



Roj: **SAP T 111/2016 - ECLI:ES:APT:2016:111**

Id Cendoj: **43148370022016100032**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **2**

Fecha: **05/02/2016**

Nº de Recurso: **51/2015**

Nº de Resolución: **36/2016**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **MARIA JOANA VALLDEPEREZ MACHI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo de apelación Núm. 51/2015 (AP)

Procedimiento Abreviado 375/2014

Juzgado de lo Penal Núm. 2 de Tarragona

S E N T E N C I A Núm. 36/2016

Tribunal.

Magistrados,

D. Ángel Martínez Sáez (Presidente)

D. Javier Ruiz Pérez

Dña. María Joana Valldepérez Machí (Ponente)

En Tarragona, a 5 de febrero de 2016

Visto ante la Sección 2ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por D. Gabino , representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Solé Tomás y defendido por el Letrado Sr. Susín Díaz, contra la Sentencia de fecha 16 de febrero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Tarragona en el Procedimiento Abreviado núm. 375/2014 seguido por un delito continuado de distribución de pornografía infantil, y subsidiariamente, de un delito de posesión de pornografía infantil, en el que figura como acusado el apelante, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente **la Magistrada Suplente María Joana Valldepérez Machí.**

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

"En fecha 13 de abril de 2010 se tuvo conocimiento por el Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil de Madrid, a través de la Oficina del FBI en España, de la existencia de diversos usuarios presuntamente ubicados en España, los cuales podrían estar relacionados con la distribución de pornografía infantil, todas ellas pertenecientes a la red social denominada GROUPS, los cuales participarían activamente en la distribución de archivos pedófilos, entre otros, Gabino , nacido en Gran Bretaña, mayor de edad, condenado ejecutoriamente en sentencia firme de fecha 22.12.10 por un delito de distribución o tenencia de material pornográfico por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga a la pena de 1 año y 3 meses de prisión, habiéndosele suspendido la pena por un plazo de 5 años, notificada el 5.08.11, así como en el Reino Unido en sentencia firme



de fecha 106.00 por delito relacionado con la pornografía infantil o imágenes indecentes de menores a la pena de multa y 9 meses de prisión por la corte de Birmingham y por un delito de agresión sexual a un menor en sentencia firme de fecha 22.01.00 a la pena de 30 meses de prisión por el mismo tribunal.

Habiéndose constatado que el acusado disponía de conexión a Internet con Telefónica de España SAU en virtud de contrato de fecha 29 de abril de 2008 con el número de teléfono NUM000 , con IP NUM001 , se solicitó mandamiento judicial de entrada y registro en su domicilio, sito en c) DIRECCION000 n NUM002 , NUM003 NUM004 dé Tarragona, autorizándose por Auto de fecha 19 de junio de 2012 por el juzgado de instrucción nº 5 de Tarragona , y realizándose al día siguiente, incautándose:

- 1.- Disco duro interno marca Western Digital de 250 GB.
- 2.- Disco duro externo lomega con disco marca Samsung 500 GB.
- 3.- 3 Unidades de memoria USB: a) Marca Sandisk de 4 GB; b) Marca Sandisk de 1 GB con título MP3; c) Marca Sony de 4GB.

Sobre dichos dispositivos fue ordenada la práctica de prueba pericial informática consistente en restaurar del espacio de memoria no sobrescrito (o espacio libre) por el acusado los archivos originarios anteriores al formateo realizado por el acusado sobre dichos discos duros.

Como resultado de la pericial informática efectuada se encontraron en el espacio libre del Disco duro externo lomega con disco marca Samsung 500 GB más de 200.000 archivos fotográficos y vídeos de menores en los que se visualizan manteniendo relaciones sexuales entré ellos, con adultos, con animales, centrándose las imágenes en los órganos genitales, siendo muchos de los vídeos recuperados-puesto que el acusado había formateado su ordenador para evitar que se localizara el material que poseía-, pertenecientes a "azofilmscom", una de las páginas web de donde se descargan archivos con contenido pornográfico infantil, compartida por el acusado con diversos usuarios, no siendo posible encontrar el origen de las páginas desde donde se descargaban todos estos archivos debido a la carga de un nuevo sistema operativo, encontrándose, finalmente, en formato "rar" el archivo de vídeo BF v20 -Paul & Calin's Home Vídeo (2011)-DOWNLOAD.avi " teniendo contenido de menores de edad desnudos y en actitud sexual, centrándose las imágenes en sus órganos sexuales.

En la memoria USB marca Sony de 4 GB, se localizaron 2389 archivos fotográficos de menores desnudos, en actitudes de contenido sexual, en la memoria USB San Disk de 1 GB, 91 archivos fotográficos de idéntica temática que el anterior, en el disco duro interno se localizó en la memoria virtual rastros de registros alusivos a pornografía infantil relacionadas con la página "Azovfilmscom", ("preteen", registros de direcciones de internet con palabras referidas a niños de 13 y 7 años con palabras alusivas a sexo, el registro del correo que se utilizó para la compra de la pornografía infantil, y en el espacio libre se hallaron rastros de la página "Azovfilms", '70056 September in Portugal", " 70239 Bf y 20 Fkk Paul & Calin" . Por último, en el disco duro externo, en el espacio libre, un archivo audiovisual " BF y 2.0- Paul & Calins Home Video(2011), 14 archivos de esta película, archivo " Billy ElliotAvi" perteneciente a Azovfilmscom, y en el disco duro externo lomega, en el espacio libre se recuperaron, entre otras, las siguientes carpetas: " Boys Fantasy" conteniendo 137 archivos fotográficos con la dirección de internet www.boys-fantasy.com, " Fetish" conteniendo 47 archivos fotográficos, " Florian" conteniendo 2095 archivos fotográficos, " " 0001 Florian ' conteniendo 156 archivos fotográficos, " Hotel Shoot " conteniendo 798 archivos fotográficos, ' Ford D " conteniendo 463 archivos fotográficos, " Azov " y Nature " conteniendo, respectivamente, 108 y 103 archivos de imagen, " Jiinmy" conteniendo 867 archivos fotográficos, Jimmy Original" conteniendo 241 archivos fotográficos, ' Nex Folder" conteniendo 281 archivos fotográficos y " Nueva Carpeta" con 14.462 archivos fotográficos y de vídeo, todos ellos con menores de edad desnudos, en actitudes sexuales explícitas.

No ha quedado probado pues ninguna prueba se atrajo al plenario sobre el particular que:

En fecha 27 de diciembre de 2009, el acusado, entre las 14:46: 52 y las 14:48:18 horas, desde la IP NUM005 del número de teléfono NUM006 , ubicado en el local de la c) Pm y Soler 5, de Tarragona, compartió, a través del correo electrónico DIRECCION001 , 3 archivos de contenido pedófilo en el seno de la red social GROUPS con imágenes de menores de edad desnudos y realizando actos de tipo sexual.

En fecha 2 de octubre de 2010 el acusado realizó 3 compras de 3 vídeos de pornografía infantil por importe de 6085 dólares norteamericanos que se corresponden con los archivos BF V 20 FKK Qn Tour, 70056 September in Portugal y 70239 BF y 20 FKK Paul and Calin, en los cuales se visiona a menores de edad desnudos y en actitudes de exhibición sexual, facilitando para su adquisición su dirección de correo electrónico (DIRECCION002), su dirección postal (DIRECCION000 n NUM002 , NUM003 NUM004 43004 Tarragona) y número de teléfono móvil (NUM000)."



SEGUNDO.- Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A Gabino como autor de un delito de posesión de pornografía infantil del artículo 189.2 del código penal concurriendo circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reincidencia con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de prisión de 9 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

Que procede, una vez firme la presente sentencia, el comiso definitivo de los dispositivos informáticos incautados y su efectiva destrucción.

Póngase en conocimiento el dictado de la presente sentencia a la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga, sección 3ª, en relación con su ejecutoria 23/2011, de forma inmediata, advirtiendo que la misma no es firme por si el presente pronunciamiento pudiera conllevar la revocación de la suspensión acordada.

Una vez firme la presente sentencia o resuelto el posible recurso de apelación que contra la misma pudiera interponerse reitérese la anterior comunicación."

TERCERO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Gabino , fundamentándolo en los motivos que constan en el escrito articulando el recurso.

CUARTO.- Admitido el recurso y dado traslado por diez días, el Ministerio Fiscal solicita la desestimación del mismo y la confirmación de la sentencia recurrida.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la parte apelante la sentencia de instancia que condena al Sr. Gabino como autor de un delito de posesión de pornografía infantil del art. 189.2 del CP , alegando, la falta de antijuridicidad en virtud del principio *in dubio pro reo*, pues, a su entender, con la prueba practicada no se ha podido acreditar ni la procedencia ni el tiempo de almacenamiento de las imágenes.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso por estimar que la sentencia dictada es ajustada a Derecho. Argumenta, que " *Si bien es cierto que no se puede concretar si las fechas aparejadas a cada archivo informático descubierto que se reflejan en el informe (...) corresponden al momento de la creación, de modificación, de uso o de borrado, como se afirmó por los peritos en el acto del juicio oral* ", sin embargo considera que las alegaciones exculpatorias del recurrente son del todo inverosímiles y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Tal y como puso de manifiesto la STS núm. 2891/2011 de 13 de mayo de 2011 , que precisamente declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sección Cuarta de esta misma Audiencia Provincial, " *el artículo 189.2 del Código penal castiga al que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.*

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



imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil ."

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).

Partiendo de estos criterios, el caso que nos ocupa contiene unas especiales características fácticas que han de ser valoradas para la aplicación del tipo penal con que ha sido sancionado el recurrente.

Por un lado, se cuestiona el mismo elemento objetivo, es decir, la posesión de tales imágenes o archivos, y así se dice en el escrito de interposición que *"Tal y como la propia resolución recurrida indica, el acusado reconoció haber tenido material de contenido ilícito, que borró tras ser detenido y acusado, y antes de ser condenado por la Audiencia Provincial de Málaga"* , añadiendo la sentencia impugnada en su Fundamento de Derecho Primero que *"Efectivamente, no existe prueba alguna que determine la fecha de creación o borrado de dichos archivos"*, ni que preguntados los agentes NUM007 y NUM008 -autores del informe pericial sobre el material intervenido al acusado-, éstos pudieran determinar si la fecha que se refleja en la fotografía final del folio 313, se trataba de la fecha de creación, modificación o último acceso, a lo que debe unirse el reconocimiento en dicho informe pericial de la existencia de archivos que no se encuentran totalmente descargados (folio 314), ignorándose el motivo de la falta de su descarga.

Dicha indefinición sobre tales aspectos esenciales del tipo penal, y que además como se señala en el informe pericial *"Se han encontrado restos de registros con palabras pedófilas, en la memoria virtual y espacio libre, del disco duro interno del ordenador, que no han podido recuperarse, debido al formateo y carga del nuevo sistema operativo, y también debido a que se encuentran de manera residual en algunas posiciones de la memoria del disco (por ejemplo códigos de control o códigos ejecutables que aunque hayan sido borrados) que no han desaparecido por completo de la memoria localizándose referencias de ellos"* (folio 345), lo único que podría dar lugar a considerar, a lo sumo, es lo que el Tribunal Supremo califica de "posesión fugaz" al no constar en el *factum* dato alguno de donde deducir el momento, ni de la descarga, ni de la duración de la posesión.

Pues, bien, como quiera que solamente consta un dato temporal, esto es, que el día 20 de junio de 2012 se practicó una entrada y registro en el domicilio del acusado (folios 231 y ss.), autorizada judicialmente, y que en el curso de la misma se intervino el material informático que se analiza por la policía científica y que obra a los folios 304 y ss. con el resultado ya apuntado, se ha de concluir que, al desconocerse la fecha de la incorporación de los archivos citados y del borrado de los mismos, y en beneficio del reo, que tal descarga o traslación a los cuerpos de almacenamiento del sistema informático pudieron ser tan fugaces, que durasen el tiempo correspondiente a su visionado y posterior destrucción, o bien el traslado a la papelería de reciclaje, o en fin, pudieron incorporarse en tiempo pasado.

Siendo así, procede la absolución del acusado, al faltar una mínima determinación temporal sobre tal posesión, que -por otro lado- al tratarse de una mera detentación fugaz, no puede integrar el tipo, ya que la STS 105/2009, de 30 de enero , sostiene que la posesión ha de durar algún lapso temporal determinado, y así se lee en la misma que el acusado *"poseyó, por más o menos tiempo, en el caso unos dos meses"* el material que se cita,



y en todo caso, porque no puede afirmarse con rotundidad si fue, o no, borrada inmediatamente, al advertirse el contenido pedófilo de la misma, pues ha de distinguirse entre visionar y poseer.

En definitiva, mientras que la presunción de inocencia, como derecho del acusado, implica su derecho a no ser condenado si no existe en su contra una prueba legítima, en cambio el principio *in dubio pro reo* rige a la hora de valorar el material probatorio efectivamente aportado y exige que el Tribunal que tras el examen de la prueba no pueda resolver la duda que se le presente sobre los hechos, no opte por la posibilidad más gravosa para el reo (STS de 09 de Marzo de 2010), y es precisamente en este principio en el que la Sala debe apoyarse para resolver el presente recurso.

Por todo lo expuesto, y considerando que no existe prueba de cargo suficiente e indubitada para fundamentar la condena del Sr. Gabino , procede estimar el presente recurso de apelación revocando íntegramente la sentencia de instancia, y absolver al mismo de los hechos por los que venía acusado.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

LA SALA ACUERDA : ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Gabino contra la Sentencia de fecha 16 de febrero de 2015 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Tarragona en el rollo nº 375/2014 , cuya resolución revocamos ABSOLVIENDO al encausado de los hechos imputados, declarando de oficio las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta es nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, que pronunciamos, mandamos y firmamos.