

Roj: **STS 236/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:236**Id Cendoj: **28079120012009100051**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2009**Nº de Recurso: **1358/2008**Nº de Resolución: **105/2009**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal del acusado Jesus Miguel , contra Sentencia núm . 420/2008, de 3 de junio de 2008 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada en el Rollo de Sala núm. 86/2007 dimanante de las Diligencias Previas núm. 767/2006 del Juzgado de Instrucción num. 5 de Sabadell seguidas por delitos de prostitución y corrupción de menores contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por el Procurador de los Tribunales Don Jorge Laguna Alonso y defendido por el Letrado Don Juan Cruz Hernández.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Sabadell incoó Diligencias Previas núm. 767/2006 por delitos de corrupción de menores y prostitución contra Jesus Miguel y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 3 de junio de 2008 dictó Sentencia núm. 420/2008, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara como probado que Jesus Miguel , mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 18,21 horas del día 22 de octubre del año 2005, las 14,17 horas, 18,52 horas y 19,04 horas del día siguiente 23 de octubre del año 2005, puso a disposición de otros usuarios de Internet a través de una de las redes de intercambio de ficheros (Peer to Peer) en concreto la red Edonkey y a través del programa Emule, ficheros de contenido pornográfico en los que figuraban fotografías e imágenes explícitas de menores, cuya edad es sensiblemente inferior a los de 13 años realizando prácticas sexuales de todo tipo con otros menores o con personas mayores de edad.

Tal actividad la llevaba a cabo a través de su ordenador personal conectado a la red Edonkey e identificado en la misma con el número de hash NUM000 , instalado en su domicilio sito en la CALLE000 núm. NUM001 de Sabadell.

El acusado era consciente de que al mantener dichos archivos en la carpeta correspondiente al programa Emule, los mismos eran compartidos con otros usuarios de la red."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jesus Miguel como autor de un delito consumado de prostitución y corrupción de menores, ya definido conforme al C.P de 1995, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.



Se acuerda el comiso de la CPU y el Pen Driver intervenidos."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado Jesus Miguel , que se tuvo 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.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado Jesus Miguel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, al no haberse respetado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 de la CE en relación con el Art. 9.3 del texto constitucional en materia de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad y el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la CE, suponiendo la indebida aplicación del art. 189.1 b) y 189.3 a) del C. penal.

2º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por falta de aplicación del artículo 69 del C. penal al no haber sido aplicado dicho artículo, en relación al artículo 4 de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

3º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por aplicación indebida el artículo 189. 1 B) del C. penal.

4º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por aplicación indebida del art. 189.3 A) del C. penal.

5º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por falta de aplicación del art. 14 del C. penal

6º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por falta de aplicación del art. 21.5 del C. penal.

7º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por falta de aplicación del art. 21.6 del C. penal.

8º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 por infracción del art. 66 del C. penal.

9º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 por error de hecho padecido en la apreciación de las pruebas resultantes de ciertos particulares de documentos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su resolución sin celebrar vista e interesó la inadmisión de todos sus motivos y subsidiariamente su desestimación, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 21 de enero de 2009, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, condenó a Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un delito de distribución o facilitación de imágenes pornográficas en las que intervienen menores de trece años a terceros mediante difusión en la red, a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación el aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

Los hechos probados narran que el acusado, como usuario de un terminal informático conectado a internet, y en tres conexiones, entre los días 22 y 23 de octubre de 2005, puso a sabiendas a disposición de otros usuarios de la red, a través del programa Emule (mediante intercambio sobre la base de la técnica "P2P"), ficheros de contenido pornográfico en imágenes de sexo explícito con menores de 13 años. Concretamente, se refiere la Sala sentenciadora de instancia a seis fotos, que constan en autos, las cuales fueron borradas previamente a la intervención policial, una vez dictado el oportuno mandamiento judicial de entrada y registro. De la fundamentación jurídica se desprende que las imágenes se mantuvieron en el denominado archivo "Incoming", que es un registro creado automáticamente por el programa Emule, sin ser incorporadas al disco duro del ordenador del acusado, permaneciendo allí cerca de dos meses. Es más, cuando éste se percató que tales ficheros se encontraban allí, los borró de forma inmediata, de manera que no fueron ya encontrados cuando se produjo la intervención judicial.

Las diligencias previas judiciales se abrieron a propuesta de la Guardia Civil, por el Grupo de Delitos Telemáticos, que realizaron una serie de rastreos en la red, detectando innumerables usuarios que contenían algún tipo de ficheros en sus ordenadores, generalmente en el archivo "Incoming" del referido programa Emule. Se hizo cargo de tales diligencias el Juzgado de Instrucción número 7 de Sevilla, quien ordenó múltiples



registros domiciliarios, como consta en las diligencias a los folios 159 y siguientes, y remitió después las actuaciones a cada uno de los juzgados territorialmente competentes, entre ellos, para lo que aquí afecta, el Juzgado de Instrucción número 5 de Sabadell (Barcelona). Con estos antecedentes, el órgano judicial citado transformó el procedimiento en abreviado, mediante Auto de fecha 16 de mayo de 2006, por "posesión de material pornográfico" (folios 437 y 438), iniciándose la fase intermedia de este proceso penal. Es un dato también incontestable (ver folio 454) que, según informe pericial de la Guardia Civil, en el ordenador del acusado, a través de un análisis de su disco duro, se pudo llegar a determinar que dio como resultado negativo la búsqueda para "localizar ficheros borrados o no, de imágenes y vídeos de contenido pornográfico infantil que pudieran encontrarse en el ordenador", de manera que es un hecho totalmente acreditado que tales seis fotos nunca pasaron del "Incoming" al disco duro del ordenador del acusado, ni fueron, en consecuencia, borrados de allí, donde nunca, repetimos, se alojaron (folio 454).

SEGUNDO.- Con carácter previo, hemos de resolver el motivo segundo del recurso de Jesus Miguel, en donde se denuncia la falta de aplicación del art. 69 del Código penal, en relación con el 4º de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, aspecto éste que estudia la sentencia recurrida, para desestimarla.

En efecto, el motivo debe ser rechazado, conforme la doctrina de esta Sala manifestada en las SS. 502/2007 de 4.6 y 508/2007 de 13.6. El art. 69 CP, que entró en vigor el 26 de mayo de 1996, dispone que: "al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga".

Y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 4 prescribía: "Régimen de los mayores de dieciocho años. 1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto".

Pero también es cierto que la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, suspende la aplicación de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.

Y, por su parte, la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre Sustracción de Menores, reitera la suspensión hasta el 1-1-07.

Finalmente, el art. Único, apartado tres, de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 5-2-2007, a los dos meses previstos desde su publicación en BOE 290/2006, de 5 de diciembre, derogó definitivamente el anterior texto del art. 4 de la citada LO.

En nuestra anterior Sentencia, primeramente citada, la 502/2007, de 4 de junio, hacíamos referencia a la Exposición de Motivos de esta LO 8/2006, que señalaba lo siguiente: "en cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positiva, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir. Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales". Y concluía que: "se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años".

Por ello ante esta voluntad manifiesta e inconfundible del legislador de suprimir la posibilidad de ser sometidos los comprendidos entre 18 y 21 años a la jurisdicción de menores, el hecho de haber estado en vigor el texto hoy derogado en el corto periodo que va del 1 de enero al 5 de febrero de 2007, en nada abona por la posibilidad de tal enjuiciamiento de unos hechos cometidos en octubre de 2005.

Incide en esta interpretación la STS. 508/2007 de 13.6, a cuyos amplios argumentos nos remitimos, por lo que el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Los motivos primero, tercero y cuarto, desde diferentes vertientes impugnativas, plantean un mismo problema: la desproporción de la aplicación de los arts. 189.1 b) y 189.3 a) del Código penal, y la aplicabilidad, en su caso, del art. 189.2 del mismo Cuerpo legal.



En efecto, el tipo por el que ha sido sancionado el recurrente, se refiere a la distribución en la red de material pornográfico con intervención de menores de trece años de edad, y el segundo, alude a la mera posesión de tal material para uso propio.

Con respecto al concepto de pornografía infantil, la STS 1058/2006, de 2 de noviembre, ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. Y con relación a la pornografía infantil, el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Nuestra jurisprudencia en STS. 20.10.2003, consideró que la imagen de un desnudo -sea menor o adulto, varón o mujer- no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil.

Desde esta perspectiva, la calificación de pornográfico del material que poseía el acusado, con intervención de menores, no puede ser cuestionada. Hecho admitido incluso por el recurrente en tanto pretende la aplicación del tipo contenido en el art. 189.2 del Código penal.

La acción típica del art. 189.1.b C.P., por el que ha sido condenado el recurrente, admite una pluralidad de modalidades relativas a tal material pornográfico con menores: producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. Ahora bien, como dice la STS 913/2006, de 20 de septiembre, "si el reproche consiste en contribuir de forma remota a que no se realicen estas prácticas, absolutamente condenables, con menores, los esfuerzos deberían concentrarse preferentemente en la persecución de los autores materiales de la utilización de los mismos, sea o no con fines lucrativos. No cabe descartar que estas actividades se realicen por simple perversión sexual y que se difundan sin buscar ganancias".

La Sala sentenciadora de instancia deduce el propósito de distribución que animaba al acusado, en la acción misma del visionado de tal material. Y así, razona que en tanto que se descargan las imágenes, éstas se transfieren a terceros, al concebirse de esta manera el sistema informático utilizado para tal descarga. Éste es el punto central de este recurso, que ofrece especiales características en relación con otros que esta propia Sala Casacional ya ha estudiado en su función de creación de doctrina legal. En todos esos casos, nos hemos encontrado con una enorme cantidad de archivos pornográficos, alojados en el disco duro de un ordenador, o en discos u otro tipo de soporte apto para su almacenamiento, y en condiciones de ser distribuidos a terceros mediante actos de facilitación (que verdaderamente se produce). Tal material, en todos los casos, fue incautado precisamente en los registros practicados al efecto. Pero en este caso, sin embargo, nunca se archivaron tales imágenes (las 6 denunciadas) en el disco duro del sistema informático, y al contrario, se borraron inmediatamente que el acusado se diera cuenta de que se encontraban en el "Incoming" (fichero que significa: "entrando o llegando", y desde luego, no "compartiendo"), sin ser hallados, en consecuencia ya, en el registro domiciliario practicado por la Guardia Civil. Con este dato, la afirmación que efectúa el acusado acerca de que "saltaron" imprevistamente cuando realizaba una búsqueda de pornografía de adultos, es, pues, una conclusión razonable, que debe ser mantenida en pro de una interpretación favorable en la apreciación probatoria de aquél. Desde otra perspectiva, nos encontraríamos con un claro error de tipo, pues el acusado en modo alguno puede suponer que está difundiendo ese material a terceros.

El problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros (por ejemplo, acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse una búsqueda aleatoria de la policía judicial, que en este caso ha sido totalmente impersonal), el dato de que el material ya se encuentre



"difundido" en internet, distribución de la que se sirve el autor para "ver", no para facilitar su difusión, pues tales imágenes se encontraban a disposición de cualquier usuario que quisiera conectarlas, mediante la "bajada" de la red, etc. Quiere con ello decirse que consideramos este caso, como límite, y que lo diferencia de otros: así en la STS 739/2008, de 12 de noviembre, se trataban de "3.958 archivos compartidos, que ocupaban 72,6 Gb", o en el caso de la STS 292/2008, de 28 de mayo, encontrándose en el disco duro del ordenador, "cientos de archivos" del tipo expresado, y también se hallaron varios discos compactos con cientos de archivos pornográficos más de similar contenido. De manera que la escasa entidad de los archivos que posee Jesus Miguel, conduce a que, en este caso, no pueda predicarse de modo alguno la finalidad de distribución, o de facilitar su difusión, por parte del acusado, con arreglo a los parámetros que ya hemos analizado más arriba, encontrándose razonable su explicación del "salto imprevisto", y en donde incluso en el Auto de Transformación del procedimiento en Abreviado, el propio juez de instrucción no hace más que hacer constar una posesión de tal material, como ya hemos puesto de manifiesto, y en modo alguno, voluntad de difusión a terceros facilitando ésta. De modo que habrá de desaparecer del factum el último párrafo del mismo, en donde se adjetiva la conciencia del acusado en la difusión por la red, mediante procesos informáticos expresos para ser compartidos sus archivos, lo que tiene lugar mediante el primer motivo por vía de impugnación de la inferencia judicial.

Obsérvese que el tipo penal es de la siguiente dicción literal: "el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido".

La estructura de este tipo penal tiene dos apartados: uno, relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y un segundo apartado, de puesta en circulación del material de pornografía infantil. Así, por el primero se incrimina la producción (acto de creación), venta (acto de intermediación), distribución (acto de divulgación) o exhibición (acto de ofrecimiento visual directo); por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos, pero bajo una actividad de facilitación, de modo que se incrimina a quien "facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio". De ello se colige, que para el legislador es lo mismo distribuir que difundir, ambos conceptos son sinónimos de divulgar, pues en el primer apartado utiliza la locución "distribución" y en el segundo, el sustantivo "difusión". Aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión. Es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal. La distribución es un concepto aún más restringido, pues supone tanto como dividir algo entre varios o dar a cada uno lo que le corresponde. En todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser "colgados en la red" (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición, y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo se ha de inducir del número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito.

En el caso enjuiciado, como hemos visto, ni los hechos probados nos ilustran acerca del grado de difusión que tuvieron las imágenes y hemos descartado el elemento subjetivo de la expresada difusión, como ya hemos razonado anteriormente.

Llegados a este punto, es evidente que Jesus Miguel poseyó, por más o menos tiempo, en el caso unos dos meses, unos archivos pornográficos en los que intervenían menores. El art. 189.2 del Código penal, castiga a quien "para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces". Este precepto requiere los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieran utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, al que nos hemos referido más arriba, junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia, particularmente la protección del niño a nivel internacional; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines. La exasperación penológica nos debe conducir a interpretar este último tipo penal (art. 189.1 b) bajo la verdadera voluntad del legislador, que es reprimir toda conducta en



la que se interviene en la cadena de producción o en la fase de distribución o exhibición de tal material pornográfico (máxime si se utilizan menores de trece años), pero no en el simple visionado de lo que está ya "exhibido" (difundido) en la red, sin intervención alguna del acusado en su proceso de producción o cadena de distribución, que es precisamente la actividad que se incrimina con tal penalidad. Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de "redifusión" de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido "recopilando" en variadas ocasiones por el autor. Estos han sido los casos más habituales de la doctrina de esta Sala Casacional hasta el momento (véase lo ya expuesto más arriba). Pero que eso sea así, no puede llevarnos a una interpretación tan abierta que sancione penalmente con penas de prisión que arrancan en cuatro años y se prolongan hasta los ocho años, conductas de internautas que lo único que hacen es navegar por la red, y todo lo más guardar tales imágenes en el sistema ("incoming") que se crea automáticamente por diferentes programas informáticos al uso. En este caso, tal archivo podrá ser considerado registrado para uso personal, lo que entrará de lleno en este tipo penal que se aloja en el art. 189.2 del Código penal, y que abre las barreras penales con una pena mucho más ajustada a la actividad del infractor, salvaguardando el principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho penal. Pues, con independencia de las críticas doctrinales a su inclusión, lo cierto es que forma parte del derecho positivo, e incluso proporciona una mejor herramienta al intérprete que la consideración en todo caso de tal distribución o difusión, por mor del diseño de una serie de programas informáticos en la red. c) Será necesario finalmente un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado, en donde la posesión de tales fotos (6 en total, cuando la barrera que puso la policía judicial actuante lo era de 5), colma las exigencias típicas del aludido art. 189.2 del Código penal, sin abarcar una actividad de difusión de imágenes, que además no se ha probado que fuera el efecto perseguido por el autor.

En consecuencia, este reproche casacional será estimado, sin que proceda ya el estudio de las restantes censuras casacionales, individualizando la respuesta penológica en la segunda sentencia que ha de dictarse.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Jesus Miguel , contra Sentencia núm . 420/2008, de 3 de junio de 2008 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Juan Saavedra Ruiz Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez Luciano Varela Castro Joaquín Delgado García

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil nueve

El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Sabadell incoó Diligencias Previas núm. 767/2006 por delitos de corrupción de menores y prostitución contra Jesus Miguel , con DNI núm. NUM002 , nacido en Sabadell el día 17 de febrero de 1987, hijo de Antonio y de Ana, domiciliado en CALLE000 núm. NUM001 NUM003 NUM004 de Sabadell, sin antecedentes penales y cuya solvencia no consta, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 3 de junio de 2008 dictó Sentencia núm. 420/2008, la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal de dicho acusado, y ha sido casada y anulada por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por



lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, suprimiendo expresamente el último párrafo de aquéllos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, debemos condenar a Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un delito de posesión de pornografía infantil, tipificado en el art. 189.2 del Código penal, imponiendo la pena de multa de seis meses con la determinación de una cuota de 5 euros diarios, y con las consecuencias legales dispuestas en el art. 53.1 del Código penal, para el caso de incumplimiento.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Jesus Miguel, como autor criminalmente responsable de un delito de posesión de pornografía infantil, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de multa de seis meses con la determinación de una cuota de 5 euros diarios, y con las consecuencias legales dispuestas en el art. 53.1 del Código penal, para el caso de incumplimiento, y costas procesales de la instancia. Se mantiene el decomiso decretado por el Tribunal sentenciador "a quo".

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez Luciano Varela Castro Joaquín Delgado García

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.