



Roj: STS 2891/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2891

Id Cendoj: 28079120012011100350

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 13/05/2011

Nº de Recurso: 2319/2010

Nº de Resolución: 373/2011

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil once.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende interpuesto por la representación legal del acusado **Estanislao**, contra Sentencia núm. 395/10, de 22 de junio de 2010 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, dictada en el Rollo de Sala núm. 16/2009 dimanante del P.A.núm. 114/2008 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Tarragona, seguido por delito de corrupción de menores, en su modalidad de **posesión** para la facilitación de la distribución de **pornografía infantil**, contra mencionado recurrente; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando el recurrente representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Belén Martínez Virgili y defendido por el Letrado Sr. Carcelero.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tarragona incoó P.A. núm. 114/08 por delito de corrupción de menores, en su modalidad de **posesión** para la facilitación de la distribución de **pornografía infantil** contra **Estanislao**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, que con fecha 22 de junio de 2010 dictó Sentencia núm. 395/10, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas ha quedado acreditado:

Único.- El día 15 de junio de 2006 se practicó una entrada y registro, autorizada por decisión judicial, en el domicilio del acusado, Don. Estanislao. En la misma se intervinieron una CPU, Compac Presario, en cuyo interior tenía instalado un disco duro de al marca SEAGTE de 200 Gigas de capacidad así como un ordenador portátil, marca Toshiba, que contenía un disco duro de la misma marca con 30 Gigas de capacidad de almacenaje, ambos ordenadores eran propiedad del acusado quien también los utilizaba.

El acusado, fotógrafo de profesión, había instalalado, en el ordenador COMPAC, un programa de intercambio de archivos, conocido como P2p Emule v0 47 a).

Mediante dicho mecanismo se descargó un archivo de la red, atendida la huella informática coincidente con la hallada en unidades de otros usuarios, consistente en un video que mostraba a una niña, probablemente menor de 13 años, desnuda e introduciéndose en la vagina un objeto cilíndrico, No obstante, dicho video no fue localizado en la unidad.

Solo consta una especie de fotograma.

*En la unidad de disco duro marca SEAGATE se encontró una ruta de acceso a varios archivos. En la carpeta **documents and settings/Mis documentos/Mis archivos recibidos** se encontraron dos archivos con nombre **DIRECCION000** que mostraban a una joven, mayor de ead, en biquini y a la misma enseñando los pechos. Se*



encontraron también otros archivos protegidos de imagen pero que no se han podido visualizar. También, en otra carpeta de la unidad C se hallaron 28 fotos de la joven antes referida en biquini.

De igual modo, se encontraron, por otras entradas, archivos que por su imagen y nombre en miniatura hacen referencia a fotos y vídeos que estuvieron grabados pero de los que quedan huellas informáticas en forma de fotogramas que muestran 33 imágenes de contenido sexual explícito en las que aparecen menores de edad. En concreto, el archivo **DIRECCION001** muestra a un niño de corta edad introduciéndose un pene en la boca; el archivo **DIRECCION002** varios pequeños fotogramas con menores desnudos cogiendo con las manos penes; el archivo **DIRECCION003** muestra a un niño introduciéndose un pene en la boca; el archivo **DIRECCION004**, a una niña al lado de un pene erecto; el archivo **DIRECCION005**, a un niño de siete u ocho años, agarrando con la mano un pene erecto; el archivo **DIRECCION006** a una niña, sin poder precisar la edad, pero menor de 18 años, tumbada, desnuda y tocándose con la mano la vagina; el archivo **DIRECCION007 yo boy**, muestra a una niña de corta edad tocando el pene a un adulto; el archivo **DIRECCION008** exhibe a una niña de más de diez años, con un pene introducido en su boca; igualmente, el archivo **DIRECCION009** muestra el rostro parcialmente de un niño chupando con la lengua lo que parece ser un glande; el archivo **DIRECCION010** muestra a una niña desnuda, sobre una toalla, con la mano izquierda tocándose la vagina; el archivo **DIRECCION011** muestra a un niño adolescente introduciéndose un pene de adulto en la boca; el archivo **DIRECCION012** muestra a una niña semidesnuda al lado de un pene erecto, este archivo está repetido; el archivo **DIRECCION013** exhibe a una niña de corta edad a la que le están introduciendo un dedo en la vagina; el archivo **DIRECCION014**, muestra a una niña cogiendo un pene de un adulto con el cuerpo desnudo; el archivo **DIRECCION015** y **DIRECCION016**, muestra a una niña practicando una felación, este archivo se repite tres veces; el archivo **DIRECCION017** muestra a una menor en posición de cubito prono, mostrando el orificio anal.

En la unidad de disco duro del ordenador portátil, donde no había instalado ningún programa de intercambio, se localizaron en el espacio libre veintidós archivos borrados que muestran fotogramas de cariz sexual donde intervienen menores. Las imágenes incluyen felaciones realizadas por menores a adultos (seis); seis imágenes de menores mostrando sus zonas genitales de forma explícita; dos fotogramas de penetraciones a menores de muy corta edad; y un fotograma introduciendo un dedo en una vagina de una niña, a la que no se le ve el rostro.

Ha quedado acreditado que las descargas de los archivos cuya huella informática se ha localizado por el nombre del mismo fueron descargados desde la red y que varios de aquéllos se encontraban en la carpeta varios en la raíz **C:/ARCHV emule** pero no ha quedado acreditado si dicha carpeta era compartida pues dicha función se activa o desactiva por voluntad del usuario. No consta que ninguno de estos archivos hayan sido transferidos a ordenadores de terceros.

Respecto a las imágenes halladas en la unidad del disco duro del ordenador portátil no se ha acreditado su origen ni que fueran compartidos o distribuidos por el acusado."

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

"CONDENAMOS a Estanislao como autor de un delito de **posesión de pornografía infantil** del art. 189.2 del C. penal, a la pena de cinco meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

Le condenamos también al pago de las costas judiciales.

Firme que sea la presente resolución, cítese a las partes a una audiencia para decidir, en su caso, sobre la posibilidad de adoptar medidas suspensivas o sustitutivas de la pena privativa de libertad impuesta.

Se declara la reserva total de las actuaciones documentadas que contengan material pornográfico."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por el **MINISTERIO FISCAL y por la representación legal del acusado Estanislao**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Con fecha 26 de octubre de 2010 el Ministerio Fiscal presenta escrito desistiendo de su recurso.

Con fecha 12 de noviembre de 2010 se dicta Decreto en el sentido de tener por desistido de su recurso al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- El recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado Estanislao se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Infracción de Ley con fundamento en el art. 849.1 de la LECrim., por infracción de precepto penal sustantivo, como es el artículo 189.2 del C. penal, el cual tipifica el delito de **posesión de pornografía infantil**



2º.- Infracción de Ley con fundamento en el artículo 849.2 de la LECrim.

3º.- Infracción de precepto constitucional, conforme el art. 852 del mismo cuerpo legal, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por haberse infringido los preceptos constitucionales constatados en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la CE.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y lo impugnó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por escrito de fecha 24 de enero de 2011 el recurrente solicita la adaptación de su recurso a la LO 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código penal, en lo referente a la revisión de la pena impuesta.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 4 de mayo de 2011, sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona condenó a Estanislao como autor criminalmente responsable de un delito de **posesión de pornografía infantil** a las penas que dejamos consignadas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha interpuesto este recurso de casación la representación procesal del aludido acusado en la instancia, recurso que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se ha articulado por la vía del "error iuris" al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose como infringido el art. 189.2 del Código penal.

En la sentencia recurrida se absuelve al acusado de un acto de difusión a terceros de material pornográfico **infantil**, pues no ha quedado acreditado que los archivos con «huella informática» hubieran sido " *transferidos a ordenadores de terceros*".

Realmente, la razón de la condena se centra en la **posesión** para uso personal de dos tipos de archivos: 33 imágenes de contenido sexual explícito con menores en el disco duro del ordenador "fijo" (no movable), y 22 archivos en el ordenador "portátil", de las propias características. En todo caso, en uno y otro dispositivo, se encontraban todos ellos borrados, y la prueba pericial a cargo de la policía científica únicamente encontró lo que denomina "huella informática", esto es, un rastro que el sistema conserva, aun después del borrado en la denominada "papelera de reciclaje", y que es capaz de recuperar algún signo de lo inicialmente archivado, lo que únicamente es posible por sofisticados métodos informáticos, que no están al alcance del usuario común de este tipo de sistemas.

El art. 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, el cual lo será con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

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 nuestra 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).

TERCERO.- El supuesto enjuiciado contiene unas especiales características fácticas que han de ser valoradas para la aplicación del tipo penal con que ha sido sancionado el ahora recurrente. Por un lado, se cuestiona el mismo elemento objetivo, es decir, la **posesión** de tales imágenes o archivos (que únicamente han resultado ser fotogramas residuales obtenidos tras la operación de recuperación del material grabado y borrado posteriormente), lo que podemos denominar "**posesión** fugaz", y de otro lado, se desconoce el momento concreto de la descarga, o bien el lapso temporal en que fueron poseídas por el acusado las imágenes que fueron ulteriormente recuperadas, a modo de huella o rastro informático de su pretérita existencia.

Comenzando por este último reproche, que afecta a la prescripción del delito -tres años en el caso-, no consta en el *factum* dato alguno de donde deducir el momento, ni de la descarga, ni de la duración de la **posesión**. En efecto, señalan los jueces "a quibus" que *desconocen el tiempo de la posesión*, pero que ésta existió, aunque "no fuera particularmente prolongada o incluso muy reducida en el tiempo"; y más adelante que "los archivos fueron borrados, sin poder precisarse un tiempo prolongado de **posesión**".

Pues, bien, como quiera que solamente consta un dato temporal, esto es, que el día 15 de junio de 2006 se practicó una entrada y registro en el domicilio del acusado, autorizada judicialmente, y que en el curso de la misma se intervino el material informático que se analiza por la policía científica (folios 1229 a 1240) - Grupo de Pericias Informáticas-, tras el volcado de los discos duros de ambos sistemas, y no existe ni una fecha más, ni otro dato temporal, hemos de concluir que, al desconocerse la fecha de la incorporación -por el procedimiento que sea- de los archivos citados, y del borrado de los mismos, ha de inferirse, 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 papelera de reciclaje, o en fin, pudieron incorporarse en tiempo pasado, de manera que la acción estaría ya prescrita, aspecto éste que puede ser cuestionado incluso de oficio por el propio Tribunal enjuiciador, en cualquier instancia jurisdiccional, de manera que por la penalidad que se establece en el art. 189.2 del Código penal, a tenor del contenido del art. 131.1 (antes de su reforma operada por LO 5/2010), la prescripción habría que determinarla en tres años, de conformidad con nuestro Acuerdo Plenario del día 26 de octubre de 2010 (delito cometido, no acusado).

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 consecuencia, estimaremos el motivo, sin que sea necesario ya el estudio de los restantes, y dictaremos segunda sentencia por la que se absuelva al acusado.

Debemos poner de manifiesto, no obstante, la corrección jurídica de la sentencia recurrida que, en su apartado 7, declara la reserva de las actuaciones, conforme a lo prevenido en los arts. 140.2 y 138.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el art. 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,



en aplicación integradora, declarando la reserva total sobre las actuaciones documentadas que contengan material pornográfico, sin perjuicio del derecho del acceso de las partes y sus defensores, a los exclusivos efectos de ejercitar sus derechos procesales defensivos y al recurso

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

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **Estanislao**, contra Sentencia núm. 395/10, de 22 de junio de 2010 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez MelgarAlberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Mayo de dos mil once.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tarragona incoó P.A. núm. 114/08 por delito de corrupción de menores, en su modalidad de **posesión** para la facilitación de la distribución de **pornografía infantil** contra **Estanislao**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona, que con fecha 22 de junio de 2010 dictó Sentencia núm. 395/10 la cual ha sido recurrida en casación por la representación legal del acusado, y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

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

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Procede la absolución de Estanislao, conforme lo argumentado en nuestra Sentencia Casacional.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Estanislao de un delito de **posesión** de **pornografía infantil**, con declaración de oficio de las costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez MelgarAlberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo**

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