

Roj: **STS 1484/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1484**Id Cendoj: **28079120012016100277**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2016**Nº de Recurso: **1883/2015**Nº de Resolución: **285/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP C 2501/2015,**
STS 1484/2016

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación número **1883/2015** interpuesto por **Donato** representado por el Procuradora Sra. Landete García, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Ferreiro contra sentencia de fecha veintiuno de septiembre de dos mil quince dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de La Coruña que condenó al recurrente como autor penalmente responsable del delito de **posesión de pornografía infantil**. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Uno de Ordes de La Coruña inició PA con el nº 574/2008 contra Donato . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña que con fecha veintiuno de septiembre de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que:

*En el mes de Julio de 2007, por miembros de la Unidad de Policía Judicial de Melilla, se iniciaron diligencias tras haber detectado en Internet la existencia de un foro en el que se producía un intercambio de material conteniendo **pornografía infantil**. Por gestiones realizadas por aquellos efectivos, se comprobó que uno de los partícipes en dicho foro, era el usuario con correo electrónico DIRECCION000 . Por el Juzgado de Instrucción número 4 de los de Melilla se ofició a la compañía YAHOO MEDIA SL, para que se facilitasen los datos correspondientes, entre otras, a dicha cuenta correo, que resultó que correspondía Lucas , domiciliado en la ciudad española de Zaragoza, cuenta de correo que fue intervenida, por autorización de aquel órgano judicial, comprobándose que, con el formato "mensaje reenviado", se había recibido material de **pornografía infantil**, en la cuenta de correo DIRECCION001 , cuenta de correo perteneciente al aquí imputado, Donato , ya circunstanciado y sin antecedentes penales. Oficiada la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU, para que aportasen datos sobre dicha cuenta de correo, se comprobó que las conexiones IPs servidas por esa compañía, se correspondían a las líneas telefónicas números 981680114, cuyo titular es UNIONS AGRARIAS DO RIBEIRO, y NUM000 , perteneciente a Brigida , esposa del acusado.*



Como consecuencia de estas gestiones, el Juzgado de Instrucción número 4 de Melilla, con fecha 5 de Febrero de 2008, autorizó el registro en el domicilio privado del acusado, así como en la sede social de UNIONS AGRARIAS DO RIBEIRO, donde trabaja el acusado. En el registro que se llevó a cabo en el domicilio del acusado, en una de las CPU que tenía, el acusado había creado una carpeta en disco Y ("almacén"), así como subcarpetas con las denominaciones "material enviado" y DIRECCION002, que al ser abiertas, se encontraron dos carpetas formato zip, con el contenido de estos dos archivos descomprimidos en 4 carpetas, con las denominaciones "excelentes", "fragmentos", "mamonas" y "m-sh2", todas las cuales tenían un contenido pornográfico **infantil**; asimismo se ocuparon 7 discos duros y diversas tarjetas de memoria, que contenían también material pedófilo; en concreto 517 archivos de imagen de **pornografía infantil**, con fotografías de menores haciendo una felación a un adulto, menores mostrando sus órganos genitales o penetraciones a menores, material que el acusado poseía para satisfacer sus estímulos sexuales, sin que haya constancia de que el acusado hiciera intercambio de este material de **pornografía infantil**. En el registro que se efectuó en el domicilio social de UNIONS AGRARIAS no se hallaron archivos de contenido pornográfico.

El primer señalamiento para la celebración de la vista oral de esta causa se efectuó para el día 22 de Mayo de 2012, que se suspendió por haberse interesado por el Ministerio Fiscal el visionado del material ocupado al acusado, a lo que tampoco se vino a oponer la Defensa del acusado, accediéndose a lo interesado, y siendo imposible el visionado, porque no reconoce los discos el aparato de reproducción disponible. Ante estas dificultades, se acuerda proceder a un clonado del material, para proceder a la visualización, con el resultado que obra en la diligencia de fecha 28 de Mayo de 2012, clonado que es aportado por los agentes de la Guardia Civil, para detectar el fallo en el disco original. Ante las dificultades expuestas por la Unidad de la Policía Judicial de A Coruña, con fecha 5 de Junio de 2012, de no disponer de material para la recuperación de los datos de ese disco, se comunica que sería el Departamento de Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil el que dispondría de recursos para efectuarlo, acordándose su remisión a dicho organismo con fecha 22 de Junio de 2012. Hasta el día de hoy, y a pesar de que por dicho organismo, con fecha 24 de Enero de 2013, se comunica que, por el volumen de su trabajo, en un plazo de dos años no puede ser atendida la petición formulada, sin que, a pesar de los recordatorios, haya sido remitida la información interesada>>.

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

<<Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Donato, como autor penalmente responsable del delito de **posesión de pornografía infantil** ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de **4 meses de prisión**. Se impone al acusado la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al abono de las costas procesales causadas.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Sección de la Audiencia, a medio de escrito, con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la última notificación.

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

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Donato .

Motivo primero .- Ha sido renunciado. **Motivos segundo, tercero y cuarto** .- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por haberse conculcado los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías con infracción del principio *in dubio pro reo* . **Motivo quinto**.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por haberse conculcado el derecho a una resolución motivada en cuanto que opta por imponer pena de prisión frente a la de multa prevista en el tipo penal aplicado. **Motivos sexto y séptimo** .- Por infracción de ley por haberse conculcado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al haber aplicado la atenuante simple y no cualificada.

4 .- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.



6.- El 31 de marzo se pasa la redacción definitiva de la sentencia a firma de los integrantes de la Sala.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El primer motivo del recurso no ha sido formalizado.

Los motivos segundo a cuarto pueden ser agrupados a efectos de contestación. Plantean cuestiones, si no idénticas, sí entrelazadas y hasta solapadas. De hecho el cuarto (afectación de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por vulneración de los principios de contradicción e inmediación: arts. 852 LECrim y 24 CE) se remite sin más al segundo.

El tercero alude al principio *pro reo*: se dice que la Sala habría exteriorizado en un auto previo (folios 745 a 747) la insuficiencia a efectos inculpativos del material pornográfico remitida a la página *protégeles*. Pese a ello, lo toma en consideración para la condena. Igualmente refleja que no puede concluir de forma rotunda que los nombres tan sugestivos de las carpetas hayan sido etiquetados por el recurrente. Empero, utiliza ese dato como elemento indiciario.

No se detecta violación de tal principio en ninguna de esas dos incidencias.

No es el nombre de las carpetas dato esencial para la condena: es prescindible por ser meramente accesorio. En el conjunto global de la prueba puntualizar si esa denominación fue producto de un etiquetado realizado por el recurrente o si sencillamente se limitó a acoger sin modificación alguna una rotulación ideada por otros es secundario.

Tampoco es decisivo el comentario incidental del auto interlocutorio referido (auto cuya provisionalidad derivada de su muy limitado ámbito de cognición es expresamente proclamada): por sí solo podía ser insuficiente el archivo de ese material; pero enlazado con el resto de elementos probatorios la Sala con toda legitimidad considera suficientemente acreditada la tenencia de material pornográfico con menores con una finalidad distinta al exclusivo propósito de denunciar aducido por el acusado, nada creíble dadas las circunstancias concurrentes y todo el contexto. Que una prueba aislada sea insuficiente, no aboca a negar la suficiencia del conjunto. No son en exclusiva los correos que se dicen recibidos con posterioridad (octubre) los determinantes. La afirmación del auto 484/2010 hay que situarla en un contexto procesal. Tras esa denuncia existe un correo electrónico muy sospechoso de contener idéntico tipo de material y, sobre todo, se han ocupado muchos archivos de esas características, sin perjuicio también de las iniciales declaraciones del recurrente ratificadas a presencia judicial (folios 544 y 545).

SEGUNDO.- Queda pendiente de análisis el segundo de los motivos, de gran extensión. Despliega tres caminos paralelos, y en alguna medida contradictorios o, al menos, poco compatibles entre sí. La presunción de inocencia se erige en anclaje casacional del alegato a través del art. 852 LECrim

i) Por un lado se dice que el material pornográfico -base de la condena: el delito consiste precisamente en su tenencia- no se ha incorporado al proceso de forma válida. No ha existido respecto de esa prueba esencial ni inmediación ni contradicción.

ii) En un segundo nivel se aduce que no se ha motivado suficientemente el valor probatorio otorgado a las declaraciones en fase de instrucción por parte del recurrente.

iii) Arrancando de las dos premisas anteriores se arguye, por fin, que la condena no se basa en indicios suficientes.

Hay ciertas dosis de incompatibilidad entre las dos primeras vertientes del motivo: la consideración de los archivos como material pornográfico es aceptada en sus declaraciones por el acusado, lo que minimiza hasta su anulación el alcance de la primera línea de razonamiento.

Veamos.

Enseña la STC 33/2015, de 2 de marzo , en continuidad con cientos de precedentes, que la presunción de inocencia, además de criterio informador del ordenamiento procesal penal, es un derecho fundamental en virtud del cual el acusado de un delito no puede ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia fundada en una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo y suficientemente concluyente. Se reitera así abreviadamente una doctrina tan añeja como repetida.

Aquí en una primera línea de razonamiento el recurrente denunciaría el valor conferido al material pornográfico ocupado como elemento probatorio en la medida en que no pudo ser visionado en el acto del juicio oral por



razones ajenas a las partes y vinculadas a deficiencias estructurales. No sería actividad probatoria practicada con todas las garantías y por tanto devendría inutilizable.

En efecto, no se pudo visionar ese material ni total ni parcialmente en el plenario pese a recabar la defensa esa diligencia. No constituye por tanto en sí prueba.

Eso supuso no practicar una prueba que era pertinente. Sin embargo no imprescindible, como se verá.

El acusado no reclama a través del art. 850.1º (lo que exigiría otro tipo de argumentos), sino apoyándose en el art. 852 -presunción de inocencia-. Desde esa óptica lo que exige la legitimidad de una sentencia condenatoria no es que se hayan practicado todas las pruebas posibles que pudieran acreditar la culpabilidad; sino que las pruebas efectivamente desplegadas sean por sí solas suficientes para reputar concluyentemente fundada la convicción de culpabilidad respecto de un hecho delictivo acreditado con igual certeza. La cuestión en ese plano no estriba tanto en valorar las razones que impidieron la práctica de esa prueba; ni en hipotetizar con su resultado; sino en comprobar si la prueba practicada en la que la sentencia basa su pronunciamiento es suficiente para llegar a una certeza más allá de toda duda razonable.

Y lo es en este caso.

¿Que duda cabe que el visionado de los archivos y material hubiesen sido muy útiles y determinantes! Pero eso no significa que sin ese visionado no se pueda alcanzar la misma conclusión con suficiente y parificable nivel de certeza. Pese a que no se ha visualizado directamente el material, no hay duda alguna de que se trataba de **pornografía** con utilización de menores como vienen a demostrar:

i) Las declaraciones del acusado que reconoce que se trataba de ese tipo de imágenes, hasta el punto que explica que lo denunció a una organización específicamente dedicada a la lucha contra esas actividades. Y apostilla que había recibido en otras ocasiones material semejante; y que no siempre lo eliminó.

ii) El informe elaborado por especialistas que refleja el contenido de los discos duros y que recoge algunas de las imágenes y fotogramas (folios 609 y siguientes). Tal informe ha sido ratificado en el acto del juicio oral. No es razonable sembrar dudas sobre la veracidad de los informantes. Que no haya existido cotejo válido en sede judicial (y en esto hay que dar la razón al recurrente) no descalifica sin más el informe. Quienes lo han elaborado han comparecido en el plenario y han respondido a las cuestiones que pudieron plantearle defensa y acusación. Eso es prueba no solo valorable, sino además fiable. Ni siquiera está contradicha por el acusado. Decir que es un testimonio de referencia es muy poco riguroso. Testigo de referencia es el que relata lo que le contó un testigo directo. No tiene sentido trasladar a este supuesto la jurisprudencia sobre el testigo de referencia.

Es verdad que los discos duros no visionados no son valorables como prueba. Pero no lo es que eso deje sin sustento probatorio la condena. El contenido de esos discos duros ha pasado a constituir prueba valorable a través del referido informe con las imágenes que incorpora, la declaración de los autores del informe, y las mismas declaraciones del acusado. La Audiencia no ha dudado de la incorporación de **pornografía** con menores en los archivos informáticos incautados al acusado. Sin visionado directo o adveración por parte del Secretario (cotejo con presencia de las partes y no unas meras referencias genéricas como las obrantes en la diligencia justamente cuestionada) el material carece de valor como prueba. Ha quedado inutilizado como prueba directa. Pero no así la documental extraída de esos archivos digitales ni los informes elaborados y ratificados por quienes analizaron los sopores digitales. La acreditación del carácter pornográfico del material no ha de verificarse inexorablemente a través de un examen directo por la Sala. Si ésta no lo ha hecho, es por imposibilidad sobrevenida ligada a cuestiones técnicas. La defensa en último término no cuestiona tanto el fondo (que el material realmente contiene **pornografía infantil**) como lo externo, lo que evidencia que no hay indefensión. Ciertamente la realización del volcado a presencia del secretario judicial no acredita el contenido de los soportes digitales pero sí que el material analizado por los agentes versa precisamente sobre el contenido de esos discos duros. Y ese contenido queda acreditado por el informe ratificado en el plenario. No es necesario el cotejo para que ese informe pueda ser valorado, como parece entender el recurrente. Sí lo es que el informe haya podido ser contradicho a través del interrogatorio de quienes lo firman.

Ciertamente ese cotejo era pertinente, y útil; pero no imprescindible. Como el análisis de la sustancia ocupada es diligencia necesaria en un asunto seguido por delito contra la salud pública; lo que no significa que si se ha incautado droga (incluso si se extravió) no pueda dictarse una sentencia condenatoria sin contar con su análisis cuando otros medios de prueba acreditan que se trataba de sustancia estupefaciente. Habrá casos y casos.

También es verdad que la diligencia del Secretario no suple el visionado. Pero su supresión, no varía el panorama probatorio: nada aporta.



A la vista de todo el material incautado carece de sentido enzarzarse en las vicisitudes de un determinado correo electrónico: aún prescindiendo de él subsiste prueba sobrada sobre la tenencia y almacenaje de material pornográfico **infantil** por parte del recurrente durante un tiempo relevante, sin que conste que estuviese destinado a ser compartido. No puede decirse que la Audiencia no haya contado con prueba legítima para declarar acreditado el elemento objetivo del delito.

En cuanto al elemento subjetivo se infiere de la propia tenencia y las circunstancias que la rodean que excluyen, como razona la Sala, que el almacenaje de un volumen tan relevante de imágenes pornográficas con menores durante varios meses, de forma ordenada y etiquetada y con varias copias, estuviese guiado por el propósito de ponerlo, en su caso, a disposición de la policía.

Pertinente es puntualizar que el tipo no exige ánimo libidinoso o lascivo. El dolo consiste en la tenencia de ese material pornográfico **infantil** para *uso propio*. Con ese inciso el legislador no busca tanto añadir un elemento subjetivo de carácter positivo a la conducta objetiva, como excluir de este tipo, por ser de aplicación preferente otros, los casos en que el material está destinado a la distribución o difusión, al uso de terceros en definitiva. Pero no hay necesidad de acreditar un específico destino de búsqueda de placer sexual propio por más que en este supuesto esta sea una inferencia más que razonable. Hipotetizando: un acopio de ese tipo de material con fines *coleccionistas* integraría también el delito aún descartado el ánimo libidinoso. Si en la intención del poseedor está presente el propósito de compartir con terceros escapamos de este tipo, que es residual o subsidiario respecto de otros. Los casos de tenencia involuntaria o de **posesión** con la exclusiva finalidad de denunciar no merecerán reproche penal por otras razones; no porque no concurra un ánimo lascivo que no exige el tipo penal.

Se ha dicho al hilo de la argumentación que el contenido de los discos está además avalado por las declaraciones del acusado. Así es. No solo por las manifestaciones en fase de instrucción sino también por su propia versión en el acto del juicio oral. La **posesión** del material está reconocida. Y la explicación que se ofrece sobre su almacenaje no es en absoluto creíble por razones que la Sala se preocupa de detallar de forma convincente. Puede aceptarse que no participó en foros de **pornografía infantil**, o que no contactó consciente y deliberadamente con la dirección *pedohot* sin que se desvirtúe la convicción reflejada por la Sala de instancia. No son verosímiles y la Sala no las ha creído las explicaciones que ofrece el recurrente *sobre la tenencia de tan abundante material* pornográfico.

En conclusión: siendo cierto que los discos en sí mismos no constituyen prueba por no haber sido visionados en el acto del juicio oral, hay actividad probatoria de cargo suficiente constituida por el informe sobre el contenido de tales discos, respaldado por fotogramas y por las propias declaraciones del acusado. Desde la presunción de inocencia no hay nada que reprochar a la sentencia. Y el recurrente, seguramente por ser consciente de lo irrelevante que sería para apoyar su posición procesal, no reclama la repetición del juicio para realizar esa prueba (art. 850.1 LECrim).

Los motivos son **improspereables**. Hay prueba de cargo; concluyente; y racionalmente valorada.

TERCERO.- El motivo quinto denuncia un déficit de motivación en la individualización penológica: la opción por la pena privativa de libertad en lugar de la pecuniaria que alternativamente admite el Código no estaría suficientemente justificada. La referencia a la gravedad en abstracto de los hechos adolece de vaguedad e inconcreción: sería necesario detallar en qué medida dentro de las conductas subsumibles en el art. 189 ésta se sitúa en las escalas de mayor gravedad.

El acogimiento de una ulterior petición que hará necesaria una reindividualización en segunda sentencia, vacía de contenido este alegato. En efecto, los motivos sexto y séptimo, escuetamente desarrollados, reivindicando la **calificación** de la atenuante de **dilaciones indebidas** que ha sido apreciada con rango ordinario. Se denuncia a través del art. 849.1 LECrim inaplicación indebida del art. 66,1.2 CP . El transcurso de más de siete años desde la imputación (febrero de 2008) hasta la sentencia dictada en septiembre de 2015 reclamaría anular a la atenuante efectos más intensos.

Los motivos se van a estimar.

La atenuante de dilaciones indebidas a partir de diciembre de 2010 cuenta con una tipificación legal expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, contempla como tal la *dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* .

A tenor de la literalidad del art. 21.6 CP , la atenuante exige de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: **a)** que tenga lugar una **dilación indebida** en el sentido de **no justificada** ; **b)** que sea **extraordinaria** , en el sentido de relevante, de fuste; **c)** que ocurra durante la **tramitación** del procedimiento; **d)** que esa demora



o retraso **no sea atribuible al imputado** ; y e) que la dilación no guarde proporción con la **complejidad** del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas.

Junto a ello, siendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la consecuencia penológica, se ha dicho a veces que es requisito inmanente de la atenuante que aquel que postula su aplicación no se sienta beneficiario de las dilaciones, más allá de que no le sean imputables. El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación *apud acta...*) acarrear molestias y padecimientos que se acrecientan a medida que el proceso se prolonga indebidamente. Pero no siempre es así: en ocasiones el acusado está interesado por razones variadas en postergar lo más posible el resultado procesal. Dicho de otra manera, puede presumirse como regla general que admite prueba en contrario que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto que, sin embargo, ordinariamente no obtendrá contrapartida alguna). Ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (al margen de otras a través de instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 CP).

No admite discusión que el tiempo de duración de este proceso ha sido excesivo. La complejidad no justifica una espera de más de ocho años (si incluimos la casación) hasta obtener resolución final. El hecho que las incidencias entorpecedoras no sean reprochables a los responsables de la tramitación y gestión del procedimiento, no disipan el perjuicio derivado de la demora sufrido por el justiciable. Objetivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha padecido. Decidir sobre la atenuante no es un tema de identificar culpabilidades o responsabilidades, sino de constatar tanto la afectación en el derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable; como que quien lo invoca no ha contribuido a los retrasos con su comportamiento procesal.

En este caso son carencias estructurales de órganos públicos de auxilio a la Administración de Justicia las causantes del severo retraso sufrido, con más de tres años de *impasse* para volver a señalar el juicio suspendido; y, además, con el agravante de que finalmente la prueba a cuya espera se estaba no se haya podido realizar. El volumen de tareas pendientes en tal órgano provocando una situación, si no de colapso, sí de grave entorpecimiento lo ha impedido. No puede reprocharse al acusado que reclamase la práctica de esa prueba que era pertinente; ni inferir de su legítima actitud procesal una suerte de complacencia o complicidad con los retrasos. No es justo que se le sitúe en la disyuntiva de o renunciar a la prueba pertinente o renunciar a su derecho a un proceso sin dilaciones.

CUARTO.- Si para la atenuante ordinaria se exige que las dilaciones sea extraordinarias, es decir que estén "fuera de toda normalidad"; para la cualificada será necesario que las dilaciones sean **desmesuradas** .

Puede realizarse tal valoración en relación al presente asunto: más de siete años sometido a un proceso que podía haberse ventilado, al menos, tres años antes es demasiado tiempo.

Para valorar la intensidad de la atenuante se debe conjugar tanto el examen del total de duración del proceso, como la dimensión de los periodos de ralentización y sus causas. Aquí hay una parálisis total durante más de tres años por razones achacables en exclusiva a los Poderes Públicos. La duración de la tramitación ha sido objetivamente desmesurada como consecuencia singularmente del dilatado tiempo de espera para conseguir que un organismo del Estado resolviese los problemas técnicos surgidos para la realización de una prueba, problemas que al final no se han zanjado: ha sido una espera no solo larga, sino además inútil. El acusado se ha visto privado no solo del derecho a un juicio sin dilaciones, sino también de esa prueba. Que no sean imputables más que indirectamente a la Administración de justicia (lo es a sus organismos auxiliares) no muta la valoración de las dilaciones a estos efectos. Y que la defensa haya consentido con esa espera tampoco es razón para regatear el carácter privilegiado de la atenuación: no ha sido una espera propiciada, deseada o buscada, sino resignada ante la conveniencia de una prueba cuya práctica legítimamente interesaba. Tres años de paralización por esa causa que se han revelado inútiles, suponen una relevancia suficiente para la cualificación de la atenuante. Ese retraso al final ha determinado que no se haya podido alumbrar la sentencia hasta más de siete años después.

La atenuante debió estimarse como cualificada. Procede casar la sentencia en este extremo. Hay que conferir a la atenuante una eficacia superior a la ordinaria. Se pueden citar precedentes de apreciación de la atenuante cualificada en supuestos en que se analizan retrasos parificables con los aquí señalados (SSTS 557/2001, de 4 de abril ; 742/2003, de 22 de mayo ; 1656/2003, de 9 de diciembre ; 1051/2006, de 30 de octubre ; 993/2010, de 12 de noviembre , 1108/2011, de 18 de octubre , ó 327/2013, de 4 de marzo).

QUINTO .- Procede declarar de oficio las costas procesales (art. 901 LECrim) dada la estimación parcial del recurso.



III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.-DECLARAR HABER LUGARparcialmente al recurso de casación interpuesto por **Donato** contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de La Coruña que condenó al recurrente como autor penalmente responsable del delito de **posesión de pornografía infantil por estimación de los motivos sexto y séptimo de su recurso.**

2.- Declarar de **oficio** las **costas** procesales (art. 901 LECrim).

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, 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. Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Uno de Ordes (La Coruña) fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Segunda) y que fue seguida por un delito de **posesión de pornografía infantil** contra Donato se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Ha de dotarse a la atenuante del rango cualificado que permite el art. 66.1.2 CP . Por lo tanto se debe rebajar la pena uno o dos escalones. Se opta por una única degradación: las dilaciones no resultan de magnitud insólita. La necesidad de guardar cierta proporción entre la pena y la gravedad de los hechos abunda en esa decisión aconsejando una reducción mitigada y no extraordinaria. Pero nos inclinamos por la pena de multa que permitirá al penado mediante su abono poner un pronto "punto y final" a un proceso que se ha prolongado demasiado, cerrar este episodio de su vida, y no mantener vivos los efectos del proceso a través de una eventual suspensión de condena que alargaría varios años la situación de incertidumbre inherente a ese beneficio penal. Sus reconocidos ingresos periódicos retributivos (folio 537) invitan a fijar una cuota moderada, aunque por encima del mínimo (10 euros).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

CONDENAR a Donato , como autor penalmente responsable del delito de **posesión de pornografía infantil** concurriendo la circunstancia atenuante cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de **MULTA DE CUATRO MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS** y la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria a razón de un día por cada dos cuotas impagadas.



Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por este y en particular lo relativo a la condena al pago de las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, 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 . Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO