



Roj: **STS 4925/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4925**

Id Cendoj: **28079120012022100985**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **967/2021**

Nº de Resolución: **999/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ EXT 1019/2020,**
STS 4925/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 999/2022

Fecha de sentencia: 22/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 967/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 967/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 999/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 967/2021, interpuesto por **Segismundo**, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio Hernández Gómez y bajo la dirección letrada de D^a. Susana Rodríguez Sánchez, contra la sentencia nº 36/2020, dictada con fecha 14 de diciembre de 2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 29/2020) contra la sentencia nº 213 de la Audiencia Provincial de Cáceres, Secc. 2^a, de fecha 5 de octubre de 2020.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento abreviado 10/2020 (dimanante de las DPA del Juzgado de Instrucción nº 4 de Plasencia), seguido ante la Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Cáceres, con fecha 5 de octubre de 2020, se dictó sentencia condenatoria para Segismundo como responsable de un delito de difusión de pornografía infantil, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"El Grupo de delitos telemáticos de la unidad central operativa UCO de la Guardia Civil recibió, en octubre de 2.015, información obtenida con ocasión de una investigación internacional sobre distribución de pornografía infantil a través de Internet en la que se indicaba que desde la IP NUM000, el 30 de agosto de 2.015 a las 18:03:46 horas y a través de la aplicación de descargas P2P "ARES", se compartía un archivo de pornografía infantil. Esa IP era la asignada en aquel momento al acusado Segismundo, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Autorizada judicialmente la entrada y registro en el domicilio del acusado, sito en la AVENIDA000, nº NUM001, de DIRECCION000 por Auto de 5 de abril de 2016 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid, se llevó a efecto la misma el día 12 de abril de 2.016, incautándose, entre otros equipos informáticos, un ordenador portátil marca Acer con un disco duro marca WESTERN DIGITAL con nº de serie NUM002, así como una caja externa marca Best Buy que contenía un disco duro marca SEAGATE con nº de serie NUM003.

El disco duro marca SEAGATE, con nº de serie NUM003 contenía, entre otros, 67 archivos de pornografía infantil, entre los que no se encontraba el indicado en la información recibida de Interpol por la UCO. Por su parte, el disco duro marca WESTERN DIGITAL con nº de serie NUM002 tenía instalado el programa de intercambio archivos *peer to peer* ARES, en cuyo archivo "Shared.dat", que incluye los datos básicos de los archivos descargados mediante esa aplicación, figuraban como descargados 59 de los indicados 67 archivos de pornografía infantil. Cabe señalar que los archivos que se descargan a través de esa aplicación son guardados por el equipo en una carpeta denominada "my shared folder" y, mientras no sean eliminados de dicha carpeta, son potencialmente compartidos con otros usuarios de la misma aplicación ARES que deseen descargarlos.

Entre aquellos 59 archivos descargados a través del programa ARES, que estuvieron de esa forma disponibles para ser compartidos, se encuentran los siguientes:

1.- El archivo "*(pthc) valva.mpg*" con nombre del archivo en ARES: *Pthc Vaiya*. Fue descargado el día 26/06/2015 a las 03:23:32 horas. En este Video se ve a una menor impúber inicialmente desnuda, siendo después inmovilizada con cuerdas a lo que parece ser un banco deportivo, a la par que se le priva de visión con un antifaz. Seguidamente el adulto que se encuentra presente lleva a cabo actos sádicos contra la niña, tales como retorcerla los pezones o darle golpes en los genitales. La filmación termina cuando la menor es obligada a practicar felaciones al adulto encontrándose totalmente inmovilizada con las referidas cuerdas.

2.- El archivo "*myloia arina & nelia lesbían 14m42s.avi*" con nombre del archivo en ARES: *myloia arina & nelia lesbían*. Fue descargado por el acusado el día 20/05/2015 a las 13:57:03. En el mismo, dos niñas menores impúberes son filmadas mientras realizan actividades sexuales lésbicas, practicando sexo oral recíprocamente y realizándose tocamientos sexuales en diferentes posturas.

3.- El archivo "*siete años of Venezuela cum inside (2).mpq*", con nombre archivo en ARES: *7yr of Venezuela cum inside*, fue descargado por el acusado el día 21/04/2015 a las 16:43:52 horas. Se trata de dos niñas menores impúberes, con un prematuro desarrollo físico, las cuales se encuentran desnudas en una bañera y practicando



una felación a un hombre adulto. Acto seguido, cambia el escenario, observándose a una de las niñas tumbada en una cama boca arriba. El hombre adulto comienza a penetrarla por vía anal y vaginal hasta llegara eyacular en el interior de la vagina de la niña, grabando posteriormente como la menor expulsa el semen del interior de su vagina.

4.- El archivo "*pthc 2012 - best of 2010-2011 compíiation vol 1 .wmv*", nombre del archivo en ARES: *Best of 2010-2011 compilation vol 1*. Fue descargado por el acusado el día 02/06/2015 a las 01:03:13 horas. Se trata de un recopilatorio de filmaciones sexuales de menores de edad, de dos horas de duración, donde se observa a distintas niñas y niños impúberes de muy corta edad practicando relaciones sexuales entre ellos o con adultos, quienes eyaculan sobre o dentro de los mismos. En no pocas ocasiones tales víctimas son forzadas a mantener dichas relaciones; concretamente entre los minutos 48:29 y 53:54 se visiona a una niña de unos 4 años, sollozando y con los ojos vendados, obligada a tocar el pene de un adulto y siendo objeto de tocamientos y abusos sexuales por parte de otro.

5.- El archivo "*new! (pthc) 2007 tara 8yr - ass fuck and ass vibrator.wmv*", nombre del archivo en ARES: *Ass fuck and ass vibrator*. Fue descargado por el acusado el día 27/04/2015 a las 21:50:36 horas. En el video se observa a una niña impúber que primeramente es penetrada vaginalmente por un adulto quien, posteriormente, introduce a ésta un consolador en el ano de forma reiterada.

6.- El Archivo "*new! (pthc) tara 8yr- fucking with daddy every day-may.wmc*", nombre del archivo en ARES. *Tara 12y fucking uncle*. Este archivo fue descargado por el acusado el día 10/08/15 a las 22,57 horas. Se trata de una filmación recopilatoria de diversas fotografías donde se visiona a una niña menor impúber posando desnuda en actitudes claramente sexuales, realizando sexo oral a un adulto y siendo eyaculada por éste en el rostro y en los pies. En otra secuencia de imágenes, tras haber eyaculado en los pies de la menor, ésta procede a lamerse sus pies con el objeto de retirar el semen con la lengua.

7.- El archivo "*dc62.wmv*" Nombre del archivo en ARES: *Pthc compilation 15 minutes*. Fue descargado por el acusado el día 17/03/2015 a las 23:55:37 horas. Se trata de un recopilatorio de filmaciones donde se intercalan prácticas sexuales de adultos sobre niñas impúberes que son penetradas por éstos vía anal y vaginal, eyaculando sobre o dentro de las niñas, con fotografías de posados sexuales de otras menores.

En el momento del registro del domicilio del acusado ninguno de los archivos que, según el registro de descargas de ARES, había descargado el acusado, permanecía en la carpeta compartida "*my shared folder*". Los archivos de pornografía infantil (además de los ya descritos, en los sesenta restantes también aparecían menores, algunas de corta edad, sometidas a conductas sexuales explícitas, masturbándose o en posiciones, o realizando acciones, de índole sexual) fueron, todos ellos, hallados en el disco duro externo SEAGATE, y se encontraban archivados dentro de una carpeta denominada "*pthc*", iniciales de "*pre teen hardcore*", que viene a significar *sexo duro con preadolescentes*.

No ha quedado acreditado cuánto tiempo mantuvo el acusado cada uno de esos archivos en la carpeta compartida "*my shared folder*". Tampoco ha quedado acreditado que, durante el tiempo que mantuvo los archivos en la indicada carpeta, fuera consciente de las concretas humillaciones, vejaciones o actos de violencia de que eran objeto las menores".

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

"Debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Segismundo , como autor responsable de **UN DELITO DE DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL** ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CUALQUIER PROFESIÓN U OFICIO, SEA O NO RETRIBUIDO, QUE CONLLEVE CONTACTO REGULAR Y DIRECTO CON MENORES DE EDAD** por tiempo de **SEIS AÑOS**, así como la medida de seguridad de **LIBERTAD VIGILADA** por tiempo de **TRES AÑOS**, cuyo contenido se determinará tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Se decreta el **DECOMISO** del *ordenador portátil marca ACER*, modelo ASPHIRE 5742, nº de serie NUM004 , del *disco duro marcaWESTERN DIGITAL* con nº de serie NUM002 , así como del *disco duromarca SEAGATE* con nº de serie NUM003 , cuyo destino se determinará en ejecución de sentencia conforme a la normativa aplicable.

Las costas procesales de esta causa se imponen al acusado.

Recábase debidamente cumplimentada del Juzgado de Instrucción la pieza de responsabilidad civil del condenado.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet,



e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvanse los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de **APELACIÓN**, para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia, conforme a los trámites previstos en los artículos 790, 791 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución.

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

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Apelación por la representación procesal de Segismundo contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia de fecha 14 de diciembre de 2020, con el siguiente encabezamiento:

"La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ha visto, en grado de apelación, la causa seguida en la Audiencia Provincial, Sección Segunda de Cáceres , PA 10/2020, dimanante de DPA seguidas en el Juzgado de Instrucción Nº 4 de Plasencia, por un delito de Difusión de Pornografía Infantil, contra Segismundo con D.N.I NUM005 , estando representado por el Procurador Sr. Hernández Gómez y defendido por la Letrada, Sra. Rodríguez Sánchez, y siendo parte el Ministerio Fiscal".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 14 de diciembre de 2020 es del siguiente tenor literal:

"Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por Segismundo contra la sentencia dictada por la sección segunda de la AP de Cáceres de fecha 5 de octubre de 2020, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** citada resolución, imponiendo las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente-condenada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser preparado, dentro del plazo de cinco días, contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador. Dedúzcase testimonio de esta resolución y, una vez firme remítase, en unión de los autos originales, al Tribunal de procedencia.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este tribunal, dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J, practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación".



CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Segismundo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal de Segismundo alegó los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- "Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invocamos la VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS SIN GENERAR INDEFENSIÓN DEL ART. 24 CE, EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO CONSAGRADO EN EL ART. 18. 2 CE".

Motivo segundo.- "Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También invocamos como motivo de este recurso, VULNERACION DEL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA".

Motivo tercero.- "Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También invocamos como motivo de este recurso, VULNERACION DEL DERECHO DE DEFENSA, recogido en los artículos 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 24 de la Constitución Española".

Motivo cuarto.- "Al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También invocamos como motivo de este recurso, VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA".

Motivo quinto.- "Al amparado en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. INFRACCION DE LEY, ya que la Sala sentenciadora incide en error de hecho en la apreciación de las pruebas que emanan de documentos obrantes en autos y no contradichos por otros elementos probatorios, que deben determinar la completa absolución del condenado".

Motivo sexto.- "Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. INFRACCION DE LEY, por aplicación indebida del artículo 189 apartado 1. b) y el artículo 21 del Código Penal, sobre comisión del Delito de Difusión de Pornografía Infantil y aplicación de atenuantes, como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal".

Motivo séptimo.- "Al amparo del artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal redacción L 41/2015, conforme a su exposición de motivos, se entiende que en el caso que nos ocupa, existe interés casacional, ya que la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del TS, en concreto en la **Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 2870/2017, 13 de julio** , en la que se recoge un supuesto asimilable al que ahora se juzga, y en el que el Tribunal acabó absolviendo por el delito de distribución o difusión de pornografía infantil, limitando la condena a la aplicación del tipo penal básico referente al uso propio de pornografía infantil, mientras que descartaba la condena por distribución del material pornográfico. Y ello, porque en la meritada Sentencia el Tribunal sienta doctrina, en cuanto a que se entiende por "difusión" en el delito de distribución o difusión de pornografía infantil".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 25 de mayo de 2021; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 21 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Unas consideraciones previas, de doctrina general, antes de entrar al caso concreto, de necesaria observancia para su resolución, que apunta a los términos en que se ha de dar respuesta al presente recurso.

Conviene recordar que, cuando del recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia se trata, viene recordando este Tribunal que, tras la reforma operada por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.

Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear



cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de ésta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia, pero lo que no es correcto es reproducir en casación lo ya desestimado en la apelación, por cuanto que esos mismos argumentos ya ha habrán sido objeto de estudio con ocasión del primer recurso, y tenido respuesta en él, lo que no quita para que no se deba ignorar la primera sentencia.

Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales acudimos a la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnabile en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en esa primera fiscalización realizada en la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo".

PRIMERO.- Primer motivo: al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invoca el recurrente vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías sin generar indefensión del art. 24 CE, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2 CE.

1. No obstante ser el enunciado del motivo distinto al primero que se esgrimió con ocasión del recurso de apelación, entonces bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, las alegaciones con que se desarrolla son tan exactamente iguales, una reproducción literal de aquellas, si prescindimos de las que entonces se hicieron quejándose de la no intervención de letrado en el registro domiciliario, que, por cierto, ahora en casación se colocan en un tercer motivo.

Siendo esto así, se incumple con las pautas que ha venido señalando la doctrina de esta Sala, en relación con el sentido que ha de tener el recurso de casación, habiendo, como hay, uno de apelación previo, según hemos expuesto en el fundamento preliminar; más, cuando la sentencia de apelación es de un tan sólido fundamento como en el caso es la recurrida; tanto que la realidad es que el presente recurso de casación no entabla debate con ella, sino que más parece que no hubiera existido, por cuanto reproduce lo alegado con ocasión del previo de apelación, que, dicho sea de paso, se formula contra una sentencia de instancia igualmente sólida y absolutamente respetuosa con las garantías que el proceso ofrece a todo justiciable, de manera que, al ser esto así, aunque bastaría que nos remitiéramos a lo razonado en la sentencia recurrida para desestimar el presente recurso, por cuanto que consideramos convincente su línea argumental, sin embargo algo más se añadirá, aunque sea a costa de reiterar consideraciones.

2. Al igual que se hiciera en una primera parte del primer motivo del recurso apelación, en este de casación se vuelve a cuestionar la legitimidad de la entrada y registro realizada en el domicilio del condenado, con párrafos que son reproducción de los que se utilizaron con ocasión de aquel recurso, a lo que da respuesta la sentencia apelada, que viene a ratificar las consideraciones que hace la sentencia de instancia para rechazar igual impugnación.

Se considera viciado dicho registro porque la comisión judicial procedió a incautar cuantos objetos le pareció conveniente (ordenador, soportes, dvds, etc.) una vez visionado en caliente los mismos y no haber encontrado



en los equipos informáticos allí mismo inspeccionados ni el archivo pedófilo que buscaban ni ningún otro indicio susceptible de contener cualquier información relacionada con lo investigado.

Y se alega en apoyo de la pretensión anulatoria que se interesa en el motivo, con las mismas palabras que se hiciera con ocasión del recurso de apelación, que, "si bien existe prueba fehaciente, que en la fecha y hora en el que se cometió el delito investigado por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid, Vodafone España S.A.U., puso en conocimiento de dicho Juzgado, el día 14 de diciembre de 2015, que el titular de la IP NUM000 era Don Segismundo , con domicilio en la AVENIDA000 NUM001 , de la localidad de DIRECCION000 (Cáceres), más cierto es que, cuando se produjo la entrada y registro en el domicilio de Don Segismundo , el 12 de abril de 2016, la IP era NUM006 [...]".

Y el argumento que se utiliza es que, teniendo en cuenta que ni fue encontrado la IP NUM000 , a partir de la que se autorizó la entrada y registro, ni tampoco se encontró el archivo pedófilo que se iba buscando ni ningún otro tras ese visionado en caliente, cuestiona la validez de la incautación de los soportes informáticos en que apareció el material pornográfico base de la condena.

3. Como decimos, las sentencias de instancia y apelación dan debida respuesta a esta misma alegación, en que la pretensión que con ella se persigue se busca a base de mezclar planos distintos de intervención en la investigación.

Así lo consideramos, porque donde hemos de fijarnos es en que la investigación se dirige desde un principio sobre una persona a la que se identifica por su titularidad de una IP, y de la que se tiene un domicilio; dada la gravedad de los hechos presumiblemente delictivos que, presumiblemente también, lleva a cabo de desde unos soportes informáticos que posee en ese domicilio, lo razonable es que se autorizara la entrada y registro en el mismo para la localización de ese material, incluido su visionado en ese momento; ahora bien, en la medida que la información, por su volumen, no fuera posible abordarla y examinarla en ese acto, el auto habilitante de la entrada autoriza la retirada de un material informático que, no porque no se haya detectado en el momento inicial indicio delictivo alguno, no deja de ser sospecho de contener la actividad que se investiga, como así acaba constatándose tras su traslado a las dependencias policiales donde se cuenta con los medios adecuados para el oportuno análisis pericial. El que la comisión judicial y la fuerza policial hubieran procedido de otra manera, esto es, no habiendo registrado un domicilio en el que hay fundados indicios para sospechar que se está o ha estado realizando por un individuo, a través de herramientas informáticas, un delito, y que, con ocasión de ese registro, encontradas dichas herramientas, abandonaran el lugar sin intervenirlas, sería una muestra de falta de celo profesional, del que, incluso, pudieran derivar responsabilidades penales.

Y que se mantenga que hubo un exceso en la incautación de equipos de almacenaje, como se alega en el motivo, solo se puede deber a una confusión de quien firma el recurso, pues ese visionado en caliente no era incompatible con un examen en profundidad de cuanto material informático fuera sospechoso de guardar información relativa a la actividad delictiva que era objeto de investigación, como así lo explica la sentencia recurrida con el siguiente razonamiento:

"Lo que pretende la parte con este alegato es vincular la incautación de soportes y documentos digitales almacenados al resultado de ese análisis sobre otros medios informáticos en el momento de la entrada y registro, cuando es frecuente que en el trascurso de esa diligencia no se disponga de tiempo ni de medios para realizarlo sobre todo el material que es encontrado y que fue decomisado para su posterior análisis, por lo que consideramos que el auto sí que amparaba el actuar de los agentes que bajo la supervisión de la LAJ del juzgado de instrucción de Plasencia que estuvo en esa entrada y registro y que diligenció debidamente todos los elementos que se incautaron y que fueron posteriormente analizados con el resultado que obra en las actuaciones. Y sin olvidar que para proceder al análisis del contenido concreto de cada uno de esos elementos decomisados se dictaron las correspondientes resoluciones judiciales habilitantes como el auto de 13 de marzo de 2018 dictado por el juzgado de instrucción nº 4 de los de Plasencia en el seno de las presentes diligencias, acontecimiento nº 74, donde se autoriza el desprecinto y análisis de uno de los archivos informáticos, desprecinto y clonado para su posterior estudio que además se hace ante la LAJ, (acontecimientos siguientes), y cuyo fruto de la pericial se incorpora a las actuaciones en el acontecimiento nº 91 con un informe datado el 26 de abril de 2018".

En esto podemos resumir esa cuestionada intervención, que se lleva a cabo con el consiguiente control judicial, como con detalle explica la sentencia de apelación, que, por lo demás, ratifica lo que en el mismo sentido se razona en la de instancia.

4. En efecto, esta sentencia lo explica perfectamente. La autorización para la entrada y registro no se hace en función de una IP, sino porque esa IP la está utilizando el condenado, de quien se sospecha que está cometiendo una actividad delictiva a través de medios informáticos, que es lo que constituye el objeto de registro, en cuyo curso era previsible que se tuviera que ocupar ese material informático, por ser a través



de él como se desplegaba esa actividad delictiva, para lo que se obtiene la correspondiente autorización judicial. Como sucede que en el registro aparecen determinadas herramientas informáticas, desde de las que se sospecha que se está delinquiendo, la fuerza policial no hizo sino con su deber de intervenir esas herramientas que se encontraban en el domicilio de la persona que era sospechosa de cometer el delito objeto de investigación. El que fuera una u otra la IP a través de la que operase es indiferente, porque lo fundamental es que sirvió para identificar al presumible autor del hecho delictivo objeto de investigación y que manejaba unos dispositivos informáticos para la comisión del mismo.

Como explica la sentencia de instancia, no se operó sino como establece el art. 588 ter k LECrim., pues, teniendo conocimiento los agentes encargados de la investigación de que a través de una IP se estaba cometiendo un delito, preciso era identificar al usuario de la misma, para lo que se acudió al servidor a los efectos de tal identificación y su localización, de manera que, obtenida tal información, el juez instructor, a requerimiento de dichos agentes, en cumplimiento de las previsiones de artículos como el 546 o 550 LECrim., autorizó la entrada y registro en el domicilio en el que había indicios de que se pudiera encontrar quien estuviera cometiendo el delito, y siendo previsible que pudieran hallar los instrumentos con los que se estaba cometiendo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 588 sexies a LECrim., se solicitó y obtuvo la correspondiente autorización judicial, que legitimaba el acceso a la información contenida en dichos dispositivos, pues, para el análisis de ese contenido de los distintos elementos decomisados, se dictó el auto de 13 de marzo de 2018 por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Plasencia autorizando el desprecinto, análisis y clonado del material informático.

Que así se operó, lo explica con detalle la sentencia de instancia, y vuelve sobre ello la de apelación, cuando incide en que lo fundamental era la identificación del domicilio por su ubicación concreta y persona que lo habitaba, que se refiere al auto de 5 de abril de 2016, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid, autorizando la entrada y registro, ante las fundadas sospechas de que, desde ese domicilio, el condenado pudiera estar utilizando determinados soportes informáticos para la realización de la actividad delictiva objeto de investigación, tras cuya lectura por este Tribunal, no podemos estar más de acuerdo con lo que respecto de él expone la sentencia recurrida en su fundamento de derecho primero, cuando dice que "en el citado auto se explica la relación de conexión entre el particular con nombre y apellidos, domicilio en el que reside y se hayan [sic] ubicados los sistemas informáticos que a fecha de comisión, presuntamente, de los delitos investigados, utilizaba la IP reseñada en citada resolución, y las fuertes sospechas que obraban en las actuaciones sobre la posible utilización de los equipos que tenían atribuida esa IP para descargar archivos con contenido pedófilo, por lo que, estando ello debidamente justificado en el auto de referencia ya citado, no cabe en virtud de lo expuesto extraer esta alegación de nulidad interesada".

Resumiendo, detectado por agentes de policía judicial que una IP estaba siendo utilizada para la comisión de un delito, como se explica en ese auto de 5 de abril de 2016, mediante auto de 18 de noviembre de 2015 se autorizaron mandamientos a diferentes compañías telefónicas con el fin de identificar los titulares de distintas conexiones que poseían las diversas direcciones de IP en que había aparecido la distribución de material de pornografía infantil, así como la dirección de las correspondientes instalaciones, al objeto de ubicar los lugares exactos desde los que pudiera haberse producido dicha distribución, consiguiéndose distintos domicilios asociados a dichas direcciones, entre ellos el del recurrente, cuya entrada y registro se autoriza en ese auto de 5 de abril, y puesto que en el mismo pudieran encontrarse efectos o instrumentos desde los que presumiblemente se comete, en el mismo auto se autoriza, si resulta posible, la realización del análisis técnico policial del sistema informático que se localice durante el registro, y, una vez incautado el material informático, se autoriza su intervención y examen al objeto de identificar aquello que pudiera ser de interés de cara a la actividad delictiva que se estaba investigando.

Como se puede ver, en la secuencia de pasos descritos, desde que se tiene conocimiento de la actividad delictiva hasta que se incauta el material desde el que presumiblemente se estaría perpetrando dicha actividad, esa IP a la que tanta relevancia se da en el recurso, no es sino el instrumento a través del que se llega a su usuario y al domicilio de éste, observándose un escrupuloso respeto de sus garantías procesales.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

SEGUNDO.- Segundo motivo: al amparo de los artículos 852 LECrim. y 5.4 LOPJ., con invocación de vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Se cuestiona en este motivo la cadena de custodia, pues mantiene el recurrente que no puede llegarse a la conclusión de que los discos duros examinados, en que aparece el material pornográfico, fueran intervenidos en el registro realizado en el domicilio del condenado, y el argumento que se utiliza para ello es que en el acta levantada con ocasión de dicho registro, no constan reseñados los mismos.



Igual alegación se hizo en el recurso de apelación, si bien dentro del primero de los motivos, en que se cuestionaba que el material pornográfico hallado procediera del domicilio, y se hacía con mayor extensión que la que observamos ahora en casación, donde no se aporta argumentación novedosa respecto de lo alegado con ocasión del anterior recurso, sino que el discurso es más breve y no se rebate el razonamiento desestimatorio de la STSJ, ante cuyas circunstancias hemos de remitirnos a lo que al respecto se dice en ella, como también la de instancia, cuya línea argumental asume la de apelación.

En este sentido, comenzar diciendo que, incluso, una irregularidad de la cadena de custodia no supone, por sí mismo, vulneración de derecho fundamental alguno, mientras que, por otra parte, en el planteamiento de esta cuestión, no cabe partir de una presunción en contra de su irregularidad, sino que precisa, al menos, de algún indicio que apunte en tal sentido, de ahí que consideramos que, como principio de arranque, el motivo incurre en un error de base en su planteamiento, pues poner en duda la cadena de custodia solo se entiende a costa de arrojar una duda sobre la actuación policial, cuando es jurisprudencia asentada de este Tribunal que no puede presumirse que tales actuaciones sean ilegítimas o irregulares, mientras no se acredite lo contrario, para lo cual hubiera sido preciso practicar alguna prueba tendente a ello, que la defensa no solo no ha intentado, sino que ni siquiera ha formulado alegación alguna que pudiera poner en duda esa actuación policial. Así lo reitera nuestra jurisprudencia, y encuentra apoyo en artículos, como el 770 LECrim., que, entre otras diligencias a practicar por la Policía Judicial, "3.ª Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial", o en otros, en este caso de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como el 5, en que se recogen los principios básicos de su actuación, entre ellos, "ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", o "colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley".

Pues bien, si la única alegación que se hace es que, porque no haya constancia de la incautación de los discos duros en la diligencia de entrada y registro, no cabe dar por probado que se intervinieran con ocasión del mismo los que contenían material pedófilo, es insuficiente para que prospere el motivo, habiendo como hay un trazado desde su incautación hasta su análisis, que queda acreditado por una prueba testifical respecto de la que no se nos dan razones para dudar.

Al margen lo anterior, la sentencia de instancia explica ese trazado, concluyendo que "queda claro, por tanto, que el disco duro analizado en los informes técnicos policiales (el inicial, folios 249 y ss, y el ampliatorio, folios 404 y siguientes) fue incautado en el domicilio del acusado", y lo ratifica la de apelación, cuando dice que "con ello podemos comprobar que se trata del mismo elemento que fue decomisado en la entrada y registro, tanto el que se recoge en esa resolución citada por el Tribunal de instancia y aquel sobre el que se autoriza el análisis y estudio de su contenido en el auto de 13-3-2018 y que dio origen a la ampliación del informe pericial obrante en el acometimiento 91".

Y la de apelación, con ratificación expresa de la de instancia, dice: "este Tribunal ha comprobado la explicación de la sentencia apelada y se corresponde punto por punto con el contenido de las actuaciones, lo que nos permite descartar que los archivos analizados no se corresponden con material obtenido en el domicilio del acusado, y que la custodia de ellos desde que se produjo la entrada y registro hasta la fecha en que judicialmente se autoriza el análisis y estudio de un determinado soporte y su contenido tiene un trazo que puede seguirse en los autos".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

TERCERO.- Tercer motivo: al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho de defensa, recogido en los artículos 767 LECrim. y 24 CE.

La queja de este motivo, consistente en que el condenado no gozó de asistencia letrada cuando se practicó el registro en su domicilio, es reproducción de la que se hace en un bloque del primero de los motivos del recurso de apelación. A ella se da respuesta en la sentencia recurrida, con cita de preceptos y jurisprudencia que no considera necesaria tal asistencia, sin que frente a su argumentación nada oponga el recurrente en casación, quien ni siquiera invoca sentencia alguna en qué apoyar su pretensión.

Nos volvemos a remitir a la sentencia recurrida, de la que tomamos la cita que en ella se recoge, esto es, la STS 308/2020, de 12 de junio de 2020 en la que se puede leer que "[...] son innumerables las resoluciones de esta Sala que declaran la innecesariedad de que esta diligencia procesal se lleve a cabo con asistencia del Letrado, a tenor de lo dispuesto en el art 520 LECrim, que únicamente exige esta asistencia letrada del detenido para las diligencias de identificación y de declaración, no para los registros domiciliarios. No es preceptiva la presencia de Letrado en las diligencias de entrada y registro, sin que se produzca indefensión alguna cuando se ha practicado dándose cumplimiento a los requisitos que de orden constitucional y de legislación ordinaria vienen establecidos. La intervención de letrado en los registros domiciliarios no es exigida ni por el art 17.3 CE



ni por los Pactos Internacionales suscritos por España, estando circunscrita como obligatoria tan sólo para las declaraciones prestadas por el imputado y en los reconocimientos de identidad de que él mismo sea objeto (STS 23-11-06)".

Procede, pues, la desestimación del motivo.

CUARTO.- Cuarto motivo: al amparo de los arts. 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En realidad, el motivo es un conjunto de alegaciones cuestionando la valoración de la prueba, con menciones relacionadas con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y queja final propia de un motivo por *error iuris*, del art. 849.1º LECrim., por cuanto que combate el juicio de subsunción, en la medida que considera que "difícilmente se puede mantener que los hechos declarados probados en la sentencia de instancia puedan encuadrarse en el artículo 189.1 b)" que es por el que se condena.

Pues bien, habida cuenta que hay un último motivo expresamente formulado por *error iuris* del art. 849.1º LECrim, en él abordaremos lo concerniente al juicio de subsunción.

En lo demás, parece que la queja es por lo que el recurrente considera una inadecuada y arbitraria valoración de la prueba y cuestiona el párrafo que recoge la sentencia apelada en su fundamento de derecho quinto, traído de la sentencia de instancia, que dice como sigue:

"El acusado conocía que el programa informático que utilizaba para descargarse los vídeos pornográficos implicaba compartir tales archivos, no solo por los conocimientos informáticos que puso de manifiesto el cuestionario que a tal fin le hicieron los agentes de la Policía Judicial de Cáceres con ocasión de las primeras diligencias (folios 279 y 280), sino también, y muy especialmente, por la descripción que los miembros de la UCO realizaron en el plenario acerca del programa ARES, en particular de cómo en la pantalla aparecían siempre los archivos que se estaban compartiendo, con sus datos de subida y bajada, información visual a la que hay que añadir el hecho de que el acusado no conservara en la carpeta "my shared folder" ninguno de los archivos que, según el registro de descargas, se había bajado a través del ARES, dato que, tal y como hemos indicado con referencia a la declaración del teniente NUM007, constituye una conducta de autoencubrimiento que revela en quien la realiza un claro conocimiento de esa característica de compartir archivos del programa ARES".

Y entre las consideraciones que realiza para combatir el anterior discurso se alega que no consta prueba en contrario que acredite que el condenado posea títulos o cualificación en informática, lo que no hemos de negar; pero el que ello sea así no es incompatible con que tenga los suficientes conocimientos para manejarse por los programas por los que se manejaba, que es lo que deja acreditado la prueba practicada. En todo caso, al derivar el motivo por cuestiones probatorias y haber pasado la sentencia de instancia por el juicio de revisión de la de apelación, nos remitimos a lo que digamos en el siguiente fundamento, donde trataremos el motivo por *error facti*, con invocación del art. 849.2º LECrim.

Junto a lo anterior, se añade en el motivo que, aun admitiendo que el condenado poseyera material pornográfico, los hechos declarados probados difícilmente podrían encuadrarse en el art. 181.1 b) CP, pues faltaría el dolo o ánimo o intención de difusión, al haber quedado indemostrado que viniera dedicándose a facilitar la distribución o difusión de pornografía infantil, y es por esto, porque se adentra en el juicio de tipicidad, por lo que decíamos que nos remitimos a lo que al respecto digamos cuando abordemos el sexto motivo de recurso en el fundamento de derecho sexto.

Procede la desestimación del motivo.

QUINTO.- Quinto motivo: al amparo del art. 849.2º LECrim., por infracción de ley, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que emanan de documentos obrantes en autos y no contradichos por otros elementos probatorios, que deben determinar la completa absolución del condenado.

Planteado el motivo por *error facti*, nos obliga a pasar por los precisos cauces que el mismo impone, ante lo que, tal como se plantea, está abocado al fracaso, por cuanto que, según se desarrolla, no lo respeta, ya que, de conformidad al texto del artículo, cabrá corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que resulte de un documento susceptible de dar lugar a la alteración del hecho probado con relevancia para el pronunciamiento final del juicio, pero siempre teniendo en cuenta que, en nuestro proceso penal, como resulta del inciso "sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", no se reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, a la vez que no cabe acudir a otro motivo para desbordar este.

En realidad, el motivo, en su desarrollo, lo que hace son consideraciones propias de una mecánica de reevaluación de una prueba no practicada a nuestra presencia, desde una dinámica en la que no cabe que entre



este Tribunal de Casación por carecer de principios tan fundamentales en materia de valoración de la prueba como el de inmediación y contradicción, sin siquiera mencionar el documento literosuficiente que, por sí solo, pudiera hacer variar el sentido del fallo, sino que, como se dice entre las alegaciones del motivo, el documento en que se funda es el dictamen pericial informático emitido por el perito, ingeniero informático, de fecha 26 de febrero de 2020, que la propia parte adjuntó como prueba anticipada, propuesta en su escrito de defensa, en base al cual mantiene que no se compartieron los archivos descargados por el condenado, quien no realizó una distribución expresa y voluntaria de los mismos, cuestión a la que da respuesta la sentencia de instancia en su fundamento de derecho segundo, cuando explica que "sobre este particular los agentes insistieron en que, cuando menos durante la descarga, los archivos (la parte ya descargada de los mismos) resultan accesibles para otros usuarios ARES, pero no puede determinarse si hubo efectivamente transferencia de datos desde el equipo del acusado hacia otros equipos, esto es, si hubo materialmente "difusión".

Por lo tanto, la sentencia de instancia ha tenido en cuenta dicha prueba, que, dicho sea de paso, como pericial que es, no se trata de una prueba documental, y menos literosuficiente, sino una personal documentada, a la que ha dado la relevancia que ha considerado que debía darle, en esa labor de valoración conjunta de toda la prueba practicada a su presencia, entre la cual se encontraban informes realizados por los agentes policiales, valoración que ha superado el juicio de revisión por parte del tribunal de apelación, y, no obstante lo cual, se pretende una nueva valoración, por parte de este Tribunal, que, insistimos, no es función nuestra, y menos pasando por la parcial e interesada que propone quien es parte en el proceso y defiende intereses propios.

Por lo demás, cumplida la doble instancia, nuestra función se ha de centrar en el examen de racionalidad sobre la motivación de la sentencia de apelación, relativo a la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba, y ello porque el tribunal de segunda instancia en ese juicio de revisión ha verificado la estructura racional del discurso valorativo realizado por el tribunal sentenciador, y que, al haber constatado que se han observado las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, exime a este Tribunal de Casación de tal función, en la medida que la nuestra se reconduce al examen de la racionalidad de la motivación de la sentencia de apelación, porque lo que en ningún caso nos corresponde, es suplantar aquella valoración que viene de la instancia hecha por el tribunal ante cuya presencia se practicó la prueba, superado el filtro del tribunal de apelación.

En cualquier caso, como razona el tribunal de instancia, "esa falta de datos relativos a la efectiva transmisión de información de archivos a terceros desde el equipo del acusado no resulta, en nuestra opinión, relevante a la hora de determinar la tipicidad de estos hechos conforme al artículo 189.1.b) CP", que es por el acaba condenando, con razón; pero siendo esta cuestión relativa al juicio de subsunción, se abordará en el próximo fundamento, al tratar siguiente motivo de recurso.

Procede, por tanto, la desestimación de este quinto motivo.

SEXTO.- Sexto motivo: al amparo del art. 849.1º LECrim. y 5.4 LOPJ, por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 189.1 b) y art. 21 CP, sobre comisión del delito de difusión de pornografía infantil y aplicación de atenuantes.

Trataremos en dos bloques el motivo, uno en relación con la queja por aplicación indebida del art. 189.1 b) CP, y otro del art. 21, en que se invoca inaplicación indebida de atenuantes de dilaciones indebidas, de colaboración con la justicia y de disminución de efectos del delito.

Si bien, antes de entrar en cada uno de esos análisis, conviene recordar que estando ante un puro motivo por *error iuris*, habremos de atenernos al más escrupuloso respeto de los hechos probados, con más razón cuando han superado el juicio de revisión tras la desestimación por parte del TSJ del previo recurso de apelación, lo que implica que prescindiremos de entrar en determinadas cuestiones probatorias que se van intercalando en el motivo.

1. En relación con la queja por indebida aplicación del art. 189.1 b) CP, no le falta razón al recurrente, cuando dice que para la consumación del delito de difusión de pornografía infantil no solo no hay que tener en cuenta el dato objetivo de la posesión del material pornográfico, sino también el elemento subjetivo.

Ahora bien, dicho que, al tratarse el presente de un motivo por *error iuris*, en que se ha pasado por el más escrupuloso respeto a los hechos probados, sin perjuicio de remitirnos a los mismos, reseñaremos los que consideramos más significativos a los efectos de lo que el motivo impone, entre ellos:

"El Grupo de delitos telemáticos de la unidad central operativa UCO de la Guardia Civil recibió, en octubre de 2.015, información obtenida con ocasión de una investigación internacional sobre distribución de pornografía infantil a través de Internet en la que se indicaba que desde la IP NUM000, el 30 de agosto de 2.015 a las 18:03:46 horas y a través de la aplicación de descargas P2P "ARES", se compartía un archivo de pornografía



infantil. Esa IP era la asignada en aquel momento al acusado Segismundo, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Autorizada judicialmente la entrada y registro en el domicilio del acusado, sito en la AVENIDA000, nº NUM001, de DIRECCION000 por Auto de 5 de abril de 2016 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Madrid, se llevó a efecto la misma el día 12 de abril de 2016, incautándose, entre otros equipos informáticos, un ordenador portátil marca Acer con un disco duro marca WESTERN DIGITAL con nº de serie NUM002, así como una caja externa marca Best Buy que contenía un disco duro marca SEAGATE con nº de serie NUM003.

El disco duro marca SEAGATE, con nº de serie NUM003 contenía, entre otros, 67 archivos de pornografía infantil, entre los que no se encontraba el indicado en la información recibida de Interpol por la UCO. Por su parte, el disco duro marca WESTERN DIGITAL con nº de serie NUM002 tenía instalado el programa de intercambio archivos peer to peer ARES, en cuyo archivo "Shared.dat", que incluye los datos básicos de los archivos descargados mediante esa aplicación, figuraban como descargados 59 de los indicados 67 archivos de pornografía infantil. Cabe señalar que los archivos que se descargan a través de esa aplicación son guardados por el equipo en una carpeta denominada "my shared folder" y, mientras no sean eliminados de dicha carpeta, son potencialmente compartidos con otros usuarios de la misma aplicación ARES que deseen descargarlos.

2. Se alega en el desarrollo del motivo, en el que, por lo demás, se intercalan cuestiones probatorias y jurídicas, que no puede determinarse que el condenado facilitara o realizara una distribución expresa y voluntaria de archivos desde su ordenador, y en relación con ello va exponiendo las razones por las cuales considera que no ha quedado demostrado ese dolo o ánimo de difusión preciso para integrar el elemento subjetivo que requiere el tipo.

Siendo esta la línea en la que se mueve el motivo, consideramos que ha de ser desestimado, para lo cual, nos remitimos al pasaje de la sentencia de instancia, transcrito en el fundamento precedente, en que se consideraba que la falta de datos relativos a la transmisión no era relevante para la subsunción de la conducta del condenado en el referido art. 189.1 b) CP, por cuanto que "el mero hecho de tener disponibles para ser compartidos esos archivos en la carpeta "my shared folder", aunque solo fuera durante el tiempo necesario para su descarga, en la medida que el acusado sabía que, al hacerlo, permitía que durante esas horas otros usuarios tuvieran la posibilidad de descargarse la parte ya bajada de esos archivos desde su equipo, no hacía sino facilitar su obtención por esos otros usuarios potenciales, conducta ("facilitar la difusión") incluida en el elemento objetivo del tipo".

Como puede observarse, esta consideración es el complemento explicativo básico a los pasajes de hechos probados reproducidos más arriba, en que la clave para apreciar ese elemento subjetivo que requiere el tipo se encuentra en que ha quedado acreditado que el condenado tenía instalado un programa de intercambio de archivos, en que figuraban descargados 59 archivos de pornografía infantil, en una carpeta, desde la que eran potencialmente compartidos por otros usuarios, siendo en esto, es decir, en la posibilidad de facilitar esa difusión de esos archivos a otros potenciales usuarios donde se encuentra el núcleo de actividad delictiva por la que se condena.

En este sentido se explica la sentencia de instancia, siendo ratificadas y ampliadas sus razones en la sentencia de apelación, donde se expone que basta la concurrencia de dolo eventual para la perfección del delito y en apoyo de lo que dice acude a una jurisprudencia, como la que encuentra en la STS 1260/2011, de 25 de noviembre, en la que este Tribunal, en relación con la actividad de facilitación de la difusión mediante descarga de esos contenidos en programas "peer to peer" decía "que no resulta necesario en una infracción de estas características, de acuerdo con la descripción legal de la misma contenida en el precepto de referencia, cuando alude como forma de comisión del ilícito a la mera "facilitación de la difusión", que se alcance ese resultado difusor, bastando con la mera posibilidad de que ello se produzca, teniendo en cuenta que nos hallamos, en este caso, ante un delito de simple actividad, que se colma y consume con la sola ejecución de actos que posibiliten la referida distribución de los contenidos pornográficos".

Y que, en relación con el tipo subjetivo, añade "que, en todo caso, aunque no fuera esa difusión la inicial intención que guiara la conducta del autor, ésta integraría indudablemente el supuesto de un claro dolo eventual por parte de quien, conocedor de las implicaciones y consecuencias de sus actos, se comporta con indiferencia respecto de la producción de aquellas ejecutando a pesar de ello éstos".

Así lo considera el Tribunal de Apelación y lo considera este de Casación, por cuanto que, cuando un usuario de un programa P2P mantiene archivos en carpetas de acceso libre, como conocedor de que permite el intercambio directo de información, sabe que potencialmente facilita el acceso y difusión de su contenido a otros usuarios, con lo que queda definido un dolo eventual suficiente a los efectos de considerar concurrente el elemento subjetivo.



En este sentido, la sentencia recurrida, en relación con las redes de ordenadores P2P, haciéndose eco de la jurisprudencia de esta Sala, explica que "su finalidad es compartir toda clase de archivos en cualquier formato digital (audio, vídeo, texto, software o datos). Con el uso de programas P2P se crea una "carpeta de intercambio", carpeta donde, además de almacenarse los archivos bajados, se quedan automática y ordinariamente, la puesta en común y difusión con otros usuarios, generándose un efecto multiplicador. La situación de los archivos al ser descargados es la carpeta "incoming" en El Emule donde, hasta que el usuario del ordenador los extrae o los borra, permanecen a disposición de otros usuarios de la red".

En resumen, si se quiere, aunque sea por la vía del dolo eventual, concurre en elemento subjetivo preciso para definir el delito por el que se condena.

3. Decíamos que en el motivo también se queja el recurrente por inaplicación indebida de atenuantes de dilaciones indebidas, de colaboración con la justicia y de disminución de efectos del delito.

Sin embargo, repasadas las actuaciones, no consta que las alegara en la instancia, lo que es tanto como decir que eran ajenas al objeto del proceso, y, en coherencia con ello, que no fueran abordadas por el tribunal *a quo*, quien, no obstante lo cual, tiene en cuenta la colaboración prestada por el condenado en su fundamento de derecho quinto a la hora de individualizar la pena.

Se introducen dichas atenuantes con ocasión del recurso de apelación, y como no obtienen respuesta expresa en la STSJ, la defensa del condenado presenta escrito interesando complemento de sentencia, en petición de un pronunciamiento, a lo que se da respuesta en auto de 15 de enero de 2021, en que, aunque se exponen las razones por las cuales no se abordaron, se dan explicaciones por las que no se consideraron concurrentes, y se rechaza la petición de complemento.

Pues bien, al margen de que compartimos las razones de fondo dadas por el Tribunal de apelación para su no apreciación, hay suficientes razones procesales para no estimarlas, que también las expone el TSJ en el auto de 15 de enero de 2021, y reiteramos aquí para rechazarlas, como son, por un lado, que se trata de pretensiones *per saltum*, y, por otro, que, siendo alegadas por la vía de un motivo por *error iuris*, no encontramos el presupuesto fáctico en los hechos probados base del juicio de tipicidad.

4. Procede, por tanto, la desestimación de la doble pretensión interesada en el presente motivo.

SÉPTIMO.- Se formula un último motivo de recurso, al amparo del art. 889 [sic] LECrim. por interés casacional, por considerar que la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial, y cita la STS 2870/2017 (en realidad, ECLI:ES:TS:2017:2870, STS 559/2017), de 13 de julio, que, en opinión del recurrente, recoge un supuesto asimilable al que aquí se enjuicia, en que se condenó por el tipo penal básico.

El presente motivo, en realidad, no pasa de ser sino una alegación, pues se limita a mantener que existe un precedente judicial, con el que se pretende comparar lo que aquí se enjuicia, pero sin argumentación alguna, lo que no deja de ser un motivo vacío de contenido que, por ello, está abocado al fracaso.

En el mejor de los casos, podría considerarse que pone en cuestión el juicio de tipicidad de la conducta enjuiciada, como subsumible en el tipo del art. 189.1 b) CP por el que se condena, a cuyo respecto en el fundamento de derecho anterior hemos expuesto la corrección de tal calificación, lo que conlleva la exclusión del tipo base, que es lo que se pretende en el motivo, y que con mayor extensión se trata en la sentencia de instancia, que expresamente descarta la modalidad atenuada de posesión para uso propio de pornografía infantil del art. 189.5 CP, con argumentación que compartimos.

Procede, pues, la desestimación del motivo.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 LECrim. procede condenar a recurrente al pago de las costas habidas con ocasión de su recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Segismundo contra la sentencia 36/2020, dictada con fecha 14 de diciembre de 2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Recurso de Apelación 29/2020, que se confirma, con imposición de las costas ocasionadas con motivo del presente recurso al recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.