

Roj: **STS 2870/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2870**Id Cendoj: **28079120012017100567**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/07/2017**Nº de Recurso: **884/2017**Nº de Resolución: **559/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STS 2870/2017,**
AATS 7813/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, de fecha 19 de diciembre de 2016, en causa contra **Romeo**, seguida por el delito de tenencia y **distribución de pornografía infantil**. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida D. **Romeo** representada por la procuradora D.^a **Isabel Covadonga Julia Corujo**, bajo la dirección letrada de D. **Miguel Macias Gómez**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gomez**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción núm. 2 de Huelva incoó procedimiento abreviado nº 62/2016-D. Previas nº 41/2015 y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera) procedimiento de Sala núm. 23/2016 que, con fecha 19 de diciembre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados** :

<<UNICO.- La Brigada Central de Investigación Tecnológica del Cuerpo Nacional de Policía realizó entre los meses de diciembre de 2013 a marzo de 2014 una investigación con el propósito de localizar a los sumarios que estuvieran **facilitando la distribución de archivos** que contuvieran imágenes de abuso sexual a menores de edad. Para ello, por medio de la red Gnutella, mediante el empleo de las aplicaciones GnuWatch, CPS (Child protection System) Y ShareazaLE, que permiten descargar sin compartir o distribuir los ficheros recibidos, efectuaron diversos rastreos de la red, *identificando a los usuarios que poseían los ficheros que habían sido encontrados a raíz de denuncias, en su integridad*. Para ello emplearon la identificación HASH de los ficheros, que no emplea la denominación del fichero dada por los usuarios (que puede ser modificada, y por ello hacerlo aparecer como un fichero de contenido lícito) sino una huella digital única elaborada mediante la aplicación de un algoritmo matemático criptográfico.

Empleando dichos algoritmos HASH *localizaron 53 archivos de pornografía infantil* siendo compartidos entre el 14/12/13 y el 2/08/14, haciendo uso de la IP dinámica (asignada por el operador ono) IP NUM005. *Solicitando el correspondiente mandamiento judicial remitido a la operadora de acceso a Internet ONO a la que pertenecía esa dirección I.P. dio como resultado la identificación del nº de teléfono NUM000* que accedía a la red mediante



cable modem desde el domicilio situado en C/ DIRECCION000 , NUM001 , NUM002 de la ciudad de Huelva, donde residía el acusado.

Practicado el registro domiciliario en el citado domicilio del acusado Romeo , judicialmente autorizado por Auto de 10 de febrero de 2015 del Juzgado de Instrucción Nº 2 de Huelva -que se realizó el día 12 de febrero de 2015- los funcionarios de la Unidad de la Policía Judicial actuante hallaron *en el domicilio del acusado un ordenador de torre del que extrajeron el disco duro de marca seagate modelo barracuda derdr, Nº de serie NUM003 con 100GB de memoria. También así como extrajeron el disco duro del portátil futigsu -siemens que es marca western-digital con 320 GB de memoria.*

En el ordenador del que se extrajo el Disco Duro marca Seagate de 149, 1 Gb modelo barracuda con Nº de serie NUM004 , el acusado Romeo , mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, había instalado el programa de cliente Emule, y también SHAREAZA **desde los que había descargado y necesariamente durante la descarga compartido archivos, entre los que se encontraban numerosísimos archivos con contenido de pornografía infantil, y cuyo ánimo de difusión no consta.**

Así en la ruta "pl/downnloads/emule/temp/temp donde se guardaban las carpetas de descarga temporales de los archivos de la aplicación emule, así como en su subcarpeta se encuentran 27.000 archivos de contenido pedófilo, en carpetas de imágenes y vídeos clasificadas de/pedofi, varias y en las de vídeos la subcarpeta con nombre/pedo, videos que además incluían en sus nombres y clasificaciones términos alusivos a porno **infantil**, en las subcarpetas, tales como/pedofi/pedo.

En los archivos de contenido pedófilo anteriormente mencionados aparecen vídeos de menores de edad (6, 7, 8, 10 años) con exhibición de sus genitales, realizando masturbaciones, y siendo objeto de agresiones sexuales, pues son objeto de penetraciones vaginales y orales con manifiesta desproporción entre los órganos sexuales debido a la corta edad de las menores.

Entre los archivos compartidos se encuentra el ""pl/downloads/emule/temp/temp/videos/pedo/¡NEW! (PTHC) 2007 jennyplayswithdog.mpg"., en el que se visualizar (*sic*) un video que contiene bestialismo con una menor, pues aparece una menor de corta edad (en el propio título se expresa que tiene 6 años), agachada realizando una felación a un animal, un perro.

También el archivo ""pl/downloads/emule/temp/videos/pedo/14!!! New! the Valya laura Vanesa-final Version Part 06 8Yo Valya-Blg 1-12 YO tienes Preteen Kingspass Lolita ChidILover (1h56Min).avi: en el que se refleja a varias menores de 6-8 años, según el propio título siendo atadasw por los brazos y las piernas y objeto de penetración por parte de un adulto, con manifiesta desproporción en los órganos sexuales.

También en el disco duro extraído del portátil futigsu -siemens- que ss macrcawestern-digital con 320 GB de memoria (VESTIGIO 2), se encontraron evidencias de 30 archivos compartidos por la aplicación P2P ARES, obrando en la carpet "shareh.dat" los archivos que se tiene certeza de la compartición, entre los que se encuentran: "pthcnew 2014 !!9yo johana beach, sun &nudity 1"; "(Pthc) tania 10 YO (24)") y el archivo "Pthace 2014 tropical cutie good, fuch, 04 que es especialmente y vejatorio por contener violencia sexual respecto de una menor de 4 años que grita al ser penetrada vaginalmente por un hombre adulto con manifiesta desproporción respecto de los órganos sexuales.

Durante el registro, el acusado admitió la posesión de tales archivos siendo su colaboración absoluta en todo momento, hasta el punto de facilitar a los agentes la localización y examen de los archivos >>.

SEGUNDO .- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento :

<< **FALLAMOS** : QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado **Romeo** , del delito de .- TENENCIA Y **DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL**.- del que venía acusado, declarando de oficio las costas procesales por este delito.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Romeo , como autor criminalmente responsable de un delito .-POSESIÓN MATERIAL PORNOGRÁFICO PARA SU PROPIO USO.- (art. 189.2 del C.P .), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la **PENA de TRES MESES de PRISIÓN** , y a las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y **COSTAS** .

Notifíquese la presente resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma puede interponerse recurso de casación, por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días>>.

2.1 .- En fecha 7 de febrero de 2017 la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Tercera, dictó auto con la **parte dispositiva** siguiente:



<<SE ACUERDA **RECTIFICAR y ACLARAR** la Sentencia de 19 de Diciembre de 2016 dictada en los presentes autos Rollo (Procedimiento Abreviado) nº 23/2016 añadiendo en el encabezamiento la siguiente frase:

<< "... *ha visto la causa procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Huelva...*"

Y en el fallo la frase: "...*concorre la atenuante de confesión del artículo 21.4º del Código Penal...*", manteniéndose el resto de pronunciamientos de la referida Resolución.

Notifíquese a las partes >>.

TERCERO .- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal como recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal basa su recurso en un único **motivo de casación** :

Motivo único .- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración de la tutela judicial efectiva conforme al art. 24 de la CE .

QUINTO .- Instruida la parte recurrida del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, éste por sendos escritos de fechas 17 de abril y 10 de mayo de 2017, interesó la admisión del único motivo del recurso.

SEXTO .- Por providencia de fecha 27 de junio de 2017 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO .- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 12 de julio de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia condenatoria, con fecha 19 de diciembre de 2016 , en la que el acusado Hugo es declarado autor de un delito de posesión de material pornográfico previsto en el art. 189.2 del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de 3 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

1.1 .- Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal. Se formaliza un único motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE .

A juicio del Fiscal, la sentencia recurrida incurre en una inadecuada y arbitraria valoración de la prueba, al omitir un conjunto de datos que hubieran llevado a acreditar el conocimiento que el acusado tenía del sistema informático y programa utilizado para la descarga del material de **pornografía infantil** del que disponía. La Fiscalía consideró en sus conclusiones definitivas que los hechos eran constitutivos de un delito comprendido en los arts. 189.1 b) y 189.3 b) del C. Penal , (en su redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la LO 1/2015). La sentencia de instancia, por el contrario, condena por el delito previsto en el artículo 189.2 del mismo cuerpo legal al no considerar acreditado que Romeo contara con los conocimientos suficientes para tener conciencia de que tal material podía difundirse a terceras personas.

Razona el Ministerio Fiscal que La sentencia declara probado que el acusado utilizó programas de carácter P2P, *peer to peer* , de punto a punto, o de usuario a usuario en los que la red trabaja mediante servidores que son los encargados de interconectar a los usuarios entre sí, de forma que «... *lo que uno baja es lo que otros comparten o viceversa y así sucesivamente* ». Ahora bien, el usuario puede optar entre compartir tales archivos en general, sin límite alguno, compartirlos solo con determinados contactos o no compartirlos, de forma que si se opta por la primera opción -compartir- no sólo se permite la descarga de archivos de otros usuarios sino también la de aquellos dispuestos o preparados por el usuario de ese concreto ordenador para poder ser enviados o requeridos por los otros navegantes de Internet. Hemos de tener en cuenta que al tratarse de un programa *peer to peer* o intercambiador de ficheros, bastará con abrir un sector o zona del disco duro del ordenador propio a los terceros sin necesidad de un acto concreto de envío o remisión merced al acceso libre a ese sector o zona del propio almacenamiento, lo que se lleva a cabo a través de carpetas temporales que suelen denominarse *incoming, my share folders* , etc. Además de ello, este tipo de programas se caracteriza por el hecho de que a medida que se van recibiendo los archivos, simultáneamente se van ofreciendo los mismos a quien quiera solicitarlos, a través de los servidores, lo que hará que el nivel de prioridad aumente y por ello se disponga de más rapidez de respuesta a las solicitudes que se realicen.



Entiende el Fiscal que la valoración probatoria de la Audiencia es manifiestamente irrazonable cuando descarta el conocimiento y la voluntad por el acusado de difundir los 27.000 archivos que éste custodiaba en su dispositivo. Para respaldar la impugnación, el Ministerio Fiscal señala un conjunto de elementos que acreditarían que el acusado tenía perfecto conocimiento del funcionamiento del sistema que había instalado para la descarga de archivos de contenido de **pornografía infantil** y por tanto, que terceras personas podían acceder a las mismas, facilitando de esta forma su difusión.

De una parte, la prueba documental presentada por el Ministerio Fiscal con carácter previo al inicio de las sesiones del juicio oral y admitida por el Tribunal, consistente en un certificado expedido por la Junta de Andalucía (folios 131 y 132) que acredita que el acusado contaba con titulación en el *Módulo de Equipos Electrónicos de Consumo*, habiendo cursado entre otras asignaturas 70 horas del módulo 3 « *Sistemas Electrónicos de Información* », que incluía como materia « *el Ordenador y el Tratamiento Electrónico de la Información, Estructuras Lógicas utilizadas en Informática, El sistema operativo DNS, Introducción a la Red Digital de Servicios Integrados RDSI* ». Lo que resulta manifiestamente indicativo de sus conocimientos de la materia.

En segundo lugar, la declaración prestada por el propio acusado en el plenario, a preguntas del Presidente del Tribunal de instancia, en las que reconoció haber cursado los estudios de informática anteriormente mencionados.

La declaración de los agentes de Policía - recogidos en el párrafo cuarto del FJ 2º - *justificación probatoria* -, señalando «... que en tanto unos archivos se encontraban incorporados al disco duro del ordenador, sin posibilidad de compartirlos, otros se encontraban en la carpeta de archivos de descarga temporales con la posibilidad de compararse durante su descarga». Se trata de otro dato importante a los efectos que examinamos -aduce el Fiscal- en cuanto permite afirmar que el acusado tenía conocimientos del programa que utilizaba para estas descargas, hasta el punto de extraer parte de tales archivos de la carpeta de archivos compartidos.

También respaldarían la línea argumental del Fiscal las manifestaciones realizadas por el acusado de forma espontánea en el momento de practicarse el registro domiciliario, ante los agentes actuantes y a presencia del Secretario judicial, señalando ser experto en informática. Manifestación que fue ratificada por estos mismos agentes en sus declaraciones en el plenario, quienes añadieron que fue el mismo acusado quien les llevó, a través de las rutas que había utilizado, directamente a las carpetas ocultas en su disco duro, en las que había archivado parte de los archivos descargados.

Por último, las declaraciones de los peritos policiales que explicaron la forma de funcionamiento de este tipo de redes P2P, quienes pusieron de manifiesto que debido a su fácil instalación y utilización no hacen falta conocimientos avanzados de informática para saber que son programas cuya característica fundamental es el compartir las descargas con otros usuarios.

Concluye el Fiscal que el ánimo de compartir es, por tanto, un dolo de consecuencias necesarias, hasta el punto que éste sólo sería eludible mediante una ausencia total de conocimientos informáticos. Ausencia que podría darse en supuestos de descargas por azar, pero ello no sería posible cuando, como en el caso que examinamos, la sentencia de instancia da por probada la descarga de al menos 27.000 archivos en uno de los ordenadores y de 30 en el otro, lo que significa que el acusado ha tenido que *cliquear* esas mismas veces para descargarse tal ingente cantidad de archivos.

Por cuanto antecede, el Fiscal interesa se case y anule la sentencia recurrida y se «... acuerde la devolución de los autos a la Sala de Instancia para que dicte nueva sentencia, valorando las omisiones anteriormente referidas».

La Sala no puede coincidir con el criterio del Fiscal.

1.2 .- El derecho a la tutela judicial efectiva, en su significado proteico, implica el derecho a una resolución de fondo debidamente motivada.

Que ese derecho asiste también al Ministerio Fiscal es cuestión ya no debatida en la jurisprudencia de esta Sala. El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esa Sala de 27 de febrero de 1998 así lo proclamó de forma expresa, criterio que luego ha tenido su eco en numerosas sentencias (cfr. SSTS 22 de enero de 1998 ; 8 de Marzo de 2000; 2012/2000 , 26 de Diciembre; 453/2003 2 de Septiembre; 501/2006 5 de Mayo; 619/2006 5 de Junio y 1275/2006 , 28 de noviembre, entre otras muchas). Cuando se ha rechazado indebidamente dar una respuesta de fondo a una pretensión legítimamente articulada por el Ministerio Fiscal, éste puede instar el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24 de la Constitución .



Cobra, pues, pleno sentido la reivindicación del derecho a la tutela judicial efectiva, entendido éste como el derecho a una resolución de fondo, razonable, motivada y ajustada a las exigencias lógicas impuestas por el canon constitucional de valoración probatoria. La STC 91/2004, 19 de mayo, exige que la decisión jurisdiccional sea la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, esto es, ha de comprobarse que la resolución judicial exterioriza los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Como recuerda la STC 91/2000, 15 de noviembre, la motivación de las resoluciones judiciales, « *no podría considerarse fundada en Derecho y, por tanto, satisfacer aquel contenido primario del derecho fundamental, la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia de ejercicio de la justicia* » (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, F. 3 ; 221/2001, de 31 de octubre, F. 6, y 55/2003, de 24 de marzo, F. 6).

1.3 .- Pese a todo, la legítima reivindicación del derecho a la tutela judicial efectiva por el Ministerio Fiscal no puede convertirse en un instrumento llamado a ensanchar artificialmente los límites inherentes a un recurso de esta naturaleza. Estamos en presencia de un recurso extraordinario, un medio de impugnación que proscribiera toda reevaluación probatoria, un recurso en el que ni podemos sustituir nuestro personal criterio valorativo por el que ha sido proclamado en la instancia ni, por supuesto, ordenar al órgano sentenciador una nueva valoración acomodada a nuestra particular percepción acerca de la concurrencia del tipo subjetivo del delito por el que se formuló acusación. Si así lo hiciéramos estaríamos subvirtiendo el espacio funcional que la LECrim reserva a esta Sala a través de los arts. 849, 850 y 851. Es cierto que la histórica estrechez del recurso de casación dejó paso a una visión más amplia y flexible a raíz de las reformas que hicieron posible alegar la vulneración de un derecho fundamental por las vías que ofrecen los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. Pero esa posibilidad impugnatoria no puede convertirse en un recorrido artificial para reivindicar ante esta Sala lo que escapa a nuestro ámbito decisorio. Adentrarnos en una nueva valoración probatoria o exigir a la Audiencia Provincial que ha suscrito la sentencia de instancia que reemplace su inicial conclusión probatoria por la que a nosotros nos sugiere, no la práctica de la prueba, sino el razonamiento impugnativo del Fiscal, expondría al acusado a un doble enjuiciamiento carente de cobertura en nuestro sistema constitucional.

La necesidad de no extender el derecho a la tutela judicial efectiva más allá de lo que permite el contenido material de ese derecho, ha llevado a esta Sala a razonar -en la STS 615/2013, 11 de julio, con cita textual de la STS 1043/2012, 21 de noviembre - que "*... (por) la vía del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 852 LECrim) sí que encontraremos abierta una puerta para franquear las murallas de la casación y reabrir el debate propuesto, aunque condicionado poderosamente por ese específico marco. El derecho a la tutela judicial efectiva tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". De esa manera el enunciado enfático y cuasi-sacramental de ese derecho no se queda en una mera proclamación retórica, sino que cobra perfiles concretos y adquiere un definible contenido esencial del que pueden extraerse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. Pero no cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquellas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles igualmente las sostenibles. La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas o defendibles será un tema de legalidad. Cuando tal apartamiento desborda lo "razonable" o lo "defendible" desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el atentado a la legalidad adquiere una dimensión nueva, se transforma en algo más: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esa óptica el Tribunal Constitucional en su función no de intérprete de la legalidad, que no lo es, sino de máximo intérprete de la Constitución y valedor de la eficacia de los derechos fundamentales es desde la que puede corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del derecho por infringir el art. 24.1 de la Constitución .*

Aunque este Tribunal de casación se sitúa en la esfera de la jurisdicción ordinaria, lo que le confiere una mayor holgura y espacios más amplios, no mucho más allá puede llegar su perspectiva para el enjuiciamiento en casación de supuestos que acceden a ella de la mano del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración de un derecho fundamental. El derecho fundamental no puede ser amoldable o extensible según sea examinado por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional. Sus exigencias son igual de fuertes e igual de



limitadas en uno u otro ámbito. También este Tribunal Supremo, aunque ha de recalarse que su ubicación en la pirámide de la jurisdicción ordinaria y por tanto defensor no solo de la legalidad constitucional sino también de la ordinaria, le confiere una mayor capacidad fiscalizadora, ha de respetar el ámbito funcional de los Tribunales inferiores sin invadir los territorios reservados a ellos por la legislación. Y ha de respetar los perfiles del derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde definir al Tribunal Constitucional (art. 123 CE), no pudiendo convertir ese derecho fundamental en una especie de "comodín" cuya simple mención facultaría para revisar todas y cada unas de las cuestiones probatorias jurídicas, o procedimentales o sustantivas implicadas en un asunto judicial.

Si no estableciéramos esa auto-restricción, la tutela judicial efectiva se convertiría en una ancha puerta por la que accederían a la casación (y por ende al recurso de amparo) todas aquellas cuestiones que no habrían podido ser introducidas por las más estrechas ventanas de los arts. 849 a 851 LECrim , demoliendo toda la tradicional arquitectura del recurso de casación" .

1.4 .- Desde esta perspectiva, la sentencia recurrida podría considerarse una resolución mejorable en lo que a la motivación del tipo subjetivo se refiere. Pero, desde luego, no es una resolución extravagante, ajena a los imperativos derivados del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. La sentencia, en fin, no incurre en lo que el art. 790.2 de la LECrim denomina « *insuficiencia o (...) falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia*».

En efecto, existen distintos fragmentos en la resolución cuestionada en los que, a partir de la actividad probatoria desplegada en el plenario, se concluye la ausencia de conocimiento y voluntad a la hora de difundir el ingente número de archivos pornográficos que fueron hallados en poder del acusado.

En el FJ 1º existe un pasaje en el que los Magistrados de instancia introducen una primera puntualización acerca de la interpretación de los términos *difundir* y *distribuir* a los que se refiere el art. 189.1.b), precepto por el que el Fiscal formulaba acusación. En él puede leerse: «... 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 á 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» .

A partir de esta idea inicial, ligada al juicio de subsunción, la Audiencia añade: «... en este sentido se declara que los hechos han de ser subsumidos en el tipo penal del art. 189.2º del Código Penal , en su redacción dada por la reforma operada por la L.O. 15/2008, pues no consta que existiera difusión del material de **pornografía infantil** del que estaba en posesión el acusado, grabados en el disco duro del ordenador y que previamente había bajado de internet utilizando el .programa EMULE». Y esta conclusión es la consecuencia de la valoración de la prueba pericial practicada en el plenario: « ...efectivamente, la pericial acreditó que la carpeta que posibilitaba la intercomunicación entre usuarios contenía algunos archivos y otros, al tiempo de la intervención policial y también, que, el acusado procedía al archivo del material que había bajado utilizando el citado programa en archivos ajenos a la mencionada carpeta, ajenos a la posibilidad de **distribución** que proporciona el mencionado programa de compartir archivos»

Concluye el Tribunal a quo que «... el acusado actuaba de la forma antedicha, procediendo a la descarga del material que le interesaba, y al tiempo impidiendo la transmisión de sus archivos mediante su almacenamiento en archivos que no compartía ».

La sentencia admite que por la especial configuración de los programas de intercambio de archivos, pudo existir un riesgo grave para el bien jurídico, pero ni consta que éste llegara a materializarse ni, por supuesto, que el acusado tuviera ánimo de compartir su propio material pedófilo. Y rechaza de forma expresa el argumento cuantitativo hecho valer por el Fiscal, tanto en la instancia como en casación, derivado del número de archivos custodiados por el acusado en su ordenador, a saber, más de 27.000. Y lo hace con las siguientes palabras: «... la acción típica en este caso queda integrada solo por la tenencia de **pornografía infantil**, que solo accidentalmente estaba dispuesta para su posible transmisión a terceros, con el consiguiente riesgo grave para el bien jurídico protegido. Con un indemostrado ánimo de difusión. [...] Desde luego, del material intervenido no puede producirse (sic) nada. Y por la cantidad de archivos intervenidos tampoco puede afirmarse su vocación de difusión relevante, en todo o en parte, por las circunstancias, de modo que o (sic) existe prueba directa e indiciaria de la que podemos deducir con la certeza requerida para un pronunciamiento condenatorio que el acusado se venía dedicando a la **distribución** o difusión de **pornografía infantil** » .

El rechazo de ese razonamiento inspirado en consideraciones cuantitativas, ligadas al número de archivos poseídos, vuelve a hacer acto de presencia en las siguientes palabras: «... en el presente caso, por la cantidad



de archivos intervenidos en el disco duro del ordenador, no existe prueba fiable directa ni indiciaria de la que podamos deducir con la certeza requerida para un pronunciamiento condenatorio que el acusado los poseyera con finalidad de difusión a terceros ».

Ya bajo el epígrafe de *justificación probatoria*, la Audiencia se expresa en los siguientes términos: «... el acusado admite que poseía "archivos de **pornografía infantil** para su uso personal". Añade ignorar que al descargados con el programa (ARES) de carácter P2P, pudiera compartirllos con otros usuarios, no era esa la intención del acusado, no consciente de difundir, lo llevaba a cabo para uso propio. [...] Los agentes de Policía también nos dicen que en tanto unos archivos se encontraban incorporados al disco duro del ordenador, sin posibilidad de compartirllos, otros se encontraban en la carpeta de archivos de descarga, temporales, con posibilidad de compartirse durante su descarga. [...] Por sus propias declaraciones y las circunstancias de esa tenencia, concluimos que es dudoso que Romeo poseyera el referido material de **pornografía infantil** para otra cosa 'que su uso personal. Ciframos la clave de la valoración probatoria en la cuestión de hasta qué punto el acusado era consciente que tenía archivos en disposición de ser accesibles por otros usuarios. [...] Y, de ser así, que tuviese ánimo de difusión y constituyese una actividad no despreciable, de cierta entidad y no puramente puntual o accidental, dado su almacenamiento por defecto en la referida carpeta Biblioteca de la aplicación informática. [...] El empleo del programa ARES, EMULE y otros de estas características, implica que los archivos del dominio al que accede el acusado solo pueden descargarse compartiéndolos con los demás usuarios entre tanto se encuentren en la carpeta Biblioteca del programa P2P, a la que automáticamente y sin intervención del usuario va destinado el archivo descargado, y allí permanece si no lo guarda después en otra carpeta de su ordenador, como resulta de los testimonios de los Agentes de Policía. [...] Bien es cierto que, por tanto, pueden ser incorporados a otra carpeta del disco duro del ordenador e impedir el acceso de otros. Para ello, es preciso tener los conocimientos informáticos suficientes que el acusado niega; es más ni siquiera podía impedir el acceso de otros» .

La Audiencia llega a insinuar, en el proceso de valoración probatoria que exterioriza y que estamos analizando, las insuficiencias de la prueba pericial de los agentes que llevaron a cabo el análisis de los discos duros: «... para despejar toda duda sobre la tenencia de los archivos por Romeo con otra finalidad que no fuese su uso personal, hubiera sido deseable agotar la investigación y emplear los medios precisos para saber si dichos archivos compartibles fueron descargados desde el ordenador de Romeo a algún otro usuario. [...] En principio, para el bien jurídico protegido, resultará inocua la posesión de un archivo compatibles que es exactamente igual que aquel desde el que se ha adquirido, y que continúa accesible en el programa Ares.[...] A preguntas de este Tribunal, el agente de Policía nos aclaró que posiblemente existan medios técnicos para averiguar si un determinado archivo ha sido efectivamente compartido por otro usuario, pero en este caso no se ha dispuesto de tales medios» .

Insiste la Audiencia en que de los testimonios de los policías que intervinieron en la aprehensión de los archivos «... se extrae que los Agentes no disponían de más elementos indiciarios que los resultantes de las circunstancias y cantidad de archivos intervenidos ».

Todo ello conduce de manera indefectible a una única conclusión: «... ya hemos analizado cómo los elementos acusatorios son equívocos. Y si el poseedor de los archivos de **pornografía infantil** intervenidos puede tenerlos tanto con finalidad de difusión como para su uso personal, el beneficio de la duda debe aprovechar al acusado. [...] Ignoramos a ciencia cierta el sentido y autoría de la tenencia, por vehementes que puedan ser las sospechas que resultan de las circunstancias, que son equívocas. El pronunciamiento debe ser absolutorio, ante la ausencia de pruebas que con carácter de certeza permitan deducir la realidad de la participación en la **distribución** ilícita por Romeo , en estricta aplicación del principio "in dubio pro reo"» .

1.5. - Como puede apreciarse de lo ya expuesto, el razonamiento de la Audiencia, impecablemente cuestionado por la Fiscal del Tribunal Supremo que suscribe el recurso, no adolece de ninguno de los errores u omisiones que justificarían su anulación. La Sala no detecta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que reivindica el Fiscal.

El Tribunal a quo toma como premisa metodológica, a la hora de ponderar la concurrencia del tipo subjetivo, el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala de 27 de octubre de 2009. Dijimos entonces que "... una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1.b) del CP , el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos". Este criterio ha sido ya objeto de numerosos precedentes de esta Sala, a cuyo contenido conviene remitirse (cfr. SSTS 1074/2009, 28 de octubre ; 105/2009, 30 de enero ; 1074/2009, 28 de octubre ; 1107/2009, 12 de noviembre , entre otras muchas).

Y esto es lo que, con mayor o menor fortuna expresiva, ha hecho la Audiencia. No detectamos la vulneración constitucional denunciada por el Fiscal. De ahí que se imponga la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).



SEGUNDO .- La desestimación del recurso, conlleva la declaración de oficio de las costas procesales, al ser el Ministerio Fiscal el recurrente (cfr. 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

Declarar no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva en la causa seguida por los delitos de tenencia y **distribución de pornografía infantil**, con declaración de oficio de las costas procesales. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez Carlos Granados Perez