



Roj: **SAP SG 100/2012 - ECLI:ES:APSG:2012:100**

Id Cendoj: **40194370012012100100**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Segovia**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2012**

Nº de Recurso: **17/2011**

Nº de Resolución: **1/2012**

Procedimiento: **Procedimiento Abreviado**

Ponente: **MARIA FELISA HERRERO PINILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SEGOVIA

SENTENCIA: 00001/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEGOVIA

Sección Única

Rollo : 0000017 /2011

Órgano Procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de SANTA MARIA LA REAL DE NIEVA

Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO nº 0000056 /2006

SENTENCIA Nº 1/2012

PRESIDENTE

D. ANDRES PALOMO DEL ARCO

MAGISTRADOS

D. IGNACIO OANDO ECHEVARRIA

Dª MARIA FELISA HERRERO PINILLA

Siglas que se utilizan : CE (Constitución); CP (Código Penal vigente de 1.995);

LECR (Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Segovia a quince de Marzo de dos mil doce.

ANTECEDENTES PROCESALES

Primero.- Han sido partes:

1. El acusado Benito , DNI ° NUM000 , nacido en Bilbao (Vizcaya) el día 28 de Julio de 1960, hijo de Manuel y de Rufina, con domicilio en Coca, c/ DIRECCION000 nº NUM001 , representado por el Procurador don Juan Santiago Gómez y defendido por el Letrado don Juan Antonio Gozalo de Apellaniz.

2. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

Segundo .- El juicio oral tuvo lugar los días 21 de Febrero y 6 de Marzo de 2012, practicándose con el resultado que constan en autos las siguientes pruebas: interrogatorio del acusado, documental reproducida, testifical y pericial.

Tercero.- El Ministerio Fiscal, formuló conclusiones definitivas en los siguientes términos: "SEGUNDO.- Los hechos relatado son constitutivos de un delito de pornografía infantil del art. 189.1.b) y 3.a) CP . TERCERO.-



Es autor el acusado conforme al art. 27 y 28.1 del CP . CUARTO.- No concurre circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. QUINTO.- Procede imponer al acusado la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Costas.

Cuarto.- La defensa del acusado Benito , en el mismo trámite mostró su total disconformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal y solicitó la libre absolución de su representado con toda clase de pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- Se declara probado que en fecha 4 de marzo de 2005, Nemesio se descargó en su ordenador personal a través de INTERNET, el archivo CARMAGGEDON.TDR.2000.ZIP confundiéndolo con un juego para ordenador llamado CARMAGGEDON.TDE.2000.

SEGUNDO .- Las investigaciones efectuadas por agentes de la Dirección General de la Policía dieron como resultado que a las 11,45 horas del día 23 de marzo de 2005 se estaba realizando una conexión desde la dirección IP NUM002 , referida al mismo archivo CARMAGGEDON.TDR.2000.ZIP, encontrándose en esos momentos el usuario distribuyendo a través de la red el material en aquél contenido, si bien bajo el nombre "cumfiesta.com-jana.mpg".

Los funcionarios policiales encontraron a las 12,56 horas del mismo día, otra segunda conexión, asociada a la IP NUM003 , desde la que también se estaba distribuyendo el mismo archivo, aquí en España.

TERCERO.- La IP NUM002 correspondía a una ADSL dinámica que inició su conexión el 19 de marzo de 2005 y finalizó el 30 de mayo de 2005.

La línea de teléfono a través de la cual se realizó la conexión de INTERNET a la que se asignó la dirección IP mencionada, número NUM004 , era de la titularidad del acusado Benito , ubicada en una tienda de informática denominada ASP INFORMÁTICA , situada en la DIRECCION000 nº 4, de la localidad de Coca, que también podía ser utilizada desde su domicilio particular ubicado en la misma vía.

Telefónica no ha facilitado datos del titular de la línea telefónica correspondiente a la IP NUM003 .

CUARTO.- La diligencia de entrada y registro llevada a cabo en el establecimiento y el domicilio del acusado el día 3 de agosto de 2005, dio resultado negativo, sin que se encontrara ningún archivo de contenido pederasta en ninguno de los ordenadores, ni en los discos duros presentes en dicha diligencia y que fueron examinados por los agentes investigadores.

QUINTO.- El archivo CARMAGGEDON.TDR.2000.ZIP contenía escenas en las que dos niñas menores de edad, en torno a los 10 años, realizaban escenas de sexo explícito con un adulto varón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo nº 168/2008 de 29 de abril , el principio de constitucionalidad de las normas jurídicas exige que los preceptos que afecten o pueden afectar a la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la presunción de inocencia, presente en el art. 24.2 CE , resulten compatibles con nuestra norma fundamental. Por tanto, *se impone reinterpretar el "dogma" de la libre valoración con las pautas ofrecidas por el Tribunal Constitucional, singularmente en la ya histórica sentencia de 27.8.81 , complementada en la de 26.7.82 , lo que en definitiva, impone un modelo constitucional de valoración de la prueba e implica que para que se de un Fallo condenatorio es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes:*

1.ª) *Una primera de carácter objetivo que podría calificar de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:*

a) *precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y*

b) *precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.*

2.ª) *Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar «strictu sensu» la denominación usual de «valoración del resultado o contenido integral de la prueba», ponderado en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.*



En la primera fase operaria la presunción de inocencia, en la segunda el principio "in dubio pro reo" . Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone (ver STC 31 mayo 1985) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y por su parte, el principio «in dubio pro reo», presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECrim).

En el caso de autos, es cierto que existen circunstancias debidamente acreditadas que, a priori, incriminan al acusado. La fundamental, que la dirección IP desde la que se realizó la conexión por la que a las 11,45 horas del día 23 de marzo de 2005 se estaba distribuyendo por la red el archivo CARMAGGEDON.TDR.2000.ZIP, de contenido pedófilo, se correspondía a una línea ADSL de la titularidad del Sr. Benito , instalada en el establecimiento comercial que él regentaba.

Hemos de acordar con el abogado de la defensa, que no existe constancia de quién era el usuario que estaba distribuyendo el archivo pedófilo en la fecha de la denuncia formulada por el testigo Sr. Nemesio , ya que la dirección IP NUM002 fue asignada al acusado a partir del día 19 de marzo de 2005, conforme expuso en su día Telefónica (fol. 12) Sin embargo, de lo que sí que no hay duda es de que el día 23 de mayo del mismo año, fecha en que la policía, con el fin de comprobar la veracidad de los hechos denunciados, procedió a buscar en la red el archivo objeto de la denuncia, descubrió que se estaba utilizando esa dirección IP para distribuir aquél a través de INTERNET. En esa fecha, tal dirección se correspondía con la línea ADS dinámica que se servía del número de teléfono de la titularidad de Benito .

Existen otros datos fácticos, debidamente probados durante la celebración de la vista oral, que vienen a reforzar el hecho de que era ese archivo de contenido delictivo, y no otro, el que se estaba distribuyendo desde la IP asignada al acusado.

A tales efectos, resultaron sumamente ilustrativas las declaraciones prestadas por los agentes policiales que intervinieron en la investigación, y que ratificaron y aclararon en la vista los diversos informes obrantes en autos. En primer lugar, el hecho de que cada uno de los archivos que se comparten en la red tenga un concreto número de identificación, asignado por el propio programa informático que le da vida en la red, único e inmodificable por parte de los usuarios (HASH), excluye toda duda de que el archivo encontrado por los agentes era el mismo que en su momento se descargó el denunciante y que obra unido a las actuaciones.

En segundo lugar, los funcionarios policiales también comprobaron que las dos conexiones que el día 23 de marzo de 2005 estaban usando el archivo pedófilo, a través de diferentes direcciones IP (una de ellas la del encausado), compartían aquél por partes completas, lo que significaba que no lo estaban descargando sino distribuyendo.

Existen otros indicios, también debidamente acreditados, pero que ya no son tan potentes de cara a incriminar al acusado. Es el hecho de que la conexión a Internet correspondiente al ADSL del encausado, estuviera permanentemente activa durante más de dos meses, dato que fue negado por Benito , o de que en su ordenador se encontrase instalado el programa OVERNET que utiliza el mismo sistema que EMULE, sirviendo ambos para intercambiar archivos a través de INTERNET. Ninguna de las dos circunstancias son determinantes de que el acusado distribuyese el archivo pedófilo. Respecto de la primera, y al margen de que lo manifestado por el acusado no se correspondiese con la realidad, resulta habitual que el usuario de un router inalámbrico no lo desconecte tras cada uso, sino que permanezca continuamente en funcionamiento y ello aunque no esté realizando operación alguna a través de la red (por ejemplo, descarga o distribución de archivos). La propia policía declaró que ellos actúan de esta forma, manteniendo permanentemente encendido el dispositivo. Por otro lado, no existe prueba de que durante todo ese tiempo de conexión inalámbrica ininterrumpida se estuviera facilitando la distribución del archivo pedófilo a otros usuarios. Así lo declararon en el acto de la vista oral los agentes instructores.

Respecto de la segunda circunstancia, como resultado de la diligencia de entrada y registro, los agentes comprobaron que el acusado tenía archivados en los discos duros hallados en su establecimiento y domicilio numerosos títulos cinematográficos, para cuya descarga se utilizan los programas EMULE y OVERNET, entre otros. De ahí que la presencia de esta última herramienta en los discos duros de los ordenadores, o el hecho de que en el historial de conexión a INTERNET aparecieran múltiples páginas de EMULE y conexiones a páginas de descarga con este programa, no signifique que necesariamente tuvo que ser utilizada para descargarse y compartir el archivo de pornografía infantil.



SEGUNDO.- No obstante el anterior bagaje probatorio, existen diversas circunstancias que hacen surgir dudas sobre que el acusado fuera el autor de la distribución del ilícito archivo. Para hacer tal afirmación no hace falta acudir a las manifestaciones del perito Sr. Juan Ramón , cuya preparación y conocimientos no discutimos en estos momentos, pero que al tratarse de un experto propuesto por el acusado carecen del nivel de objetividad e imparcialidad que ofrecen las conclusiones expuestas por los agentes policiales que investigaron los hechos. El perito vino a rebatir todas y cada una tales conclusiones, justificando la posibilidad de suplantar o *piratear* todos los elementos concernientes o identificadores tanto de un usuario de la red, como de un archivo de INTERNET; esto es, desde la dirección IP, hasta el HASH.

Pero como decimos, y al margen del dictamen del experto citado, lo cierto es que existen ciertos datos que enturbian el resultado final de las pruebas practicadas a solicitud de la acusación pública.

En primer lugar, la información proporcionada por Telefónica en su oficio de 22 de junio de 2005, que resultó determinante para identificar al acusado como presunto autor de la conexión ilícita, adolece de una severa imprecisión que claramente desvirtúa su valor probatorio. En efecto, no se ha explicado en absoluto cómo es posible que pudiera informar sin ningún género de dudas, sobre la titularidad de la línea telefónica a la que estaba vinculada la dirección IP NUM002 , y sin embargo manifestase su incapacidad para identificar al titular de la otra IP, la NUM003 , desde la que también se estaba distribuyendo idéntico material pedófilo en la misma fecha, el 23 de marzo de 2005. Tal circunstancia podría ser reveladora de una cierta falta de rigor en los datos proporcionados por la compañía de teléfonos, que afectaría a su credibilidad.

Concurre otro dato aún más relevante. Para ello, hemos de remontarnos a las fechas en que ocurrieron los hechos, el mes de marzo del año 2005. Los propios agentes que declararon en el acto de la vista oral reconocieron que los niveles de protección de las conexiones a INTERNET, han ido aumentando a lo largo de los años por parte de las empresas que facilitan el servicio. De esta forma, mientras que en la actualidad el hecho de que se proporcionen claves más o menos complejas al usuario titular del servicio, dificulta enormemente el acceso al mismo por parte de extraños (salvo que sean expertos con conocimientos informáticos), no dudamos al afirmar que hace siete años el panorama era muy diferente. Tal situación propiciaba que cualquiera pudiera acceder al router del vecino, sin más que entrar a las redes inalámbricas que hubiera disponibles en la zona, y ello sin tener que proporcionar al sistema ninguna clave o número de identificación.

Por consiguiente, se abre la posibilidad de que en el momento en que los instructores policiales constataron que desde la dirección IP asociada a la línea ADSL de la titularidad del encausado, se estaba distribuyendo material pedófilo, fuera otra persona, cualquier vecino residente en los alrededores de la tienda, y no él, quien realizara tal operación, si bien sirviéndose de la conexión de INTERNET de aquél. Para ello no habría hecho falta ni la modificación manual en la línea de pares del cableado telefónico exterior _actividad que según la policía exigiría de sofisticadas herramientas y de la presencia de operarios de telefónica_, ni complejas manipulaciones o suplantaciones de las direcciones IP de los abonados a través de la red.

Existe un elemento más que refuerza la incertidumbre sobre la autoría del acusado. La diligencia de entrada y registro en el domicilio y el establecimiento del Sr. Benito dio resultado negativo. Esto es, no se encontró ni el archivo objeto de investigación, ni ningún otro de contenido ilícito, a pesar de la abundancia de discos duros que había tanto en la tienda como en su vivienda. Pero es más, tampoco los agentes especializados pudieron encontrar rastro alguno de que tales discos duros pudieran haber contenido, en algún momento, el archivo pedófilo.

Es cierto que cuando se llevó a cabo la diligencia instructora, ya habían pasado cinco meses desde la comisión de los hechos. Pero no lo es menos que cuesta creer que un delincuente con perfil pedófilo no guarde en alguno de sus ordenadores el más mínimo vestigio de su actuar ilícito.

Por consiguiente, la inexistencia de elemento corroborador de la autoría del acusado en la distribución del material obrante en autos, viene a añadir más dudas a las ya mencionadas en anteriores párrafos.

TERCERO.- Así las cosas, y conforme razonamos al inicio de la presente resolución, ha de entrar en juego el principio del *in dubio pro reo* . A pesar de haberse practicado una prueba válida sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal previsto en el art. 189.1.b) y 3.a) del Código Penal y la participación del acusado en su ejecución, a juicio de esta Sala existe una duda racional sobre esta última circunstancia, conforme acabamos de exponer.

Es por ello que de acuerdo con la reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, hemos de resolver optando por la posibilidad fáctica menos gravosa para el acusado, que no es otra que entender no probada su autoría respecto de los hechos objeto de acusación.

En definitiva, todo lo razonado nos lleva a declarar la libre absolución de Benito .



CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y en el art.239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , procede declarar de oficio las costas causadas en esta instancia.

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

FALLO

Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente al acusado Benito del delito de pornografía infantil por el que se venía ejerciendo la acusación pública contra él, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas originadas en el procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes y al penado. Anótese en los libros de Secretaría.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ