

STS núm. 1058/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 2 noviembre.

RESUMEN

Distribución y difusión de material pornográfico a través de Internet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Juzgado de Instrucción número 3 de Sevilla, incoó Procedimiento Abreviado con el número 3 de Sevilla, contra Jesús María, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, cuya Sección Primera, con fecha 30 de noviembre de 2005 (JUR 2006, 32522), dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente se declara probado:

I.El acusado durante el año 2005 y hasta el momento de su detención el dos de junio **poseía material pornográfico infantil y ha procedido a la distribución y exhibición del mismo por medios informáticos**, a través de uno de los ordenadores sito en su domicilio en CALLE000 núm. NUM000, bajo, parcela NUM001, Simón Verde de la localidad de Mairena del Aljarafe (Sevilla).

II.Tras las investigaciones policiales y la entrada y registro practicada en el domicilio referido se incautó al Sr. Jesús María dos discos duros informáticos, realizándose una serie de impresiones y un CD de contenido sexual y pornográfico con niños. Dichos discos duros fueron analizados posteriormente dando como resultado la existencia de gran cantidad de material pedófilo y la distribución a otros usuarios de Internet durante el año 2005.

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a D. Jesús María como autor criminalmente responsable de un delito de distribución, exhibición o difusión de material pornográfico de menores del artículo 189.1 b) del Código Penal en su redacción otorgada por Ley Orgánica 15/2003 **ABSOLVIÉNDOLO** del tipo agravado del artículo 189.3 a) del que adicionalmente había sido acusado por el Ministerio Fiscal, [...]

TERCERO Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional, por Jesús María [...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

[...]

SEGUNDO.- Expuestas estas consideraciones la parte impugna el valor probatorio del atestado (fotos 1 a 33), de la Brigada de Investigación Tecnológica de Madrid que se inicia por un escrito firmado por el Comisario Jefe de la Brigada en el que se indica que como consecuencia de la investigación desarrollada por esa Brigada se ha comprobado que en un determinado cana del Servicio Internet IRC se ha procedido por diversos

usuarios a intercambiar archivos de pornografía infantil, los cuales dice acompañar en un disco compacto que se adjunta como “anexo 2; obrando igualmente en dicho atestado, como anexo 3”, un conjunto de fotografías pornográficas (folios 12 a 15), que finalmente se atribuyen a Jesús María, las cuales proceden del volcado a papel de los archivos existentes en dicho disco compacto, y tal impugnación se basa, como ya hemos adelantado, en que dicho atestado, que aparece firmado por el Comisario Jefe de la Brigada, en momento alguno fue ratificado en la fase sumarial por dicho mando policial o por cualquier otro funcionario que efectuara las investigaciones que se plasman en el mismo, y de igual manera, ningún funcionario policial ratificó el mismo en el acto del juicio oral, ni se procedió a su lectura, ni, en definitiva, fue sometido a la oportuna contradicción.

La impugnación no debe ser atendida. La sentencia de instancia, Fundamento de derecho primero, apartado 1º y 7º, analiza la cuestión planteada relativa a las investigaciones de la Brigada de Investigación Tecnológica de Madrid, que se inician con un oficio del Comisario Jefe de fecha 29.3.2005, en el que tras exponer el conocimiento que se tiene de que a través de distintos canales del Servicio de Internet IRC, (Internet Relay Chat) se producen intercambios de archivos con pornografía infantil, facilitando dicho servicio de Internet que los usuarios puedan intercambiar archivos, quedando estructurados los Servidores a su vez en Canales, habiéndose comprobado por dicha Brigada que en el canal, “100% Preteen Girl Sex Pics”, el cual se encontraba alojado en el servidor de IRC, Undernet” diversos usuarios ofrecían archivos de pornografía infantil, lo que llevó a la localización a partir de su dirección IP, de varios usuarios que, a través de “File Server” han compartido o puesto a disposición de los usuarios del canal anteriormente citado archivos de imagen y/o vídeo protagonizados por menores de edad, se solicita del Juzgado Decano de Instrucción de Madrid, solicitando que se librase Mandamiento Judicial dirigido a los proveedores de acceso a Internet (“Telecomunicaciones A.” y “Compañía de Teléfonos T., S.A.U.”), con el fin de que informasen de cuantos datos posean en orden a identificar a los usuarios de diversas direcciones IP, así como las líneas telefónicas desde las que se efectuaron las conexiones (folios 3 a 5), siendo uno de ellos el usuario IR6279/F-Server de la dirección IP 81.34.106.196 y las impresiones referidas a dicho usuarios las de los folios 12 a 15, y como expedido el referido mandamiento por el Juzgado de Instrucción 23 de Madrid (folios 29, 30 y 31), se informa por “Compañía de Teléfonos T., S.A.U.” (folio 33), con fecha 22.4.2005, que los muestreos efectuados en la conexión interesada, se obtiene que la IP. 81.34.106.196 corresponde a una ADSL dinámica que inicia conexión a través de la línea telefónica 954..., cuya titular corresponde a Penélope - madre del acusado- con domicilio de instalación en la CALLE000 núm. 000, bajo, parcela núm. 001, S., 41927 de la localidad de Mairena de Aljarafe (Sevilla).

Las anteriores diligencias pueden ser consideradas de naturaleza objetiva, cuya ratificación deviene innecesaria, desde el momento en que no son sino el inicio de las actuaciones judiciales y de la obtención de las verdaderas pruebas de cargo, que la propia sentencia de forma exhaustiva valora en el Fundamento de derecho primero:

a) **La diligencia de entrada y registro en el domicilio** antes indicado en virtud del auto dictado por el Juzgado de Instrucción 3 de Sevilla de fecha 2.6.2005, en cuya acta levantada bajo la fe publica del secretario judicial se hace constar que se accede al

ordenador y a los ficheros del acusado, imprimiéndose los archivos localizados en los que guardaba el material pornográfico de menores, con la firma del secretario y en presencia del acusado, e interviniéndose dos discos duros con números de serie 5013520X735510 y 3HROB77W que fueron sellados bajo la misma fe publica y en CD localizado en la habitación del acusado de contenido sexual y pornográfico con niños, reconociendo el acusado dicho contenido y su propiedad (folio 44).

En dicho registro participaron los funcionarios policiales núm. 002 y núm. 003 del Grupo de delitos tecnológicos de la Policía de Sevilla, comisionados por el Instructor de las diligencias 890/05, inspector con carnet profesional núm. 004, quienes comparecieron al plenario ratificando el contenido de las anteriores diligencias.

b) **Las propias declaraciones del inculpado** Jesús María (folios 58 a 60) en la Jefatura Superior de Policía, Grupo de Delincuencia Tecnológica, asistido de letrado, en los que admitió haber realizado intercambio en la red Undernet, configurando su File Server en el deposito diferentes archivos y videos de pornografía infantil y que al configurar dicho File Server no estableció ningún criterio para el intercambio sino que lo dejó abierto para que los usuarios cogieran y dejaran los archivos que quisieran, que los archivos de vídeo de contenido pornográfico infantil contenidos en el CD intervenido en su dormitorio oculto bajo un papel adhesivo que cubría el fondo de la mesita de noche, los grabó el mismo, habiendo colocado algunos de dichos archivos en el File Server (folio 59).

Declaración que fue tomada por los funcionarios del Cuerpo nacional de Policía con carnet núm. 004, núm. 003, como Instructor y Secretario, que ratificaron esa diligencia en el acto de la vista oral, y que fue ratificada en el juicio oral por el inculpado quien reconoció la posesión y el envío de material pornográfico por la red y que quien quería cogerla de su archivo la cogía sin más.

c) **El informe pericial** 83PI/2005 de 11.11.2005, **emitido por la Comisaría General de la Policía Científica** -Unidad Central de Identificación, Sección de Tecnología de la Imagen-, Grupo de Pericias informáticas, sobre la infracción existente en los dos discos duros intervenidos, y que llega a la conclusión de la existencia, especialmente en uno de ellos, el C, de una gran cantidad de material pedófilo y la transferencia a otros usuarios a través de Internet, utilizando la aplicación MIRC y seleccionando la opción que permite ver el trafico de archivos recibidos y enviados, entre los remitidos desde el ordenador del acusado se muestra la ruta y el nombre del archivo que es remitido, observándose una unidad F, que es en la que se encuentran archivados los que se han remitido, nombres tales como “niñas, enculadas,” etc.

Consecuentemente, no puede sostenerse que la condena del recurrente se base en un atestado policial carente de ratificación, por lo que el motivo no resulta atendible.

QUINTO El motivo cuarto por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 189.1 b) del CP., por cuanto al ser invalidas a efectos de prueba las que se contienen en el atestado y en el informe pericial, no existe ninguna otra que avale su condena por este delito de difusión o distribución de material pornográfico, no procediendo otra condena que por la posesión para su propio uso, art. 189.2, redacción dada por Ley 15/2003,

castigado con pena inferior (tres meses a un año prisión o multa de seis meses a dos años).

Planteado el motivo como complementario de los anteriores y condicionado a su estimación, su desestimación deviene obligada al ser **correcta la subsunción de los hechos en el tipo del art. 189.1.b CP.**

En efecto es cierto que **la distinción de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, carencia de tipo moral, pautas de comportamiento.**

El Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como «cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual».

Nuestra jurisprudencia en STS 20.10.2003, consideró que la imagen de un desnudo, sea menor o adulto, varón o mujer, no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10.10.2000 precisa que la Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código Penal. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, **la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico.** La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1991, llegó a enfatizar que **se trataba en suma de material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil.**

Desde esta perspectiva, la calificación de pornográfico del material intervenido al acusado y que transfería a través de Internet, no puede ser cuestionada. [...]

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por infracción de precepto constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Jesús María [...], contra sentencia de 30 de noviembre de 2005, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Primera, que le condenó como autor de un delito de distribución y difusión de material pornográfico; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.