

Roj: **STS 4736/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4736**Id Cendoj: **28079120012016100832**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/11/2016**Nº de Recurso: **537/2016**Nº de Resolución: **838/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 83/2016,**
STS 4736/2016

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 cuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de Casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por Carlos Manuel , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de MADRID (Sección 2ª), con fecha 19 de enero de 2016 , en causa seguida contra Carlos Manuel por Delitos de amenazas y corrupción de menores, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Carlos Manuel representado por el Procurador Sr. D. Felipe Juanas Blanco.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 52 de los de Madrid, incoó sumario con el número 2/2014 contra Carlos Manuel , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª, rollo 421/2015) que, con fecha 19 de enero de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado y así se declara que: Carlos Manuel , cuyos datos de filiación constan, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo en fechas no determinadas pero próximas a los primeros meses del año 2013 una relación con la que había sido su compañera de estudios del Colegio DIRECCION000 , Adoracion en el curso de la cual, en un parque próximo al domicilio de Carlos Manuel sito en la calle Fuente de Navidad de Madrid, Adoracion practicó sexo oral a Carlos Manuel .

Que siendo la forma habitual de comunicación entre los jóvenes el teléfono móvil vía WhatsApp, Carlos Manuel y Adoracion bromearon a través de mensajes sobre sus relaciones sexuales. Carlos Manuel hizo creer a Adoracion que mientras aquella le había practicado una felación, había sido grabada por él con su teléfono, al continuamente referirse Carlos Manuel a la videograbación, amenazando a Adoracion con publicar el mismo si no accedía a realizarle una felación, ocasionando un estado de temor y ansiedad en Adoracion , el pensar que Carlos Manuel pudiera difundir estas imágenes, que llevó a la joven el día 2 abril 2013 a denunciar los hechos ante la jefa de estudios del colegio donde estudiaban .



El colegio inmediatamente puso en conocimiento de la policía el relato de Adoracion , siendo detenido Carlos Manuel como autor de un presunto delito de agresión sexual.

En esas mismas fechas, Carlos Manuel desde su ordenador de sobremesa marca "HP" con numeración NUM000 instalado en su domicilio sito en la CALLE000 n° NUM001 , NUM002 de Madrid tuvo a su disposición 5 archivos de vídeo cuyos nombres tienen connotaciones pedófilas (niña de 10 años violación salvaje, 15 años, porno casero menores, jovencita hermosa 15 años, 17 años etc.), en los que se puede observar a chicas jóvenes que pudieran ser menores de edad practicando sexo explícito, habiéndose puesto a disposición de otros usuarios a través del cliente P2P "Ares" al menos 3 de ellos al ser hallados en la ruta:

.- "partición 1/Documents and Settings/ADMINISTRADOR/escritorio/ My Shared Folder/(video porno) niña de 10 años violación salvaje.mpg"; el citado vídeo es claramente pedófilo al contener imágenes en las que puede observarse a una menor de edad no identificada, desnuda, realizando felaciones a varones adultos y siendo penetrada por los mismos por vía vaginal.

.- "partición 1/Documents and Settings/ADMINISTRADOR/escritorio/ My Shared Folder/4 adolescente amateur, porno casero menores, jovencita hermosa 15 años.avin".

-"partición 1/Documents and Settings/ADMINISTRADOR/escritorio/ My Shared Folder/garota 15 anos faz sexo en festa.wmv"

Los citados vídeos fueron compartidos y puestos a disposición de otros usuarios a través del cliente P2p "Ares" con pleno conocimiento de Carlos Manuel quien hizo entrega de forma voluntaria del referido ordenador a los agentes de policía nacional en el momento de su detención así como de su teléfono móvil de la marca "SAMSUNG" modelo "GALAXY ACE" con número de IMEI: NUM003 .

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Carlos Manuel , cuyos datos de filiación constan, como autor responsable de:

. -un delito de amenazas condicionales ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal a la pena de 4 años y un día de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Prohibición de aproximarse a la víctima Adoracion , a su domicilio, lugar de trabajo, escuela o cualquier otro frecuentado por la misma a una distancia no inferior a 200 m, así como comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo de 9 años.

Además se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de 5 años.

. - un delito de corrupción de menores en la modalidad de **distribución** de material pornográfico **infantil** ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena. Además de la pena de inhabilitación para empleo cargo público o ejercicio de la profesión u oficio que pueda tener relación con menores de edad por tiempo de seis meses.

Asimismo se impone la medida de libertad vigilada por tiempo de 3 años.

Pago de costas.

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Carlos Manuel , del delito continuado de agresión sexual imputado.

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por la representación de Carlos Manuel , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Carlos Manuel se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración y por no aplicación del artículo 24.2 CE , que consagra el derecho fundamental y principio de presunción de inocencia.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim , considerándose infringidos por indebida aplicación los artículos 169.1º.1 º y 2º CP , en relación también con lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración y por no aplicación del artículo 24.2 CE .

3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 LECrim , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , en relación con el artículo 852 LECrim , por indebida aplicación de los puntos 1 º y 2º del artículo 69 CP y consiguiente vulneración por no aplicación del artículo 24.2 CE .



4º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ , por vulneración de derecho fundamental y por no aplicación del artículo 24.2 CE .

5º.- Por infracción de Ley, por indebida aplicación del precepto por el que ha sido condenado.

6º.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim , por aplicación indebida del artículo 189.1b) CP .

7º.- Por no aplicación del artículo 24 CE , en lo relativo al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120.3 del mismo texto legal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 27 de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de amenazas a la pena de tres años de prisión y como autor de un delito de **distribución de pornografía infantil** a la pena de un año de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia vulneración de la presunción de inocencia respecto del delito de amenazas. Sostiene que para la condena se tiene en cuenta una documental consistente en los mensajes de WhatsApp que no había sido propuesta por el Ministerio Fiscal y a la que no se dio lectura.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo.

Por otro lado, rectificando anteriores planteamientos la consolidada doctrina de esta Sala, siguiendo la del Tribunal Constitucional, ha entendido que la prueba de cargo ha de estar referida a todos los elementos del delito, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC nº 147/2002, de 15 de julio ; STS nº 521/2015, de 13 de octubre y STS nº 655/2015, de 4 de noviembre , entre otras).

2. En el caso, el Tribunal no solo valora la documental consistente en los mensajes enviados entre el recurrente y la denunciante a través de WhatsApp. En la sentencia, luego de consignar los aspectos más importantes de las declaraciones de ambos, dice el Tribunal que la prueba que demuestra la existencia de las amenazas y sus características es la declaración de la denunciante, la testifical practicada respecto de su estado de ansiedad, las declaraciones de los médicos forenses y la documental relativa a los mensajes entre recurrente y denunciante a través de WhatsApp. Por lo tanto, aun prescindiendo de esta última, existirían pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia respecto de la existencia de las amenazas y del contenido de las mismas. Además, esta prueba documental fue propuesta por la defensa, y según consta en la sentencia, fue utilizada por el Ministerio Fiscal durante el interrogatorio a la denunciante, sin oposición alguna de la defensa, y el Tribunal la tiene en cuenta para excluir la existencia del delito más grave, la agresión sexual, según la calificación alternativa del Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, como se ha dicho más arriba, la no valoración de esta prueba documental no supondría la inexistencia de prueba bastante para enervar la presunción de inocencia, por lo que el motivo se desestima.



SEGUNDO.- En el segundo motivo, con carácter subsidiario al anterior, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , considera infringidos por aplicación indebida el artículo 169, y al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ denuncia vulneración de la presunción de inocencia. Argumenta que se le condena por un delito de amenazas graves del que no había sido acusado inicialmente, aunque el Fiscal solicitó la condena en forma alternativa; que la comunicación entre recurrente y denunciante no se mantenía solo a través del teléfono, sino personalmente, sin que hubiera anonimato alguno; que bromeaban; que el Tribunal rechaza que el recurrente lograra su propósito; que no consta que el vídeo se haya realizado o que lo haya sido en contra de la voluntad de la denunciante; que no hay prueba de su estado de ansiedad; que no hay prueba de que haya amenazado con algún mal de los descritos en el tipo; que el Fiscal no propuso como prueba documental los mensajes; que se han introducido elementos por los que no fue interrogado ni estaban en la acusación; que de haber difundido el video la pena sería menor que la amenaza de hacerlo, según resulta del artículo 197.7, que no estaba en vigor al tiempo de los hechos.

1. Deben dejarse a un lado las consideraciones relativas a la vulneración de la presunción de inocencia, cuestión que ya ha sido examinada en el anterior fundamento jurídico de esta sentencia de casación, limitando el examen del presente a las cuestiones de infracción de ley o de precepto constitucional.

En cuanto a la infracción de ley por aplicación indebida del artículo 169 del C. Penal , ha de recordarse que este motivo de casación solamente permite el examen de cuestiones relacionadas con la correcta subsunción de los hechos en el precepto penal aplicado, pero siempre en relación con los que se han declarado probados, que no pueden ser alterados.

2. Alega el recurrente que se le condena por un delito por el que no había sido acusado inicialmente. Pero inmediatamente reconoce que el Ministerio Fiscal propuso alternativamente calificar los hechos que consideró inicialmente como constitutivos de agresión sexual, como un delito de amenazas condicionales habiendo el autor conseguido su propósito, lo que suprime cualquier posible infracción del principio acusatorio, al aceptar el Tribunal esta última calificación aunque sin entender probado que el autor hubiera alcanzado su propósito, por lo que la pena aplicable está comprendida entre seis meses y tres años, como razona el Tribunal de instancia en el Fundamento jurídico noveno de la sentencia impugnada.

3. Alega, en segundo lugar, que la comunicación entre recurrente y denunciante no se mantenía solo a través del teléfono, sino personalmente, sin que hubiera anonimato alguno, lo que parece orientarse a negar la correcta aplicación de la agravación derivada del uso del teléfono para la ejecución de la conducta amenazante.

La jurisprudencia ha entendido que la agravación prevista en el segundo párrafo del apartado 1º del artículo 169 del C. Penal se justifica en atención a la mayor gravedad de la conducta, derivada del empleo de los medios mencionados en el precepto en tanto que facilitan al autor el anonimato y, consecuentemente, una mayor impunidad. No está basada, por lo tanto, en aspectos meramente formales. Así lo señala el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada, con cita de la STS nº 1602/2002, de 30 de setiembre .

Sin embargo, aunque en un planteamiento teórico sea como se expone en la sentencia, en el caso, la circunstancia de que se empleara en ocasiones el teléfono para comunicar la amenaza a través de WhatsApp no implica ninguna de aquellas ventajas para el autor, pues en realidad esa forma de comunicación era la habitual entre esas dos personas y venía a suponer solo una continuación o complemento de la que se realizaba personalmente, en las ocasiones en las que recurrente y denunciante se veían dentro de su relación personal, sin que añadiera nada relevante a las amenazas que, con el mismo contenido, eran realizadas directamente de forma personal. La denunciante, por lo tanto, conocía sobradamente la identidad de la persona que vertía la amenaza, pues no solo lo hacía a través del teléfono identificándose suficientemente, sino que además lo hacía igualmente en las ocasiones en las que se veían personalmente, de manera que el empleo de ese medio de comunicación entre ellos no reportaba para el recurrente una mayor facilidad de ejecución o una mayor posibilidad de impunidad, que pudiera considerarse agravatoria de su conducta.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente.

4. En cuanto a la gravedad y seriedad de la amenaza, que el recurrente rechaza afirmando que bromeaban, y a la inclusión del mal amenazado entre los previstos en el artículo 169, el Tribunal entiende que las primeras son apreciables, dado que el contenido de la amenaza era divulgar un vídeo íntimo de la denunciante que afirmaba poseer y que el recurrente la reiteró en sucesivas ocasiones. Y, por otro lado, uno de los males comprendidos en el artículo 169 es la comisión de hechos constitutivos de delitos contra la intimidad.

5. Respecto a que el Fiscal no propuso como prueba documental los mensajes, como ya se dijo más arriba, su contenido ha sido introducido en el interrogatorio a la testigo e incluso al propio acusado, tal como resulta de la sentencia, por lo que en esa medida pueden ser utilizados como prueba de cargo sin causar indefensión al



acusado; y respecto a la introducción de elementos por los que no fue interrogado ni estaban en la acusación, no precisa cuáles son ni tampoco su trascendencia para el fallo.

6. Finalmente, alega que de haber difundido el vídeo la pena sería menor que la amenaza de hacerlo, citando el artículo 197.7, que no estaba en vigor en la fecha de los hechos en la redacción dada por la LO 1/2015. La comparación que pretende el recurrente no es pertinente, dada la diferente naturaleza de ambos delitos, uno de ellos contra la libertad y el otro contra la intimidad. En cualquier caso, estimado el motivo en la cuestión relativa a la no aplicación de la agravación prevista en el artículo 169.1º párrafo segundo, la pena, como ya se ha dicho, queda comprendida entre seis meses y tres años de prisión.

Por todo ello, el motivo se estima parcialmente.

TERCERO.- En el motivo tercero, también al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ y con el artículo 852 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 169, 1º y 2º, con vulneración de la presunción de inocencia, de la tutela judicial efectiva, y del derecho a un proceso con todas las garantías. Considera que la pena es desproporcionada y se queja de lo que considera indebida aplicación de la agravación derivada de utilizar el teléfono para realizar la amenaza, pues entiende que ello no le ha reportado anonimato alguno.

1. El planteamiento del motivo es incorrecto y confuso, pues nada tiene que ver la infracción de ley por aplicación indebida de un artículo del C. Penal con los derechos fundamentales alegados. El tratamiento que esta Sala aplica al recurso de casación no se caracteriza por un formalismo exacerbado e injustificado, pero la formalización de los motivos de recurso debe atenerse a lo dispuesto en la ley en búsqueda, precisamente, de una mayor claridad en el planteamiento de las cuestiones que interesan al recurrente.

2. En cualquier caso, la cuestión relativa a la aplicación indebida de la agravación prevista en el artículo 169.1º, párrafo segundo, ha sido resuelta en el anterior fundamento jurídico, por lo cual este motivo se estima, reiterando lo entonces dicho sobre este particular.

CUARTO.- En el cuarto motivo, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto del delito de corrupción de menores en la modalidad de **distribución** de material pornográfico, basándose en el contenido de un ordenador al que la Policía accedió sin autorización judicial, sin Secretario judicial, habiendo prestado el consentimiento estando detenido y como consecuencia de un hallazgo casual, pues este delito no estaba siendo investigado.

1. Tal como dispone el artículo 11.1 de la LOPJ, no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Es cierto que la entrada y el registro de un domicilio requiere que se trate de un delito flagrante, que exista resolución judicial que lo acuerde, o bien que el interesado preste su consentimiento. Además, la jurisprudencia ha entendido que estando detenido el sujeto, el consentimiento para el registro deberá ser prestado asistido de letrado.

2. No se aprecia ninguna irregularidad en el caso presente. El ordenador al que se refiere el recurrente no fue incautado por los agentes policiales en el curso de un registro efectuado en el domicilio de aquel, sino que al proceder a su detención, fue entregado voluntariamente por éste a los agentes para que procedieran a su examen, sin establecer condición alguna relativa al acceso a su contenido. Esta es una cuestión de hecho que ha sido declarada probada por el Tribunal de instancia. En consonancia con la voluntariedad de su comportamiento, la propia defensa del recurrente alegó en sus conclusiones definitivas la concurrencia de la atenuante de confesión, basándose en que el acusado facilitó a la policía el ordenador y el acceso a la vivienda. Es cierto también que, en ese momento, solamente se investigaba un presunto delito de agresión sexual, pero dadas las circunstancias concurrentes nada impide valorar las pruebas halladas casualmente dentro del ámbito de la autorización global que el recurrente concedió a los agentes para el examen del contenido del disco duro del referido ordenador. Pues, una vez producido el hallazgo casual, los agentes no progresaron en la investigación realizando nuevos actos que pudieran suponer una restricción de derechos fundamentales sin haber obtenido autorización judicial.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo, alega la aplicación indebida del artículo 189.1.b) del C. Penal. Sostiene que en la sentencia se dice que aparecen chicas que *podieran ser* menores de edad y que no ha ejecutado ninguna de las conductas previstas en el tipo.

1. El artículo 189.1, apartado b) del C. Penal, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, antes de la modificación operada por la LO 1/2015, sancionaba a quien produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en



cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviera su origen en el extranjero o fuere desconocido.

Uno de los elementos del tipo es que en la elaboración del material pornográfico se hayan utilizado menores de edad. Por lo tanto, es preciso que en los hechos probados conste de forma terminante y clara este dato fáctico, así como que en la fundamentación jurídica se explicite la prueba que ha permitido al Tribunal realizar tal afirmación. En ocasiones puede resultar dificultoso establecer la edad de las personas que aparecen en el referido material, siendo lícito el empleo de pericias orientadas a establecer la edad aproximada de aquellas, que finalmente deberá establecer fuera de toda duda el órgano jurisdiccional responsable del enjuiciamiento. En la nueva redacción del precepto, tras la LO 1/2015, la cuestión presenta otros matices, pues la referencia a "material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad" ha sido sustituida por la expresión "**pornografía infantil**", que se define incluyendo en la misma "el material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita", con lo que resultaría bastante a los efectos de cumplir las exigencias del tipo con acreditar y declarar probado que las personas que aparecen en el material pornográfico tienen apariencia de ser menores, aunque siempre sería necesario que en la fundamentación jurídica se expliquen suficientemente las razones de tal afirmación.

2. En el caso, se declara probado que el acusado tuvo a su disposición 5 archivos de video cuyos nombres tienen connotaciones pedófilas (niña de 10 años violación salvaje, 15 años, porno casero menores, jovencita hermosa 15 años, 17 años, etc), en los que se puede observar a chicas jóvenes que pudieran ser menores de edad practicando sexo explícito, habiéndose puesto a disposición de otros usuarios a través del cliente P2P "Ares" al menos 3 de ellos... . Y, cuando se refiere al primero de ellos, declara igualmente probado que el citado vídeo es claramente pedófilo al contener imágenes en las que puede observarse a una menor de edad no identificada, desnuda, realizando felaciones a varones adultos y siendo penetrada por los mismos por vía vaginal .

Por lo tanto, si bien en el párrafo inicial el Tribunal solo expresa una duda acerca de la menor edad de las personas que aparecen en los vídeos incautados, pues se limita a declarar que pudieran ser menores de edad; y si bien esos hechos probados serían insuficientes a los efectos de las exigencias del tipo, en tanto que no se declara probado que se tratara de menores de edad, sino solo que pudieran serlo, cuando más adelante se refiere concretamente a uno de esos vídeos declara probado, con total claridad y contundencia, que quien aparece en él, en una conducta sexual explícita, es una menor de edad. En la fundamentación jurídica el Tribunal explica que la condición de menor de edad de esa persona resulta de la mera observación directa del vídeo, a cuyo visionado se procedió en el plenario.

En este aspecto, el motivo debe ser desestimado.

3. En cuanto a la ejecución de alguna de las conductas típicas, la cuestión enlaza con el desarrollo del siguiente motivo de casación. En él nuevamente al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , insiste en que no ha realizado ninguna de las acciones previstas en el artículo 189.1.b), por lo que, en todo caso, podrían calificarse los hechos con arreglo al artículo 189.2º, es decir, la tenencia de material pornográfico para uso propio. Argumenta en relación con el escaso número de imágenes poseídas, con la inexistencia de identificación de cualquier otro usuario, y cita, en apoyo del motivo, la STS nº 105/2009, de 30 de enero .

4. Entre las conductas incluidas en el artículo 189.1.b) se encuentran las consistentes en exhibir, o en ofrecer o facilitar la difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad. La utilización de programas como el empleado por el recurrente para descargar los archivos con **pornografía infantil**, supone la puesta a disposición de otros posibles usuarios de los archivos descargados, con lo que, formalmente, pudiera considerarse que se procede a facilitar la difusión o la exhibición de ese material. La jurisprudencia, sin embargo, ha entendido en ocasiones, que esa conducta consistente en descargar y visionar, no siempre es identificable con facilitar o realizar la difusión o exhibición de ese mismo material, en atención a las circunstancias del caso, especialmente, cuando no consta ninguna actividad directa orientada a aquellas finalidades y cuando los archivos descargados son poco numerosos. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que en anteriores precedentes de esta Sala se ha entendido, con apoyo en los estudios sobre la cuestión, por todas STS 873/2009, de 23 de julio , con remisión a otras anteriores (SSTS 921/2007, de 6-11 ; 292/2008, de 28-5 ; 696/2008, de 29-10 ; 739/2008, de 12-11 ; 797/2008, de 27-11 ; y 307/2009, de 18-2), que al ser Emule, y los programas similares, un programa de archivos compartidos, para tener acceso al mismo el solicitante debe compartir los que pone en la carpeta "incoming"; de suerte que cuanto más material comparta, más posibilidades tiene de acceder a otros archivos, porque la esencia del programa es precisamente el intercambio. El usuario se baja unos archivos, los pone a disposición de otros usuarios, y ello le permite, a su vez, obtener otros, y así sucesivamente. Se trata de un programa caracterizado por ser apto para la comunicación y la transferencia de archivos a través de Internet incorporándose, así, sus usuarios a una red informática creada para compartir todo tipo de archivos digitales (en inglés "peer-to-peer", que se traduciría de par a par o de igual a igual, más conocida como redes P2P). En la carpeta de descarga por defecto ("incoming")



se almacenan los ficheros descargados. Se pueden determinar las carpetas a compartir con los demás usuarios, pero hay algo común en todos, la carpeta de descarga siempre es compartida . (STS nº 271/2012, de 26 de marzo).

5. En los hechos probados de la sentencia impugnada se declara que de los vídeos encontrados en el disco duro del ordenador, fueron puestos a disposición de otros usuarios a través del cliente P2P "Ares" al menos 3 de ellos. Entre estos se incluye aquel en el que aparece la persona menor de edad, y se considera probado que fue compartido y puesto a disposición de otros usuarios a través del cliente peer-to-peer Ares, con pleno conocimiento. Así resulta de la prueba pericial, tal como es examinada y valorada por el Tribunal de instancia en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, en la que se tiene en cuenta la posible difusión a otros usuarios por las mismas características y funcionamiento del programa P2P utilizado, pues mientras se descargan las imágenes o se guardan en la carpeta "incoming" o similar, se transmiten a terceros.

Sin embargo, no pueden dejar de valorarse algunos aspectos coincidentes con los que se consideraron relevantes en la STS nº 105/2009, de 30 de enero , citada por el recurrente. En primer lugar, que, tal como se declara probado, solamente en uno de los cinco archivos encontrados aparece una persona menor de edad. Y en segundo lugar, que no se declara probada ninguna actividad positiva y directa de **distribución**, difusión o exhibición de ese material a terceros, ni tampoco ninguna conducta demostrativa de la intención de difundir los archivos.

Como se decía en la referida sentencia, aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de **distribución** o difusión. En cuanto al tipo subjetivo, se decía en dicha sentencia, que cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, el dolo *se ha de inducir del número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), el número de veces que son compartidos (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de **pornografía infantil**, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito .*

Se argumentaba entonces 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 .

En sentido similar la STS nº 271/2012, de 26 de marzo , antes citada.

Por todo ello, dados los hechos probados, no puede considerarse acreditado que el recurrente utilizara el único archivo de contenido pedófilo antes mencionado con la finalidad de distribuirlo, difundirlo o exhibirlo a terceros, o que lo hubiera hecho con conocimiento de su difusión, sino con el único propósito de visionarlo.

En consecuencia, el motivo sexto se estima, y el recurrente será condenado como autor de un delito de tenencia de **pornografía infantil** para uso propio del artículo 189.2 a la pena de tres meses de prisión.

SEXTO.- En el séptimo motivo, con carácter subsidiario respecto de los anteriores, denuncia la falta de motivación de la pena impuesta por el delito de amenazas.

La queja del recurrente ha quedado sin contenido al haber sido estimado parcialmente el motivo segundo y en su integridad el motivo tercero, de forma que, al no apreciarse la agravación contemplada en el apartado 1º, párrafo segundo, la condena se producirá por el tipo básico, estando la pena comprendida entre seis meses y tres años, individualizando la pena esta Sala en segunda sentencia.

III. FALLO

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación interpuesto por la representación de Carlos Manuel contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª), de fecha 19 de enero de 2016 , en la causa seguida contra el mismo por delito continuado de agresión sexual.

Declarándose de oficio las costas devengadas en estos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que se dicta a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. **Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la TorreD. Alberto Jorge Barreiro D. Juan Saavedra Ruiz**

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 cuatro de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa rollo nº 421/2015, seguida por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del sumario nº 2/2014, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 52 de Madrid, por un delito de agresión sexual; contra Carlos Manuel con DNI NUM004 , nacido en Madrid hijo de Carlos y Inocencia , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 19 de enero de 2016 , que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede acordar la condena del acusado Carlos Manuel como autor de un delito de amenazas condicionales del artículo 169.1º, párrafo primero. Dada la reiteración de la amenaza y la índole de la condición impuesta para no ejecutarla, se considera procedente la pena de un año de prisión, manteniendo la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima en la forma establecida en la instancia.

Procede asimismo acordar la condena del acusado Carlos Manuel como autor de un delito relativo a la prostitución y la explotación sexual y a la corrupción de menores del artículo 189.2, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, a la pena de tres meses de prisión.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Carlos Manuel como autor de un delito de amenazas condicionales del artículo 169.1º, párrafo primero, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con prohibición de acercamiento a la víctima Adoracion , a su domicilio, lugar de trabajo, escuela o cualquier otro frecuentado por la misma a una distancia no inferior a 200 metros, así como de comunicarse con ella por tiempo de cuatro años y un día.

Debemos condenar y condenamos al acusado Carlos Manuel como autor de un delito relativo a la prostitución y la explotación sexual y a la corrupción de menores del artículo 189.2, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, a la pena de tres meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca, 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.