

04 MAY 2021

# Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2017

Núm. 46 (Abril-Junio)

Jurisprudencia

3. Fichas de jurisprudencia

Derecho penal

2. Abusos sexuales a menores mientras dormían con grabación de la conducta por parte del acusado (MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA)

## 2 Abusos sexuales a menores mientras dormían con grabación de la conducta por parte del acusado

---

STS, de 11 enero 2017 (RJ 2017, 44)

**MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA**

*Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona*

**ISSN 1575-4022**

**Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 46**  
**Abril - Junio 2017**

Recurso de casación interpuesto contra la [Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León 28 de marzo de 2016](#) (ARP 2016, 421) en causa seguida contra Justino por delito continuado de abusos sexuales previstos y sancionados en los [arts. 181.1.2 y 5 CP](#), y [180](#) circunstancia 3.<sup>a</sup> del Código Penal y un delito de revelación de secretos del [art. 197.1](#) del Código Penal, absuelve a Justino de los delitos de abusos sexuales continuados y no continuados del [art. 183](#) C.P y de los delitos de corrupción de menores, creación de material pornográfico por los que venía acusado. El TS casa parcialmente la sentencia y condena a Justino como autor de 12 delitos continuados de abusos sexuales a menores de 13 años del art 183 1.<sup>º</sup> CP y de 16 delitos de pornografía infantil de los [arts. 189 1 a\)](#) y [189 3.º](#), letras a) y f) CP, por ser las víctimas menores de trece años y el acusado guardador de las mismas.

Ponente Excmo. Sr. D: Cándido Conde Pumpido Tourón

El abusar de persona dormida, es subsumible también en el delito del [183.1](#) CP y no en el [181](#) CP cuando se trata de menores.

**Voces**

Delito de abuso sexuales a menores de edad; indemnidad sexual; delito continuado de abusos sexuales; creación de material pornográfico en el que intervienen menores

**Supuesto de hecho**

Justino, al menos desde el año 2010, aprovechando la circunstancia de que era monitor de natación colocó de forma intencionada una cámara de filmación oculta en una bolsa o mochila de su propiedad, y aprovechando sucesivas, diversas y repetidas ocasiones en las que él mismo se encontraba en los vestuarios del centro, procedió a grabar y obtener imágenes de personas sin identificar, mientras se estaban cambiando de ropa, algunos de ellos menores de edad, que aparecían desnudos.

Desde el 16 de julio de 2011 hasta 30 de julio de 2011 en León y desde el 16 de julio de 2012 hasta el 30 de julio de 2012 en Cáceres, el acusado ejercía como monitor y director en sendos campamentos infantiles que tuvieron lugar en ambas localidades, teniendo entre sus funciones las de velar por la integridad física y cuidado de los menores de 13 años que allí se encontraban en los períodos mencionados, y cuya edad conocía perfectamente el acusado. De manera que, aprovechándose de tal circunstancia, de madrugada, cuando los menores se encontraban dormidos, procedió, aprovechando la ocasión, y en ejecución de un plan preconcebido, así como guiado por la intención de satisfacer ilícitamente sus instintos sexuales y con ánimo libidinoso, a realizar, deslizando suavemente su ropa (bajando el pijama y después la ropa interior), tocamientos en los genitales de los niños, lametazos con la lengua en sus genitales y en su ano y masturbaciones a alguno de los menores e incluso frotamientos del pene del acusado contra las nalgas de alguno de ellos, llegando en algún caso a eyacular sobre el menor.

Procediendo el acusado a grabar, mediante una cámara Sony con infrarrojos de visión nocturna, cada uno de los actos que el propio acusado realizaba sobre cada uno de los menores, utilizados también para ese fin, en soporte adecuado para su posterior visionado.

Indica la sentencia que el acusado Justino, en el momento de cometer los hechos, estaba en la plenitud de sus capacidades cognitivas y volitivas. No encontrándose las mismas anuladas, deterioradas ni mermadas por la pedofilia que padecía, ni por el medicamento «Artane» que estaba tomando para el tratamiento de la enfermedad neurológica de distonía que padecía.

### **Criterio o *ratio decidendi***

Los motivos que dan lugar al recurso son dos. De un lado se alega la indebida aplicación del  [art. 181.1](#), 2 y 5 del Código Penal en lugar del *delito de abusos sexuales* cometidos sobre menores de 13 años, del  [art. 183.1](#) CP. Por otro, se cuestiona también la necesidad de aplicar, a los hechos enjuiciados, el delito de *creación de material pornográfico en el que intervienen menores de edad* de los arts.  [art. 189.1 a](#)) y 189.3.a) y f) CP, al tratarse de menores de 13 años

En relación al *delito de abusos sexuales* el alto tribunal examina dos cuestiones. En primer lugar, da la razón al Ministerio Fiscal y a la acusación particular y considera que los tocamientos realizados a los menores de 13 años deben ser calificados de abusos sexuales del  [art. 183.1](#) CP. La segunda, relativa a la continuidad delictiva en este tipo de delitos.

El argumento alegado por el Tribunal sentenciador de que al estar los menores dormidos no se afectaba su indemnidad sexual no puede ser acogido. La indemnidad sexual equivale a la intangibilidad, constituyendo una manifestación de la dignidad de la persona y tutelando el derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo. La actuación del acusado, efectuando tocamientos en las partes íntimas de los menores mientras éstos dormían, afecta a su indemnidad sexual, pues el sueño no excluye totalmente la sensibilidad, ni cabe excluir que los tocamientos les despertaren o, en cualquier caso, les dejasen recuerdos y sentimientos que perjudicaren su desarrollo, generando temores más o menos conscientes, que vinculasen la sexualidad con la indefensión y el abuso.

En cuanto a la apreciación de continuidad delictiva la Sentencia reseñada indica que, en materia de abusos sexuales, debe aplicarse el delito continuado cuando nos encontramos ante una *homogeneidad de actos* que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en

circunstancias semejantes.

En el caso actual, y respetando el relato fáctico, nos encontramos ante una pluralidad de abusos sobre víctimas diferentes, por lo que la calificación del Tribunal sentenciador es correcta, y los hechos deben ser sancionados como un delito continuado distinto respecto de cada una de las víctimas.

Semejantes motivos alega el TS para considerar que los hechos examinados también son constitutivos del delito del  [art 189 1.º a\)](#) CP, puesto que el hecho de que las víctimas menores de trece años estuviesen dormidas, no excluye la comisión del delito de utilización de menores de edad con fines pornográficos, cuando el hecho probado declara acreditado que el acusado grababa los tocamientos que realizaba, que llegaban a incluir lametazos y frotamientos del pene en los genitales de los menores, con una cámara de rayos infrarrojos de visión nocturna, que recogía con gran definición sus acciones sobre las partes íntimas de los jóvenes agraviados.

El párrafo a) del  [art 189 1.º](#) CP incluye la utilización de menores para elaborar cualquier clase de material pornográfico, y en el caso actual es claro que las grabaciones, en un soporte adecuado para su posterior visionado, de actos notoriamente sexuales, realizados sobre los genitales de menores dormidos o casi dormidos, constituye un material de naturaleza pornográfica, preparado concienzudamente por el acusado, que escogió el momento adecuado, se aprovisionó del instrumental procedente y utilizó sus propias maniobras abusivas sobre los menores para obtener un material apto para ser reproducido indefinidamente, en el que los menores eran víctimas pasivas, cosificadas y condenadas a que sus imágenes en situaciones de obligada indignidad, y sumisión sexual, pudiesen ser reproducidas indefinidamente por y ante cualquiera.

Por todo ello, casa parcialmente la sentencia y considera que el hecho de que los menores estuvieran dormidos cuando se cometieron los hechos no impide su calificación como abusos sexuales y creación de material pornográfico puesto que la bien jurídica indemnidad sexual de los menores se ve igualmente afectado.