

Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª, Sentencia 3/2024 de 5 Ene. 2024, Rec. 121/2023

Ponente: Blat Peris, María Eulalia.

Nº de Sentencia: 3/2024

Nº de Recurso: 121/2023

Jurisdicción: PENAL

ECLI: *ES:APL:2024:233*

8 min

Absolución por delito de sexting pues el envío por la menor de una foto en bikini no se considera material pornográfico

CORRUPCIÓN DE MENORES. Sexting. Absolución. Existencia de contacto entre la menor y el acusado mediante la red social Instagram, solicitando éste varias fotografías, sin que las mismas tengan un contenido sexual que permita tener por probada la concurrencia de los elementos del tipo. Relación con el delito de captación de menores para la elaboración de pornografía infantil, como acto preparatorio. No consta probado que el acusado hubiese embaucado a la menor para que le facilitase material o imágenes pornográficas. El envío de una fotografía de la menor en bikini no se considera material pornográfico.

La AP Lleida estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lleida y absuelve del delito de acoso sexual a menor de 16 años.

TEXTO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA

- SECCIÓN PRIMERA -

Apelación penal nº 121/2023

Procedimiento abreviado nº 157/2022

Juzgado Penal 1 Lleida

SENTENCIA NUM. 3 /24

Ilmas. Sras.

Magistradas

MARIA EULALIA BLAT PERIS

MERCÈ JUAN AGUSTÍN

MARÍA ÁNGELES ANDRÉS LLOVERA

En la ciudad de Lleida, a cinco de enero de dos mil veinticuatro.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, integrada por las señoras indicadas al margen, ha visto el presente recurso de apelación contra sentencia de 04/09/2023, dictada en Procedimiento abreviado número 157/2022 seguido ante el Juzgado Penal 1 Lleida.

Es apelante Luis María, representado por la Procuradora D^a. ELISABETH GUARNE TAÑA y dirigido por el Letrado D. ALBERT SARRI PLANELLAS. Son apelados el **MINISTERIO FISCAL**, así como **Ascension** menor de edad y representada por sus padres y titulares de la patria potestad Amadeo y Camila, representada por el Procuradora D^a. M^a ANTONIA VILA PUYOL y dirigida por el Letrado D. GERARD CANALS TORRENT.

Es Ponente de esta resolución la Magistrada Ilma. Sra. D^a Maria Eulalia Blat Peris.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Penal 1 Lleida se dictó sentencia en el presente procedimiento en fecha 04/09/2023, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a Luis María, como autor criminalmente responsable de delito de abuso sexual contra menor de 16 años, tipificado en el artículo 183. ter.2, del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, ya definido y sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: 1.- **UN (1) AÑO y TRES (3) MESES** de **PRISIÓN e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO** durante el tiempo de la condena. 2.- **PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 200 METROS A Ascension, DE SU DOMICILIO LUGAR DE TRABAJO Y DONDE ELLA SE ENCUENTRE POR UN TIEMPO DE CUATRO (4) AÑO Y TRES (3) MESES.** 3.- **PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN POR CUALQUIER MEDIO CON Ascension POR UN TIEMPO DE CUATRO (4) AÑO Y TRES (3) MESES.** 4.- **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CUALQUIER PROFESIÓN U OFICIO, SEA O NO RETRIBUIDO QUE CONLLEVE CONTACTO REGULAR Y DIRECTO CON MENORES DE EDAD, DURANTE EL PLAZO DE CINCO (5) AÑOS Y TRES (3)**

MESES. Se acuerda la imposición al condenado del pago de las costas procesales causadas, incluyendo las de la acusación particular".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación, mediante escrito debidamente motivado, del que se dio traslado a los apelados para adhesión o impugnación, evacuando dicho trámite en el sentido de impugnarlo, solicitando la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Remitidos los autos a la Audiencia, esta acordó formar rollo, y se designó Magistrada Ponente a la que se entregaron las actuaciones, señalándose día y hora para deliberación y votación.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se admiten los que contiene la resolución recurrida en todo lo que no se opongan o contradigan lo que a continuación se argumenta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la defensa del penado, Luis María, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Lleida en fecha 4 de septiembre de 2023, solicitando la libre absolución de su patrocinado, sobre la base de que se habría producido un evidente error en la aplicación del derecho,- en concreto en la aplicación del art 183 ter 2 del C-, *al no haber quedado acreditado que se hubiese embaucado a la menor para que facilitase al acusado material pornográfico ó imágenes pornográficas.*

El Ministerio Fiscal y la A. particular interesaron la confirmación de la sentencia en todos sus extremos por sus propios fundamentos, destacando que de la prueba practicada en el acto del juicio oral y de la documental obrante en las actuaciones resultaba acreditada la comisión de la conducta penada en el [artículo 183 ter.2 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#) a la vista del tenor y contenido de los mensajes y de las fotografías que el acusado le envió a la menor y que a su vez pretendió que esta le remitiera a él.

SEGUNDO.- Se ha de partir en el supuesto de autos, tal y como recoge la resultancia fáctica de la sentencia impugnada, de que efectivamente el acusado y la menor *tuvieron contacto a través de la red social Instagram* durante la primera semana del mes de julio de 2019; así como que el acusado en una de las conversaciones mostró interés en saber que llevaba

puesto la menor para dormir, y que al contestarle esta que llevaba un top le pidió una foto del mismo; también, que al día siguiente y en el marco de otra conversación que mantuvieron sobre ir a la piscina, el acusado le pidió que le enviara una fotografía en bikini; y que aunque el acusado le envió una foto de un hombre en calzoncillos en la que se adivinaba un pene en erección, y de otra en bañador, la menor tan solo le remitió una fotografía en la que aparecían las extremidades inferiores de alguien vestido con una sudadera ó pijama.

Y es evidente que ante tal relato de Hechos el recurso interpuesto debe ser estimado.

Si analizamos el delito regulado en el [artículo 183 ter.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) observamos que el precepto 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".

Este delito, denominado con el término anglosajón *sexting*, proviene de la contracción de sex ('sexo') y texting ('mensajear'), y supone el *embaucamiento de un menor para obtener material o imágenes pornográficas*. Es decir, consistiría en el envío de mensajes de contenido sexual a través de las TIC para conseguir que un menor de dieciséis años facilitase o mostrase material pornográfico.

Y ello nos lleva a hablar de los *elementos objetivos* del delito, que serían: 1) Contactar con un menor de 16 años a través de cualquier TIC; 2) Realizar actos de embaucamiento, entendidos como una seducción que desvanece las barreras defensivas, prevaliéndose de una cierta superioridad (que puede ser moral, ambiental o derivada de las características del sujeto pasivo o activo o de cualquier otra circunstancia) y que se dirige a obtener un consentimiento viciado, cercenando con ello la libertad personal del afectado; y 3) Solicitar del menor material que tenga contenido pornográfico, no siendo necesario que tal material sea recibido, bastando con una pretensión de exhibición.

El Tribunal Supremo ha entendido que *este delito es una forma imperfecta de ejecución del delito de captación de menores para la elaboración de pornografía infantil* ([art. 189.1.a CP \(LA LEY 3996/1995\)](#)), bien como una *tentativa*, bien como un *acto preparatorio punible*. Con ello, el bien jurídico

protegido es el mismo que el que tutela el [art. 189.1.a CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) , es decir, el derecho al desarrollo equilibrado del menor en relación con su desarrollo sexual. El Tribunal Supremo entiende que el *sextingno es un delito autónomo de peligro (concreto o abstracto), sino una tentativa punible o un acto preparatorio de otro delito*, y ello pese a que este delito no se encuentre ubicado sistemáticamente junto a los delitos relativos a la pornografía infantil.

Y así, la [STS 151/2019, de 21 de marzo \(LA LEY 46541/2019\)](#) parece apreciar que existe entre ambos tipos una *relación de progresión delictiva, en cuanto la petición y obtención de ese material fotográfico por parte del menor excedería de los límites de los actos preparatorios* penalizados en el art 183 ter 2 y situaría los hechos en el ámbito del art 189. 1. A) Y asimismo lo indica también la más reciente sentencia 916/2021, de 24 de noviembre (LA LEY 227260/2021).

Así pues, debemos concluir que el precepto por el que aquí se acusa está castigando, de un modo autónomo, un acto preparatorio de otro delito,- el de pornografía infantil-, *posibilitando que aunque no llegue a obtenerse el material pornográfico, la acción no quede impune.*

Pero para que no quede impune, el delito debe estar consumado. Es decir, que *el responsable haya llevado ya a cabo la acción dirigida a satisfacer su ánimo libidinoso por la vía de solicitar material pornográfico ó imágenes pornográficas, ya sean del menor ó de un tercero, sin que sea necesaria la obtención del mencionado material para su consumación, al no tratarse de un delito de resultado sino de mera actividad ó de consumación anticipada.*

Y en el marco expuesto es evidente que el problema que nos encontramos en el supuesto de autos viene referido al elemento objetivo del tipo, pues esta Sala *en modo alguno puede compartir* el criterio del Magistrado a quo de que *el tipo haya quedado consumado por el hecho de que el acusado remitiese a la menor la fotografía de un hombre en calzoncillos en la que podía adivinarse una erección*, y que ello se hiciera para obtener de ella otras de contenido pornográfico, pues, aunque ciertamente *la fotografía es totalmente inadecuada dada la edad de la menor, en ningún momento el acusado le expresó a esta su deseo de que ella le remitiese a él material de índole sexual, y mucho menos pornográfico.*

En primer lugar, no olvidemos que respecto de lo que *debe entenderse por material pornográfico* la reciente [STS 142/2023 de 1 de marzo de 2023 \(LA LEY 30140/2023\)](#) indica que " *será considerado pornográfico aquel material visual cuyo contenido preponderante, reiterativo y detallado, con la finalidad de estimular sexualmente a otra persona, represente imágenes explícitas del coito, de otras formas de relaciones, contactos o conductas sexuales de una persona o entre personas o de los genitales expuestos en contextos sexuales o de prácticas sexuales. Representaciones que por su explicitud y crudeza resulten potencialmente idóneas para producir efectos perjudiciales -distorsión perceptiva, deformación de actitudes y comportamientos sexuales- sobre el proceso de maduración sexual de los niños y niñas*".

Y es evidente que a la vista de tal definición, *ni la fotografía de un hombre en calzoncillos, - se adivine o no una erección en el individuo que los exhibe-, ni las fotografías que pide, de una niña de 12 años en top ó en bikini-, que ni tan siquiera recibe-, merecen la catalogación de material pornográfico*.

En segundo lugar, *lo que constituiría la acción típica en este caso tampoco sería el envío por si solo de material sexual del acusado a la menor, sino a la inversa*. Pensemos que aun en el supuesto de haber sido enviado por el acusado material pornográfico a la menor, - que reiteramos no ha sido así-, no estaríamos hablando del tipo del embaucamiento del art 183 ter 2 *sino del de exhibicionismo del art 186 del Cp. (LA LEY 3996/1995)*

En tercer y último lugar, debe tenerse en cuenta que el tipo del art 183.ter 2 del CP alude a una *petición expresa que el sujeto activo debe haber realizado al menor*, es decir, se parte de una conducta exteriorizada, por cuanto ese *acto dirigido a embaucar al menor debe acompañarse de una solicitud explícita de que este ponga a su disposición las imágenes o materiales pornográficos* en cuestión.

Ciertamente, el legislador, con *la introducción de este delito de sexting quiso un adelantamiento de la penalización a actos preparatorios del delito de pornografía infantil*, en el sentido de que *bastaría que tal material pornográfico hubiese sido expresamente solicitado para que, aunque finalmente no le fuera remitido por la víctima menor*, el tipo delictivo del art 183 ter 2 ya se hubiera consumado.

Lo que *no puede es ser ampliado*, a diferencia de los que las acusaciones pretenden, hasta el punto de *considerar como típico cualquier contacto que suponga un acercamiento previo del adulto al menor*, - por mucho que se presuponga que esta realizado con motivaciones sexuales, a la vista del cariz de los mensajes remitidos-, si no se le ha llegado a requerir para que envíe material pornográfico.

Ello supondría llevarnos a una preocupante y *desmesurada ampliación del ámbito de lo punible*, extendiéndolo más allá de la mera solicitud de imágenes pornográficas de la víctima, que es lo previsto por el legislador.

Sentado lo anterior no podemos dejar de hacer constar que los hechos declarados probados *en ningún caso pueden ser calificados como constitutivos de un delito de embaucamiento ó sexting del art 183 ter.2 del Cp (LA LEY 3996/1995)*, *ni aun en grado de tentativa*, en tanto *no suponen siquiera un inicio de ejecución de la conducta típica y se mantiene en el ámbito de los actos atípicos, ó preparatorios impunes*, desde la perspectiva del tipo penal propuesto; *el acusado no llegó ni tan siquiera a insinuarle a la niña -, y mucho menos a pedirle-, que le enviara material de contenido sexual y aun menos el de contenido pornográfico que el tipo exige*, pues no olvidemos que fue la propia menor la que en el acto del plenario *negó, pese a lo que habría mantenido en fase de instrucción, que el acusado le hubiera pedido fotos desnuda*.

"Nadie cuestiona -se decía ya en la STS 120/2009, 9 de febrero (LA LEY 3354/2009) - que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afección de un bien jurídico cuando aquél se muestra todavía lejano o poco intenso. Con la imaginación podrían haberse cometido todos los delitos. De ahí que sólo la verdadera energía delictiva justifica la intervención del derecho penal".

En atención a lo expuesto, el comportamiento del acusado debe quedar en este caso *impune, debiendo ser íntegramente estimado el recurso de apelación* interpuesto .

TERCERO.- Procede, a tenor de nuestros anteriores razonamientos, declarar de oficio la costas causadas (artículos 239 y 240 de la LECR).

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Guarné Tañá, en nombre y representación de Luis María, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de LLEIDA, de 4 de septiembre de 2023, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, dejándola sin efecto, absolvemos al recurrente del delito de Abuso Sexual , en su modalidad de Acoso sexual del [art 183 ter \(LA LEY 3996/1995\)](#). 2 del Cp, del que venía siendo acusado en la causa de que trae razón este recurso, con todos los pronunciamientos favorables, así como acordar el levantamiento de las medidas cautelares que hubieran podido acordarse durante la tramitación de la causa, declarando de oficio las costas de esta apelación.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo por infracción de Ley en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación.

Expídase testimonio de la presente resolución que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, quien deberá acusar recibo de los autos y de la certificación, y reportado que sea, archívese este rollo, previa nota.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La Magistrada Ponente del presente Rollo ha leído y publicado la resolución anterior en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

La Letrada de la Adm. de Justicia