

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 696/2008 de 29 octubre**  
**Recurso de Casación núm. 279/2008**

**Cualquier persona usuaria de las herramientas informáticas y que en concreto tenga instalado un programa tipo Emule y lo haya utilizado, sabe que al descargarse ficheros en la carpeta Incoming (lo cual se efectúa automáticamente), tales ficheros quedan a disposición de otros usuarios, que de manera similar acceden a los mismos.**

**I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-**

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sevilla, incoó Procedimiento Abreviado núm. 198/06, seguido por delito de distribución de material pornográfico con menores, contra Germán, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección I, que con fecha 10 de diciembre de 2007 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Declaramos expresamente probados los siguientes HECHOS: Que en fechas no determinadas pero anteriores al día 21 de febrero de 2006 y en todo caso posterior al 1 de octubre de 2004, el acusado Germán, mayor de edad y sin antecedentes penales, utilizando su equipo informático que tenía instalado en el dormitorio de su domicilio, sito en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 de Madrid, vía Internet, a través del programa denominado Emule, el cual se trata de un programa de intercambio de archivos que se comparten entre los usuarios del mismo, y utilizando para la búsqueda nombres tales como pedo, 13, teen, pthac, se descargó a un archivo de su ordenador que quedaba recogido en unas carpetas Emule/Config e Incoming, donde se almacena por defecto los archivos que se descargan utilizando el programa de intercambio Emule, hasta un total de 258 archivos correspondientes a fotografías con contenido de pornografía infantil, con explícito contenido sexual en la que aparecen menores de 13 años.- Una vez descargadas las referidas imágenes, las mismas quedaban todas ellas recogidas en las antes citadas carpetas del equipo informático del inculpado, las cuales formaban parte del archivo compartido del programa Emule y cualquier usuario de dicho programa podía acceder y al mismo tiempo descargarse desde ese ordenador de Germán el referido archivo con las imágenes sexuales de los menores.- El día 21 de febrero de 2006 se practicó en casa de Germán una entrada y registro judicialmente autorizada, donde se le intervino su ordenador, que fue debidamente analizado por agentes de la Guardia Civil del Grupo de Delitos Telemáticos, quienes encontraron en el disco duro los archivos pornográficos anteriormente mencionados".

**SEGUNDO.-**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Condenamos a Germán, como autor penalmente responsable de un delito de distribución de material pornográfico de menores.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### **PRIMERO.-**

La sentencia de 10 de diciembre de 2007 de la Sección I de la Audiencia Provincial de Sevilla condenó a Germán como autor de un delito de distribución de material pornográfico con menores de 13 años a la pena de cuatro años de prisión con los demás pronunciamientos del fallo.

Los hechos se refieren, en síntesis, a que el condenado utilizando su equipo informático y conectado al programa Emule, a través del cual se intercambian los archivos que se comparten entre los usuarios del mismo, se descargó un archivo que contenía fotografías de contenido pornográfico infantil con menores de 13 años. Descargado el archivo, este quedaba compartido por cualquier usuario del programa, pudiendo acceder al mismo al quedar recogidos en la carpeta Confing e Incoming en el ordenador del recurrente.

El recurrente ignoraba que al bajarse los archivos que buscó en el programa Emule, ignoraba -se dice-, que al mismo tiempo que los descargaba, estaba permitiendo que terceras personas, también usuarios del programa Emule tuvieran acceso a esos archivos de contenido pedófilo que, reconocidamente, él se había descargado pero -se dice- para su contemplación exclusiva, sin que tuviera conocimiento o hubiera previsto tal posibilidad de compartir archivos que permite el programa Emule, y que el propio programa no informa ni advierte de dicha situación.

El recurrente no niega que conociera la ilicitud de difundir material pornográfico infantil, lo que se sostiene en los tres motivos es que ignoraba que por el simple hecho de utilizar el programa Emule y descargarse sus contenidos, ya se está favoreciendo, distribuyendo y dando libre acceso a otros usuarios del material que él se había descargado. En definitiva, ignoraba que el programa Emule es un programa de archivos compartidos.

En su declaración en fase de instrucción el mismo, respecto a sus conocimientos informáticos, tiene manifestado que tenía el Emule instalado desde hacía tres años, que no sabía que cuanto más se descargaba más prioridad tenía para descargar en copartición, (hecho éste corroborado por los agentes de la G. Civil que declararon en juicio), admitiendo el inculpado que en ocasiones ha dejado el programa conectado y se ha marchado.

En conclusión la lectura de esta amplia y detalladas manifestaciones dadas por el acusado nos lleva a este Tribunal a no suscitaros duda de que Germán tenía unos conocimientos informáticos extensos y amplios, más allá de los que cualquier principiante inexperto y por ello que era pleno conocedor, -por ser éste un hecho de general y común conocimiento para cualquier usuario que como él estaba avezado en materia informática-, como era realmente el funcionamiento del programa Emule que utilizaba para descargarse el material pornográfico y que durante dicha descarga los archivos los compartía con los demás usuarios de la red, por lo que en definitiva su supuesto desconocimiento de tal extremo no lo estimamos en modo alguno demostrado, todo lo cual nos lleva a considerar debida y suficientemente acreditados los hechos de los que viene acusado y por los que procede hacerle el correspondiente reproche penal".

### TERCERO.-

En primer lugar, debemos recordar que el error en derecho penal, viene a ser la falta de "negativo" del dolo. Si el dolo supone el conocimiento de los elementos que dan lugar al tipo penal y el consentimiento en la actuación del agente, es decir, el actor sabe y quiere lo que hace, **el error supone una falta de conocimiento que resulta relevante a la hora de efectuar el juicio de reproche porque el agente no sabía lo que hacía o ignoraba la naturaleza penal de lo que hacía. Por ello, el error puede afectar bien al conocimiento, o bien al consentimiento, y ello da lugar a dos tipos de error, error de tipo y error de prohibición, el primero es un error sobre la tipicidad y por tanto sobre la antijuridicidad, el sujeto concernido ignora que la acción que ejecuta está prohibida por la Ley. El segundo es un error sobre la culpabilidad o capacidad de reproche. El sujeto concernido ignora que está ejecutando la acción antijurídica.**

Ahora bien, tanto el dolo como el error en cuanto se remiten al conocimiento y consentimiento del sujeto no son objetivables de una manera directa, no son hechos físicos, son hechos psíquicos cuya acreditación lo es por vía indirecta, son de alguna manera, más aprehendidos que comprobados, dada su naturaleza interna.

El hecho psíquico, salvo declaraciones del propio autor del hecho psíquico debe ser reconstruido mediante una constelación de indicios -por eso hemos dicho que los hechos psíquicos se aprehenden más que se demuestran- pero de esa forma indirecta se llega al verdadero objeto de la determinación probatoria: si conoció o no, si quiere o no, si tenía esta intención u otra, etc. etc.

Por eso el verdadero objeto de la prueba son esos datos objetivos que permite trazar el juicio de inferencia para arribar a la conclusión de que existió ese hecho subjetivo ya conectado con el conocimiento con la voluntad.

Pues bien, esta tesis es rechazada por el Tribunal de instancia en los términos ya expuestos. En este control casacional tales razones aparecen consistentes y suficientes para rechazar la tesis de la ignorancia y al respecto, es preciso recordar que **el error ha de ser demostrado de forma indubitada, por quien lo alega. En el presente caso, el recurrente no es un principiante en informática para el Tribunal de instancia y ello lo funda en los siguientes datos:**

**a) En el Plenario reconoció estar conectado a Internet unas cuatro horas diarias y en los fines de semana más tiempo.**

**b) Había participado en redes de hackers, leído libros sobre el tema y a través de este foro se introdujo en el tema de la pornografía infantil.**

**c) Tenía instalado el Emule desde hacía unos tres años.**

**d) Se trata de una persona socializada y con un nivel cultural, al menos con un estándar medio, nació en el año 1977, vive en Madrid y es de profesión auxiliar administrativo.**

En este escenario y con estos datos, el Tribunal sentenciador entendió que la alegación de ignorar que la carpeta Incoming de Emule en el que tenía los archivos pedófilos que se había descargado y que permitía que fueran compartidos por terceros

usuarios de Emule, no es creíble, y en esta sede casacional estimamos que esta conclusión es de una razonabilidad extrema.

La esencia del Emule es el intercambio, y para intercambiar hay que compartir.

**En esta situación la mera alegación de ignorancia no basta para la exculpación,** ésta debe ser acreditada de forma suficiente, y en el presente caso el recurrente se ha limitado a la mera alegación apoyada en el informe pericial.

La prueba pericial se mueve en el campo exclusivo de la pericia, que en el presente caso se concreta en el estudio del programa Emule y en tal sentido corresponderá al perito la determinación si se trata de un programa que permite compartir archivos, de qué modo es posible y si existen o no advertencias o señales al usuario de que los contenidos que se descarguen serán de libre acceso para terceros.

Corresponderá al juzgador teniendo a la vista el informe pericial y todas las demás actuaciones, llegar en una valoración crítica a un juicio de certeza sobre la aprehensión de tal hecho subjetivo a través de una inferencia que parta de toda la actividad probatoria.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Germán, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla