

Roj: **STS 1650/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1650**Id Cendoj: **28079120012013100283**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **26/03/2013**Nº de Recurso: **1605/2012**Nº de Resolución: **271/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación de **Victor Manuel**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Segunda, que le condenó por delito de pornografía infantil, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Ana Alberdi Berriatua.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Terrassa, instruyó Procedimiento Abreviado 62/2011 contra **Victor Manuel**, por delito de pornografía infantil, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 22 de mayo de dos mil doce dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "Se considera probado y así se declara que: El acusado Victor Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde su ordenador utilizaba como usuario el programa informático P2P "EMULE" desde la línea telefónica NUM000, a la que el operador telefónico le había asignado la IP nº NUM001 .

Los días 9/4/2007 a las 10:38 horas, 10/04/2007 a las 19:22 horas y 11/94/2007 a las 8:57 y 19:22 horas, se descargó en la carpeta de archivos compartidos del programa EMULE el archivo [Consta texto en inglés], de contenido pedófilo, que contenía 154 fotografías en las que se podía observar a niñas menores de edad desnudas, a veces realizando actos sexuales con adultos, como penetraciones, felaciones, masturbaciones y otras prácticas sexuales. En algunas fotografías había niñas que estaban con las manos atadas.

El acusado, en el equipo informático que había usado para almacenar el archivo pedófilo referido y, de este modo, proporcionar el acceso a otros internautas, tenía varios discos duros externos y discos ópticos, así como 10 archivos de vídeo en el disco duro del ordenador que contenían escenas de violaciones de niñas menores de 15 años con las manos atadas. El acusado también tenía 6 DVD y 11 CD-R que contenían archivos con el mismo tipo de escenas pornográficas con menores, como la de una menor de aproximadamente 4 años de edad obligada a recibir una eyaculación en la boca por parte de un adulto o una menor de 14 años atada de pies y manos mientras padecía abusos sexuales.

El procedimiento judicial incoado contra el acusado por estos hechos se inició en fecha de 26 de marzo de 2007 por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Córdoba. En fecha de 18 de febrero de 2011, se dictó auto de adecuación del proceso en el procedimiento abreviado. El auto de apertura del juicio oral se dictó en fecha 24/05/2011, y el día 17 de mayo de 2012 se celebró el acto de juicio oral".

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

" **FALLAMOS**: Condenamos al acusado Victor Manuel como autor responsable de un delito de difusión de pornografía infantil ya definido con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a



la pena de cuatro años y un día de prisión con inhabilitación especial para el derechos de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Le condenamos, también, al pago de las costas procesales causadas en este procedimiento.

Acordamos el decomiso del material informático intervenido y la destrucción de todos los soportes informáticos pedófilos intervenidos.

Esta es nuestra sentencia, que se notificará al acusado y a las partes, comunicando que esta no es firme y que se puede preparar, en el plazo de cinco días a partir de la última notificación, recurso de casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma ante este Tribunal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Victor Manuel**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.2º LECRim., por error en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECRim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE en relación con el principio acusatorio.

TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECRim., por vulneración al derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y del derecho a la doble instancia recogido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CUARTO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por aplicación indebida del art. 189.3.a) CP reformado por la Ley Orgánica 15/03.

QUINTO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim., por infracción y por inaplicación indebida del art. 189.2 CP redacción LO 15/03.

SEXTO. Al amparo del art. 852 LECRim., por vulneración del principio in dubio pro reo.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, 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 celebró la votación prevenida el día 21 de marzo de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos en el presente recurso condena al recurrente como autor de un delito de difusión de pronografía infantil, concurriendo la atenuación de dilaciones indebidas, a la pena de 4 años y un día de prisión.

Formaliza seis motivos de oposición en los que denuncia el error de hecho por el que pretende que el relato fáctico recoja el contenido de la documentación de la entrada y registro y las periciales practicadas en la causa de las que resulta que no hay archivos en descarga o en compartición con otros usuarios en los programas que dan servicio al programa EMULE. Concretamente, que la "carpeta incoming" está vacía al tiempo del registro y en el volcado de los ordenadores que realiza la instrucción policial. Completa la impugnación con la denuncia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al estimar vulnerado el principio acusatorio ante la falta de concreción del escrito de acusación, y la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y la vulneración del principio "in dubio pro reo". Sostiene, por último, el error de derecho por la indebida aplicación del tipo penal del art. 189.2, la posesión para el propio uso de material de pornografía infantil, y la indebida aplicación del art. 189.3 a la agravación por la utilización de menores de trece años que entiende sólo es de aplicación a la producción y no a la distribución.

El núcleo esencial de la discusión con la sentencia y que es objeto de la casación planteada, es la consideración típica de los hechos, esto es si han de ser subsumidos en la mera posesión, art. 189.2, o en la difusión contemplada en el art. 189.1 y 3 a) del Código penal, como realiza la sentencia. El recurrente calificó los hechos, en conclusiones definitivas, como constitutivos de un delito del art. 189.2, en la redacción típica vigente al tiempo de los hechos tras la reforma operada por la LO 15/2003, y lo hizo tras señalar, como conclusión primera de su escrito de calificación definitiva, "la evidencia del material exhibido consistente en 9 CD y 7 DVD, existe ilícito penal". En consecuencia la tenencia del material de pornografía infantil es un hecho no discutido, en el que la defensa, tanto en la instancia como en este recurso. Lo discutido es si ese material estaba



en condiciones de ser distribuido a terceras personas, o lo había sido. También lo expresa así la sentencia impugnada cuando en su fundamento tercero inicia la argumentación señalando que "la cuestión objeto de controversia" es la de determinar si la posesión era para su uso personal o ha de subsumirse en la agravación por la distribución. El tribunal se decanta por la segunda opción, por la tenencia para la distribución y lo hace sobre tres argumentos: en primer lugar, el origen de la denuncia, un ciudadano que denuncia que actuando con el programa EMULE ha descargado un archivo de contenido pedófilo. Además, que el perito de la guardia civil ha informado "que si bien no es posible afirmar de manera segura de que manera el archivo ha llegado a poder del acusado", la propia mecánica de descarga inherente al programa EMULE hace que los archivos puedan ser compartidos con otros usuarios del sistema. Por último se argumenta que la propia denominación de los archivos permite conocer su contenido pornográfico infantil, impidiendo un posible error.

La impugnación será estimada. De la lectura de la causa, propiciada por el art. 899 de la Ley Procesal penal, constatamos dos hechos que son relevantes. El primero que el acusado es un profesional de la informática, y el segundo, que las carpetas que dan lugar a las descargas, concretamente la carpeta "incoming" esta vacía y que no hay archivos de los que resulte que hayan sido compartidos con otros usuarios. Así resulta de la entrada y registro documentada y del análisis pericial de los ordenadores. También de la pericial que se incorpora al juicio oral. De la declaración del acusado, y no hay una actividad probatoria que lo enerve, resulta que el acusado no compartía sino que de forma inmediata a la descarga lo almacenaba en un archivo independiente.

2.- De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS 2319/2010, de 13 de mayo de 2011, al concepto de pornografía infantil y su diferenciación 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". Como señala la STS 105/2009, de 30 de enero, el art. 189.2 del Código penal requiere los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren 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 el tipo penal incluido en el 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; 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).

El programa EMULE permite al usuario descargar archivos procedentes de la red en su ordenador, al mismo tiempo que otros usuarios que tienen el mismo programa pueden "subir" a su ordenador los archivos almacenados por el acusado, concurriendo así un sistema de archivos compartidos.

En antecedentes de esta Sala hemos convenido, con apoyo en los estudios sobre la cuestión, por todas STS 873/2009, de 23 de julio, con remisión a otras anteriores (SSTS 921/2007, de 6-11 ; 292/2008, de 28-5 ; 696/2008, de 29-10 ; 739/2008, de 12-11 ; 797/2008, de 27-11 ; y 307/2009, de 18-2), que al ser Emule un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismo el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta "incoming"; de suerte que cuanto más material comparta, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés "peer-to-peer", que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P). En la carpeta de descarga por defecto ("incoming") se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas a compartir con los demás usuarios, pero hay algo común en todos, la carpeta de descarga siempre es compartida.



3.- En el caso objeto del enjuiciamiento, la pericial acredita que la carpeta que posibilitaba la intercomunicación entre usuarios estaba vacía al tiempo de la intervención policial y, también, que el acusado procedía al archivo del material que había bajado en archivos ajenos a la mencionada carpeta, en discos CD y DVD ajenos a la posibilidad de distribución que proporciona el mencionado programa de compartir archivos.

En la causa adquiere especial relevancia el que el acusado sea un profesional de la informática y que actúe de la forma antedicha, procediendo a la descarga del material que le interesa y al tiempo impidiendo la transmisión de sus archivos mediante su almacenamiento en archivos que no se comparte. En la prueba practicada no resulta una actividad que permita afirmar que el acusado pusiese a disposición de otros usuarios sus propios archivos de contenido pedófilo, antes al contrario, lo que resulta probado es que los ponía a recaudo de esa transmisión facilitada por el programa utilizado en las descargas.

La argumentación del tribunal de instancia, en referencia al origen de la investigación, en nada afecta al acusado. Que una denuncia anónima pusiera en conocimiento la existencia de archivos no guarda relación con una conducta de tráfico del acusado; tampoco la utilización del programa Emule, del que el acusado es conocedor de sus efectos y los admite, si bien despliega una actuación que impide el compartir sus archivos, mediante su vaciamiento; por último el que pudiera ser identificado el contenido de los archivos por el nombre de los mismos no es relevante a la distribución y sí a la posesión por la que será condenado.

En consecuencia procede estimar la impugnación, conformando un nuevo hecho probado en el que afirmando el contenido del declarado en la sentencia de instancia, añadimos que "la carpeta <<incoming>> complemento del programa Emule para la descarga de archivos y su intercambio estaba vacía, al tiempo del registro" y no consta hubiera sido empleado para intercambiar otros documentos de contenido pedófilo". Los hechos han de ser subsumidos en el tipo penal del art. 189.2 del Código penal, en su redacción dada por la reforma operada por la LO 15/2003 procediendo imponer la pena de multa de 1 año con una cuota diaria de 15 euros. Optamos por esta pena al considerar que en el caso es más efectiva en la fijación de la consecuencia jurídica al hecho, la tenencia de material videográfico con un contenido de pornografía infantil y la actividad profesional del acusado para quien la pena de multa responde mejor, desde la prevención especial, a la función que debe perseguir la imposición de la pena. La profesión del acusado, informático según su propia declaración, y con una actividad laboral que expresa, hace procedente la fijación de una cuota diaria de 15 euros.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR PARCIALMENTE** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado **Victor Manuel**, contra la sentencia dictada el día 22 de mayo de 2012 por la **Audiencia Provincial de Barcelona**, en la causa seguida contra el mismo, por delito de pornografía infantil, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Terrassa, instruyó Procedimiento Abreviado 62/2011, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésimo Segunda, por delito de pornografía infantil contra **Victor Manuel** y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 22 de mayo de dos mil doce, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, añadiendo al hecho probado "al tiempo del registro se constata que la carpeta del ordenador que permite el intercambio de archivos estaba vacía sin que conste datos de intercambio".



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación parcial del recurso interpuesto por Victor Manuel .

III. FALLO

F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos al acusado **Victor Manuel** como autor responsable de un delito de posesión de pornografía infantil, a la pena de **multa de 1 año con una cuota diaria de 15 euros**. Se acuerda el comiso del material intervenido y la destinación de los supuestos pedófilos incautados.

Asimismo se le impone el pago de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

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