circunstancia de que lo que ahora se imputa a Demetrio es la creación, producción, distribución y tenencia de archivos pedófilos que fueron incautados el día 8 de junio de 2020, la grabación de imágenes pornográficas de la menor Esmeralda con la aplicación de DIRECCION007, entre mayo de 2018 y septiembre de 2019 y, por último, la instalación de un programa concebido para descargar y compartir archivos pedófilos desde 2013 a 2017.

Por si fuera poco, como puntualiza el Fiscal del Tribunal Supremo en su informe de impugnación, si el Fiscal boliviano considera que los hechos imputados no son suficientes para sostener inicialmente la imputación formal y posterior acusación, está facultado para dictar una resolución de cierre, acordando el rechazo de la denuncia, la querrela o el propio atestado. Esta resolución de archivo, sin embargo, no es obstáculo para acordar, en su caso, la reapertura de la investigación, en el supuesto de que varíen las circunstancias que dieron lugar al rechazo (incisos 2,3 y 4 del art. 301 del código procesal penal de Bolivia). Es decir, la eficacia de esa resolución de rechazo no es la propia de la cosa juzgada formal o material, por su carácter provisional, como acredita el hecho de que pueda en cualquier momento, con nuevos elementos de prueba puedan reabrirse las actuaciones. Por tanto, de esa resolución de archivo sólo puede predicarse la misma naturaleza que es propia de un auto de sobreseimiento provisional. Y sólo las sentencias o autos de sobreseimiento libre tendrían eficacia de cosa juzgada.

Precede, por consiguiente, la desestimación del motivo entablado (art. 885.1 de la LECrim).

3.- El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el anterior, entiende que la sentencia recurrida incurre en una doble valoración de unos mismos hechos, pues "...los actos de distribución constituyen la fase de agotamiento del delito de elaboración del material pornográfico". Razona la defensa que el acusado ha sido condenado como autor de un delito de elaboración del material pornográfico relativo a menores (art. 189.1.a del CP) y por distribución o difusión de ese mismo material (art. 189.1.b del mismo texto legal).

Esa duplicidad de condena desbordaría los límites impuestos por la prohibición constitucional de *non bis in idem*. De hecho, así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala -se alega- en la STS 2 de octubre de 2009.

La queja no es acogible.

En principio, tiene razón el recurrente cuando recuerda la doctrina de esta Sala que proclama la existencia de un concurso de normas, no de delitos, entre la elaboración de material pornográfico y la difusión de ese mismo material pornográfico por su autor. Sin embargo, no es esto lo que se discute en el presente caso.

En efecto, la condena del acusado como autor de un delito de elaboración de material pornográfico de menores (art. 189.1.a del CP) está asociada al fragmento del hecho probado en el que se proclama que el acusado "... solicitó en numerosas ocasiones a la menor Esmeralda ., que le enviara fotografías de ella desnuda, tanto de los pechos como de su zona genital, presionándole con el argumento de que le quitaría el móvil o le cambiaría de colegio en el caso de que no accediera. En otras ocasiones, le ofrecía efectos materiales a cambio de material pornográfico, tales como ropa, zapatos, recargas de telefonía o un teléfono nuevo. (...) La menor llegó a enviarle este tipo de fotografías, que el acusado guardaba en sus dispositivos.

Así, el 5 de mayo de 2018, el acusado instó a la menor a que le mandara dos fotos diciendo: "manda dos una de abajo sin short y otra de arriba de mis amigas", logrando, tras insistir, que le mandara una foto del pecho y otra de su zona genital.

El 6 de mayo de 2018, insistió para que le enviara más fotos, presionando a la menor con expresiones como "no estás cumpliendo" y cuando la menor finalmente le envió una foto de su pecho y otra de su zona genital, le dijo "estas son como las de ayer", y tras enviarle otra de su pecho, le dijo que quería un selfie en el que le mostrase los dos pechos.

El 12 de mayo de 2018, el acusado escribió a la menor diciendo que como había suspendido inglés se merecía un castigo, dándole a elegir entre quitarle el móvil o "4 fotos como ya sabes".

El 23 de junio de 2018, el acusado contactó con la menor y le dijo que o le enviaba fotografías sexis o le cambiaba de colegio y cuando ésta le envió tres fotografías en la cama, vestida, le reprobó que "no eran así".

Entre el 18 y el 20 de agosto, consiguió que la menor le enviara dos fotos de sus pechos, y antes de enviar una tercera, el acusado le dijo "no te olvides de ahí abajo", logrando que le enviara otra más de su zona genital".

Pero el acusado no se limitó a generar archivos pornográficos que tenían como víctima a la menor Esmeralda. La condena como autor de un delito de distribución de pornografía infantil (art. 189.1.b del CP) tiene por apoyo fáctico la labor del acusado encaminada a hacer llegar a otros pederastas, a través del programa de descarga ARES, todos los archivos pornográficos que custodiaba en su ordenador. Así se describe en el juicio histórico: "...finalmente, en el disco duro SAMSUNG de 500 GB, con núm. de serie NUM004, estuvo instalado el programa ARES, que fue utilizado, al menos, en el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2013 y el 26 de diciembre de 2016 y a través del que se había descargado 37 archivos con nomenclatura y contenido relativo a pornografía infantil, habiendo estado disponibles los mismos para la descarga por terceras personas desde el equipo informático del acusado. (...) El acusado tenía conocimiento que utilizando el programa Ares, al mismo tiempo que él se descargaba los ficheros con contenido pedófilo, estaba compartiendo sus propios ficheros de pornografía infantil con otros usuarios del programa".

Como apunta el Fiscal, es más que evidente que los injustos no se solapan, se refieren a acciones distintas, con sujetos pasivos diferentes y mecánicas operativas dispares, ocurridas en tiempos completamente distanciados.

El motivo tiene que ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

4.- El tercer motivo integra dos submotivos.

4.1.- En el primero de ellos se sostiene la vulneración del art. 23 de la LOPJ. Considera la defensa que en las fechas en las que "...teóricamente se elaboraron" esos archivos, el acusado se hallaba fuera de España, en su país de origen, Bolivia. Ello le lleva a cuestionar la jurisdicción de los tribunales españoles, que no serían competentes para la investigación y enjuiciamiento de los hechos imputados.

Esta queja ya fue debidamente atendida por el Tribunal Superior de Justicia. Los archivos fueron elaborados en el lapsus de tiempo en que Demetrio se hallaba en España.

El hecho de que algunos de los archivos pornográficos sean fotografías tomadas cuando aquél se hallaba en Bolivia no obstaculiza la conclusión favorable a la jurisdicción penal española.

De una parte, porque el art. 23.4.k) de la LOPJ confiere capacidad a los Jueces y Tribunales españoles para conocer de aquellos "...hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como (...) delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que: 1.- el procedimiento se dirija contra un español; 2.- el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España".

De otro lado, como poníamos de manifiesto en nuestro ATS 13 de marzo de 2008 -dictado en el recurso 10931/2007-, las tradicionales dificultades para la determinación del órgano jurisdiccional competente para la investigación y enjuiciamiento de un hecho delictivo, se multiplican en los casos de delincuencia cometida a través de Internet. La red facilita el anonimato, amplificando la intensidad de los efectos asociados a la ofensa del bien jurídico. Por su propia naturaleza, la comunicación telemática implica la existencia de una ruta zigzagueante, definida por los correspondientes nodos, que obliga a la modulación de las tradicionales categorías llamadas a la delimitación del lugar en el que el delito ha de estimarse cometido. En efecto, la histórica seguridad que ha venido proporcionando el principio de territorialidad, como eje sobre el que construir la distribución de los respectivos espacios jurisdiccionales, se convierte en inconveniente cuando de delincuencia cibernética se trata. La red construye su funcionalidad desbordando sin solución los límites definidos por cualquier referencia territorial. Las singularidades que ofrece la delincuencia que se vale de las comunicaciones telemáticas, obligan a resolver los problemas competenciales mediante fórmulas jurídicas abiertas que no sumen a las dificultades de investigación y a la ordinaria complejidad de los procedimientos, el problema añadido de la rigidez de unos criterios históricos que, hoy más que nunca, están necesitados de adaptación. De ahí la importancia de que, sin claudicar ante razones inspiradas por el puro pragmatismo, cobre fuerza, en relación con esta clase de delitos, el *principio de jurisdicción más adecuada*. Esta idea, desde luego, no es ajena al principio de ubicuidad, antes al contrario, complementa su significado, tal y como fue definido en nuestro acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, con arreglo al cual, "el delito se comete en todas las jurisdicciones en la que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa". No deja de ser significativo que el Convenio sobre el Cibercrimen, suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001, incorpore como criterio de atribución jurisdiccional, en los casos en que varios Estados reivindicquen su propia jurisdicción para enjuiciar una determinada infracción, la solución favorable a aquel Estado que "...esté en mejores condiciones para ejercer la persecución" (art. 22.5).

No existió vulneración alguna de las reglas llamadas a la determinación de la jurisdicción y competencia. Proceda el rechazo de la alegación del recurrente que denunciaba la vulneración del art. 23.4 de la LOPJ.

4.2.- Con cierto desorden sistemático, también sostiene la defensa la vulneración, por inaplicación indebida, del art. 183 ter 2 del CP .

Se argumenta que los hechos declarados probados en la instancia sólo deberían haber sido inculcados en el art. 183 ter 2, en la medida en que el acusado se habría limitado a solicitar de forma continuada a la menor el material pornográfico, pero no fue él el que elaboró ese material, sino que era Esmeralda quien le remitía las imágenes que ella tomaba de sí misma.

No tiene razón el recurrente.

El art. 183 ter 2 del CP castiga a quien "...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 un menor".

Como ya apuntábamos en las STS 777/2022, 22 de septiembre y 151/2019, 21 de marzo: "... el nuevo tipo penal cuya aplicación solicita el recurrente (art. 183 ter.2) se refiere al fenómeno criminal conocido como sexting, neologismo que aparece integrado por las palabras en inglés "sex" y "texting" -envío de mensajes-, en este caso de fotografías propias con contenido sexual que se remiten vía internet a terceras personas por menores de edad. [...] Sin embargo, la calificación jurídica alternativa que propone mediante la aplicación de ese precepto es claro que no puede admitirse. Pues el nuevo delito de embaucamiento tipifica conductas consistentes en contactar con menores de 16 años, a través de internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, y realizar "actos dirigidos a embaucarle" para que le facilite o le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca o se muestre un menor, ya sea él mismo, o, en su caso, un tercero. Y ello no es lo que en nuestro caso sucede, habida cuenta que el acusado no se limitó a realizar actos dirigidos a embaucarle, sino que realmente ha ido mucho más lejos, puesto que consiguió embaucarle y además obtuvo la materialización del resultado del embaucamiento, en la medida en que consiguió que los menores le proporcionaran imágenes sexuales suyas en las que aparecían masturbándose y en otras actitudes calificables como pornográficas.

Por consiguiente, el acusado no sólo realizó actos preparatorios del tipo penal del art. 189 del texto punitivo (según algún sector doctrinal se trataría de una auténtica tentativa), sino que además ejecutó actos específicamente comprendidos dentro de ese precepto, dado que como dice la Audiencia utilizó a los menores con fines pornográficos o exhibicionistas y para que le elaboraran material pornográfico integrado por las imágenes de los propios menores a los que acosaba mediante sus contactos a través de internet.

No se limitó, pues, a realizar los actos preparatorios previos a la comisión del delito de pornografía infantil previsto en el art. 189 del C. Penal , que es en lo que sustancialmente consiste el nuevo tipo penal de embaucamiento, sino que alcanzó el resultado material del delito de pornografía infantil que prevé el referido precepto, y además en algunos de los casos en la modalidad agravada de su apartado 3.a).

Por consiguiente, la relación entre los arts. 183 ter 2º y 189 del CP es la propia del concurso de normas, de suerte que si a la estrategia inicial de acercamiento siguen actos ejecutivos propios del delito de pornografía infantil, la condena por el art. 189 absorberá el desvalor de las maniobras aproximativas que han permitido ese resultado (art. 8.3 CP). Cuestión distinta es la regla concursal conforme a la que ha de resolverse la relación entre el primero de los apartados del mismo art. 183 ter y el art. 189 (cfr. acuerdo de Pleno 8 de noviembre de 2017).

En el caso que nos ocupa, el acusado Demetrio no se limitó a contactar con la víctima, sino que después de conminarla con distintos argumentos de significado coactivo para que le enviara fotografías de diferentes partes de su cuerpo, obtuvo esas imágenes digitalizadas que incorporó a su ordenador. El acusado obtuvo su propósito y lo hizo con la resignada colaboración de su víctima. De hecho, fue ella la que le envió, siguiendo su admonición, dos fotografías "... una de abajo sin short y otra de arriba de mis amigas", logrando así "...que le mandara una foto del pecho y otra de su zona genital". El argumento de la defensa, centrado en la ausencia de antijuridicidad cuando es la propia menor la que envía el material pornográfico que el acusado le empuja a elaborar, carece de toda viabilidad. La afectación del bien jurídico protegido en el art. 189.1.a) del CP es incuestionable. Tratándose en este caso de una niña de 12 años, la intensidad del injusto puede hacerse incluso más evidente cuando es la propia menor la que ha de fotografiar aquellas zonas de su cuerpo que excitan a su interlocutor para luego enviarlas por vía telemática.

La queja del recurrente tiene que decaer.



5.- El cuarto y último motivo denuncia error en la valoración de la prueba "...respecto del tipo penal del art. 197.1 y 5 todo ello conforme a lo previsto en el artículo 849.2 de la LECrim".

Estima la defensa que en ningún momento ha quedado acreditado que el acusado hiciera uso de la aplicación que instaló en el teléfono usado por la hija de su pareja para proveerse de material pornográfico de la menor. Además, la finalidad de conocer las comunicaciones de Esmeralda no era otro que ejercer un control parental respecto de quien llevaba sus apellidos aunque no fuera hija biológica. Se añade que el teléfono era titularidad de la madre de la menor - Tamara - y que ésta consintió, después de un momento inicial de oposición a que la monitorización siguiera adelante.

El motivo no puede prosperar.

De entrada, el simple enunciado de la queja del recurrente, frente a la exigencia prevista en el art. 874.1 de la LECrim, se expresa con excesiva elasticidad, hasta el punto de que la cita del art. 849.2 de la LECrim no va acompañada de la designación de documentos que justificarían ese error valorativo (art. 884.6 de la LECrim). Por si fuera poco, el desarrollo del motivo mezcla consideraciones de discrepancia con el soporte probatorio del relato de hechos probados con el desacuerdo en el juicio de subsunción.

Sea como fuere, el hecho de que se trate del recurso interpuesto por una parte pasiva invita a esta Sala, además, a manejar con mayor indulgencia la inobservancia de los requisitos formales (cfr. SSTs 1068/2012 de 13 de noviembre, o 136/2017, de 2 de marzo). El Tribunal ha de suplir en la medida de lo posible los déficits de forma (SSTEDH de 14 de enero de 2003, asunto *Lagerblom* , o de 11 de octubre de 2016, asunto *Zubac* ; y STS 705/2012, de 27 de septiembre).

Desde esta perspectiva, la línea argumental basada en que la monitorización de las comunicaciones de la menor sólo fue concebida para controlar su proceso educativo, pero no para obtener imágenes pornográficas, no se sostiene. No existe en el hecho histórico pasaje alguno que así permita tenerlo por acreditado. Todo lo contrario. En el *factum* se expresa que "... el acusado tuvo monitorizada la actividad de la menor, mediante el acceso en vivo a sus conversaciones de DIRECCION007 , abriendo la sesión DIRECCION007 web desde su ordenador, así como a las fotografías que hacía con su móvil, sincronizando la copia de seguridad de dichas imágenes con una cuenta de correo bajo su poder. (...) Para lograr ese objetivo, el 17 de mayo de 2018, el acusado instó a la menor a tal fin y la guio para que configurara su teléfono de forma que él tuviera acceso a su DIRECCION007 , accediendo del mismo modo a las copias de seguridad de todas las fotos de ella. De este modo, podía borrar mensajes privados y archivos de la menor para que no pudieran ser visionados por su madre o terceras personas".

Eso es lo que proclama el relato de hechos probados y el acusado no señala elemento alguno del que pueda desprenderse que lo que ahí se describe, sin embargo, no aconteció.

En cualquier caso, la Sala no puede identificarse con el razonamiento acerca de la ausencia de antijuridicidad por el hecho de que mediante la monitorización del dispositivo de Esmeralda no se perseguía la obtención de material pornográfico. En efecto, el art. 197.1 del CP sólo incorpora en el tipo subjetivo un elemento tendencial, a saber, el propósito de vulnerar la intimidad de la persona a la que se interceptan sus comunicaciones telemáticas. El que la injerencia esté enriquecida con una finalidad adicional y que ésta sea efectivamente lograda, es cuestión que no debilita la estructura del tipo penal por el que se ha formulado condena.

El hecho de que Esmeralda sólo contara con 12 años de edad tampoco autoriza la conclusión de que sus comunicaciones podían ser, siempre y en todo caso, interceptadas. Nos adentramos así en una materia que obliga a importantes matices con el fin de balancear adecuadamente la convergencia entre los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad y el derecho del menor a reivindicar su propia intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones. No es fácil hacer afirmaciones generales que prescindan del supuesto de hecho que, en cada caso, esté siendo objeto de análisis. Es cierto que existe un uso social que tolera la indagación por los progenitores de las comunicaciones que pueda mantener un menor usuario de un dispositivo proporcionado por los propios padres. También lo es que la absoluta dejación de los padres respecto de sus deberes de diligente cuidado puede constituir la obligación de responder civilmente. Así se deriva del art. 61.3 de la LO 5/2000, 12 de enero, que declara a los padres responsables solidarios de los hechos cometidos por un menor de 18 años. Pero afirmar que el derecho a la intimidad del menor sólo se alcanza cuando éste llega a la mayoría de edad no es acorde, no ya con la esfera de capacidad que el derecho civil reconoce al menor de edad, sino con la proclamación expresa del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que en los dos apartados del art. 16 establece lo siguiente: "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. (...). El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques" (art. 16.1 y 2).



En cualquier caso, en el presente supuesto no existe atisbo probatorio que permita suponer que la finalidad del acusado fue la de proteger a la víctima menor de edad. Y nada añade a la singularidad de este caso el hecho de que la madre, según sugiere el recurrente, hubiera consentido o no esa monitorización. Tampoco existe dato alguno que permita tener por probado que Esmeralda autorizó la injerencia del acusado en su dispositivo, del que no hay constancia en el relato fáctico. Lo que sí refleja el relato de hechos probados es un clima coactivo del acusado -padre adoptivo de la víctima- sobre una niña de 12 años a la que, durante mucho tiempo, sometió a sevicias que degradaron su dignidad e indemnidad sexual.

El motivo no puede prosperar. (arts. 884.3, 4 y 6 de la LECrim).

6.- 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 **D. Demetrio** , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 97/2022, 10 de marzo, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia núm. 348/2021, 24 de noviembre, pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

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. Antonio del Moral García D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Carmen Lamela Díaz D. Javier Hernández García