



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 786/2015, de 4 de diciembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10447/2015

SUMARIO:

Delitos continuados de abuso sexual. Delitos continuados de utilización de menores en la elaboración de material pornográfico. Registro de ordenador, inviolabilidad de las comunicaciones, intimidad, derecho a la protección de datos. Condenada una madre por abusar sexualmente de sus hijas, de 5 y 8 años de edad, y por grabar vídeos de contenido sexual y pornográfico de las menores que, después, enviaba por internet a otra persona también condenada por estos hechos. Un conocido de la condenada, a quien envió su ordenador para que se lo arreglara, denunció los hechos al descubrir las imágenes de las menores. No deben incluirse en el concepto de prueba ilícita los descubrimientos efectuados de forma casual por un ciudadano -en este caso el hallazgo del técnico al que fue encargada la reparación del ordenador- que en el momento de su obtención carece de toda voluntad de hacerse con una fuente de prueba. Una vez detenida confesó los hechos a las autoridades, entregando los equipos informáticos y facilitando las claves de acceso y colaboró efectivamente con ello a la identificación del coprocesado. Los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya protección constitucional tiene una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En consecuencia, mal puede hablarse de prueba ilícita y no solo porque los citados agentes no se inmiscuían en un proceso de comunicación en marcha, además de contar con el consentimiento de la titular, sino porque su propia intimidad debía quedar desplazada ante la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, en este caso, la investigación y descubrimiento de delitos de incuestionable gravedad, que tenían en este caso como víctimas a dos niñas de cinco y ocho años de edad.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 18 y 24.

Ley Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 259 y 588 sexies a).

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 183.1 y 189.1 a) y 3 a) y b).

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Recurso Nº: 10447/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia Nº: 786/2015

RECURSO CASACION (P) Nº : 10447/2015 P Fallo/Acuerdo: Sentencia
Desestimatoria Señalamiento: 25/11/2015

Procedencia: Audiencia Provincial de Tenerife. Sección Segunda

Fecha Sentencia : 04/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Manuel Marchena Gómez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : MAJN

Recurso Nº: 10447/2015

REGISTRO DE ORDENADOR, INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES, INTIMIDAD, DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS: acusada que presta voluntariamente su consentimiento para el acceso a su ordenador y entrega las claves que permiten identificar numerosos archivos paidofílicos: no existe en la causa dato alguno que permita albergar la sospecha de que el consentimiento de Florinda . fue utilizado por los agentes para adentrarse en contenidos amparados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y, como tales, no franqueables mediante la simple anuencia de la afectada (art. 18.3 CE). Ningún proceso de comunicación fue interceptado. No existe constancia de que la Policía llegara a apoderarse de información vinculada a procesos de comunicación en marcha. Ni siquiera llegó a disponer de contenidos procedentes de comunicaciones ya concluidas, pero todavía desconocidas por alguno de sus destinatarios. Por el contrario, todas las imágenes voluntariamente ofrecidas por Florinda ., así como los diálogos mantenidos en fechas pasadas con el ahora recurrente, eran accesibles consintiendo la afectada la intromisión en su espacio virtual. Y esto fue, precisamente, lo que aconteció. Así se declara en el apartado 4º del hecho probado, cuando se señala que la procesada, "...una vez detenida confesó los hechos a las autoridades, entregando los equipos informáticos y facilitando las claves de acceso y colaboró efectivamente con ello a la identificación del coprocesado D. Gonzalo .".

En consecuencia, mal puede hablarse de prueba ilícita a partir del análisis de la forma en que las imágenes y demás contenidos accedieron a la causa. No deben incluirse en ese concepto los descubrimientos efectuados de forma casual por un ciudadano - en estecaso, el hallazgo del técnico al que fue encargada la reparación del ordenador- que, en el momento de su obtención, carece de toda voluntad de hacerse con una fuente de prueba.

Es evidente que no puede obtener el mismo tratamiento jurídico la accidental apertura de un sobre introducido por error en un buzón que no es el de su destinatario -equivocación



www.civil-mercantil.com

que permite el descubrimiento de un hecho de relieve penal-, frente a la fractura intencionada del buzón de un vecino con la finalidad de acceder a su correspondencia y vulnerar así su intimidad.

Tampoco puede predicarse la ilicitud probatoria del hecho de que los agentes de Policía accedieran sin autorización judicial a las imágenes y diálogos generados mediante la utilización de los programas de mensajería instantánea a los que se refiere el factum. Y no sólo porque los citados agentes no se inmiscuían en un proceso de comunicación en marcha, además de contar con el consentimiento de la titular, sino porque su propia intimidad debía quedar desplazada ante la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, en este caso, la investigación y descubrimiento de delitos de incuestionable gravedad, que tenían en este caso como víctimas a dos niñas de cinco y ocho años de edad. La simple posibilidad de que esas imágenes pudieran llegar a convertirse, de unau otra forma, en contenidos difundibles en la red, intensificando de forma irreparable el daño ocasionado a las dos menores, era un riesgo que había de ser ponderado en elmomento del juicio de necesidad y proporcionalidad.

La defensa subraya que Florinda . sólo proporcionó a los agentes en el momento de la detención "...las cuentas y las claves, no la autorización expresa para el acceso al contenido del ordenador y, concretamente, al correo electrónico". Sin embargo, como hemos apuntado supra, el consentimiento para legitimar el acceso al contenido documentado de comunicaciones a las que ya se ha puesto término y que, en consecuencia, desbordan la protección constitucional que dispensa el art. 18.3 de la CE , puede ser otorgado mediante actos concluyentes. Y bien elocuente de la voluntad de Florinda . son los actos de identificación de las cuentas y entrega de las claves. La legitimación del acto de injerencia estatal en la intimidad de la afectada no puede ponerse en cuestión.

AUTORIZACIÓN DE ACCESO AL VISIONADO DE LOS ARCHIVOS MEDIANTE PROVIDENCIA: en materia de protección de datos conviene no exacerbar el rigor formal derivado de la exigencia de una resolución motivada en materia de protección de datos, singularmente en aquellos casos en los que la petición deducida por los agentes ya es lo suficientemente explícita en la expresión de los motivos que justifican la injerencia, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a hacer suyos esos indicadores; o cuando el estado mismo de la investigación convierte esa resolución habilitante, de menor rango formal, en el vehículo de una decisión judicial conectada al mandato constitucional. Lo decisivo, al fin y al cabo, es que no existan razones que sugieran que la sustitución de lo que debería ser un auto por una providencia es el resultado del distanciamiento del Juez de su papel de garante del derecho fundamental que la CE proclama en su art. 18.4

El nuevo art. 588 sexies a) de la LECrim , con una regulación rupturista, persigue abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho reconocido en el art. 18.2 de la CE . Lo que el legislador pretende, por tanto, es que el Juez de instrucción exteriorice de formafiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros.

IMPUTADA A LA QUE SE ATRIBUYE ANIMADVERSIÓN HACIA EL COIMPUTADO: la condición de un testigo o coimputado como fuente de prueba no exige como presupuesto de validez que quien declara lo haga con una fingida distancia y frialdad respecto de los hechos



www.civil-mercantil.com

que narra. De ser así, estaríamos postulando una exigencia que, en la mayoría de las ocasiones, es incompatible con el impacto emocional que el suceso enjuiciado puede haber ocasionado en el declarante. De hecho, no faltan precedentes en los que hemos afirmado, por ejemplo, que los celos presentes o pasados de un denunciante no tienen por qué invalidar la veracidad del relato. Es cierto que obligan al órgano decisorio a una valoración probatoria sometida a las máximas cautelas. Pero la idea de que un denunciante celoso sólo puede ofrecer al órgano jurisdiccional un relato falso de las causas que han producido sus heridas, carece de sentido. Nuestro sistema procesal también protege a la víctima celosa. También hemos dicho que la indiferencia respecto del desenlace del proceso no es un presupuesto sine qua non para proclamar la credibilidad de un testigo. Se puede ser exquisitamente imparcial en la narración de los hechos y, al mismo tiempo, interesar la condena del imputado. De hecho, nuestro sistema procesal autoriza a la víctima a convertirse, más allá de una distante portadora de la noticia criminis, en verdadera parte acusadora, ejerciendo la acusación particular con el fin de obtener la condena del acusado, sin que ello elimine la validez de su testimonio. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que una y otra vez recuerda que la lógica animadversión de la víctima derivada del hecho criminal es irrelevante para poner en duda su versión en cuanto no resulta de causas de resentimiento ajenas al delito.

Nº: 10447/2015P

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez

Fallo: 25/11/2015

Recurso Nº: 10447/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 786/2015

Excmos. Sres.:

D. Manuel Marchena Gómez
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Luciano Varela Castro
D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 la siguiente



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Gonzalo . , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección Segunda) de fecha 3 de marzo de 2015 en causa seguida contra Gonzalo . por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 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. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora Dña. María Inés Guevara Romero y como parte recurrida Florinda . representada por el procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez .

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 4 de San Cristóbal de La Laguna instruyó sumario ordinario núm. 2393/2012, contra Gonzalo . y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección Segunda) rollo de Sala 42/2014 que, con fecha 3 de marzo de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que:

Primero.

Florinda . Y Gonzalo . ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, los cuales en fecha indeterminada a partir del mes de abril de 2010 iniciaron una relación de amistad a través de Internet al residir ambos en ciudades distintas; la primera en la localidad de La Laguna y el segundo en la ciudad de Murcia. En el curso de esta relación Florinda . pretendía abandonar la isla de Tenerife para acudir a residir a Murcia con el procesado Gonzalo . el cual a fin de ganarse su confianza le envió una foto de una persona que no era él. Esta relación a distancia y nunca presencial se realizó a través del sistema de mensajería instantánea Messenger vinculada a los correos electrónicos de ambos procesados del servidor web "hotmail.com", con la que a través de la webcam, Florinda . se masturbaba delante del procesado Gonzalo ., cumpliendo aquella con todo tipo de requerimientos sexuales que él le solicitaba.

Como consecuencia de esta relación el procesado Gonzalo . tuvo conocimiento a través de los mensajes intercambiados que Florinda . tenía dos hijas llamadas Natalia . nacida el NUM000 de 2004 y Caridad . como nacida el NUM001 de 2007, nacida en San Cristóbal de La Laguna y con cuyo padre Teodulfo . mantenía una relación análoga a la del matrimonio conviviendo ambos junto a las menores en el domicilio sito en la CALLE000 en La Cuesta, La Laguna.

Al menos desde el mes de enero de 2012, ambos procesados siendo conscientes de sus actos y de la menor edad de las menores Caridad . y Natalia . las cuales contaban en ese



www.civil-mercantil.com

momento con 5 y 8 años de edad respectivamente, las utilizaron para satisfacer sus más bajos instintos de naturaleza sexual. Ambos procesados durante dicho período y sin importarles la integridad e indemnidad sexual de las menores concertaron la realización de numerosos videos y fotos de naturaleza sexual y pornográfica en las que las menores Caridad . y Natalia . eran protagonistas activas de los mismos, bien solas, bien las dos, bien una u otra con su madre y procesada Florinda ..

Era el procesado Gonzalo . el que indicaba a Florinda . qué era lo que quería que las menores hicieran con ella; asimismo y para disfrute personal del procesado Gonzalo . acordaron que estos actos iban a ser grabados a través de la cámara del móvil de Florinda . para a continuación ser remitidos vía Internet al correo electrónico de Gonzalo ., o bien a través del sistema Skype y de las cámaras webcam que tenían los ordenadores; e igualmente concretaron que sería la procesada Florinda . la que impartiera las instrucciones a sus hijas Natalia . y Caridad . de lo que en cada momento tenían que hacer, aprovechando el vínculo afectivo y dedomicilio que tenía sobre ellas.

Esta comunicación se realizó entre otros medios telemáticos a través de los correos electrónicos DIRECCION000 y DIRECCION001 DIRECCION002 pertenecientes a la procesada Florinda y DIRECCION003 , DIRECCION004 pertenecientes a Gonzalo ., medio por el que éste comunicaba a aquella qué actos de índole sexual tenía que hacer con las menores de edad y aquella le mostraba el resultado de sus actos.

Ambas menores eran obligadas a realizar estos actos por su madre Florinda . aun cuando la menor Natalia . le decía que no querían hacerlo a lo que la procesada les dijo que tenía que hacer lo que tenía que hacer ya que si no las pegaba, y que no podían contar nada de lo que estaban haciendo porque si no las castigaba.

De este modo el día 31 de marzo de 2012 el procesado Gonzalo . se puso en contacto vía Messenger con Florinda . y en el curso de la conversación le pidió que extrajera semen de su marido Teodulfo ., lo conservara y que tras ponérselo en su boca se lo diera a sus hijas. Asimismo el día 26 de abril Gonzalo . pidió a Florinda . que drogara a su marido y que tras dejarle dormido mantuviera relaciones sexuales por vía anal y vaginal con sus hijas. El procesado intentó en todo momento que Florinda . implicara a sus hijas en sus relaciones sexuales de manera que si Florinda . no accedía a sus pretensiones dejaba de comunicarse con ella. El día 30 de julio de 2012 Gonzalo . pidió que conectara la webcam y que mantuviera relaciones con sus hijas y que en las mismas las "humillara", y que hiciera fotos de ellas.

Segundo.

Los procesados a través del plan trazado e ideado previamente realizaron los siguientes hechos, valiéndose de la minoría de edad de Caridad . y Natalia . y de que éstas eran hijas de la procesada, que accedían a las peticiones que su madre, tanto por la confianza que tenían en ella como por el temor que las infundía al manifestarlas que la pegaría de no hacer lo que ella pretendía:

- la procesada Florinda ., procedió en fechas anteriores al 28 de febrero de 2012 a mantener relaciones sexuales con su entonces pareja Narciso ., consiguiendo mantener íntegro el semen de dicha relación. Entre los días 30 de marzo y 1 de abril, obligó a sus hija Natalia . a beberse el semen de un vaso de cristal, así como a pasárselo a la propia Florinda . con la boca.

- La procesada Florinda . utilizó una jeringuilla el día 12 de abril de 2012 para derramar sobre la vagina de Natalia . semen previamente obtenido para a continuación realizarle sexo oral todo mientras es su otra hija Caridad . la que graba el acto. Igualmente ese mismo día

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Florinda . nuevamente incitó a Caridad . a que se bebiera el semen en un vaso de cristal, lo cual cumplió siguiendo las instrucciones de sumadre

- El día 12 de abril de 2012 la procesada dio instrucciones a la menor Caridad . para que se introdujera por su vagina una botella de vodka que previamente le había facilitado, y aun cuando la menor le manifestó que no podía y que no siguiera, la procesada hizo caso omiso continuando con la introducción vaginal.

- El día 2 de mayo de 2012 la procesada se colocó un consolador en su vagina para a continuación introducir el mismo en la vagina de Caridad .

- ese mismo día la procesada instruyó a Caridad . para que fuera ella la que se introdujera una botella de cristal por su vagina.

- El día 28 de febrero de 2012 la procesada tras realizar varias fotografías instantáneas de los genitales de Natalia . y Caridad ., introduce y da instrucciones a sus dos hijas para que se introduzcan en su vagina un mango de cepillo de pelo rosa, un consolador y un frasco de cristal de colonia.

- El día 8 de marzo de 2012 nuevamente la procesada introdujo e hizo introducirse vía vaginal a sus hijas Caridad . y Natalia . el mango de un cepillo de pelo negro, un bote de espuma de pelo blanco una zanahoria y un calabacín. Lejos de cesar en su actuación dio nuevas instrucciones a Caridad . para que practicara sexo oral sobre ella

- El día 12 de marzo de 2012 la procesada dio instrucciones a una de sus hijas para que tras juntar sus paginas una con otra le orinara encima de ella.

- El día 23 de marzo de 2012 la procesada introdujo e hizo introducir de manera reiterada a Natalia . un consolador de grandes dimensiones vía vaginal y posteriormente vía anal, así como que la procesada hizo que su propia hija le introdujera el consolador por vía vaginal y anal tras atárselo a la niña a su cintura.

- El día 30 de julio de 2012 la procesada dio instrucciones a sus dos hijas para que mutuamente se introdujeran la lengua en sus genitales y que lamieran los mismos participando en este acto sexual la propia Florinda . la cual también las introdujo la lengua vía vaginal. Asimismo el día 30 de julio la procesada introdujo e hizo introducirse a Caridad . por vía anal y vaginal un consolador, así como el mango de una escobillón de color negro y blanco

- En fecha no determinada pero en todo caso entre el período de febrero a julio de 2012 la procesada dio instrucciones nuevamente para que sus hijas se introdujeran el consolador y para que una le introdujera el consolador a la otra, y también al contrario, así como obligándolas a que Natalia . se bebiera el orín que previamente había expulsado la propia procesada.

Todos estos hechos fueron grabados por Florinda . a través del móvil Sony Ericsson de su propiedad con la única intención de satisfacer los instintos sexuales propios y de Gonzalo ., el cual recibía todos estos videos a través de sus cuentas de correo electrónico tras haber dado instrucciones precisas a Florinda . de lo que quería que hiciera con las menores, realizándose el envío por Internet de dos o tres videos de contenido pedófilo cada mes en el período comprendido entre enero y julio de 2012.

Estos hechos fueron denunciados por Baldomero . ante la Guardia Civil de Collado Villalba el día 25 de julio de 2012. Y tras la incoación de las correspondientes diligencias previas se acordó la entrada y registro en el domicilio de Florinda . sito en la calle (...) de La Laguna, en donde tras practicarse el mismo el día 31 de julio se recabó numeroso material informático consistente entre otros en un ordenador portátil marca Toshiba, dos discos duros de la marca seagate y toshiba respectivamente, un pendrive de 8gb, un ordenador hp, un móvil blackberry, un móvil Sony Xperia negro, varios cd y dvd así como varios vibradores, consoladores, lubricantes, un palo de recogedor, una vara de medir anillas utilizados para cometer los hechos.



www.civil-mercantil.com

También se practicó la entrada y registro en el domicilio de Gonzalo . sito en la calle (...) de Murcia el día 7 de agosto de 2012, en el que se incautaron del ordenador Hacer Aspire y de un disco duro marca Seagate, en donde el procesado recibía los videos y fotos que Florinda . realizaba y que eran solicitados por el procesado.

Tercero.

A consecuencia de los hechos la menor Natalia . sufrió lesiones físicas consistentes en dilatación vaginal y tono del esfínter anal disminuido. A la menor Caridad . lesiones físicas consistentes en 2 erosiones en introito vaginal, enrojecimiento anal, sin que consten en ningún caso los días de curación. A nivel psicológico si bien en el momento de la exploración no tenían secuela alguna al haber vivido los mismos como un "juego" es seguro que a consecuencia de los hechos sufridos en el futuro próximo surgirán secuelas de tipo psicológico en la adolescencia, o en situaciones de estrés.

Cuarto.

La procesada Dña. Florinda ., una vez detenida confesó los hechos a las autoridades, entregando los equipos informáticos y facilitando las claves de acceso y colaboró efectivamente con ello a la identificación del coprocesado D. Gonzalo ."(sic).

Segundo.

La Audiencia Provincial de Tenerife, Sección Segunda, dictó sentencia núm. 115/2015, con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a D. Gonzalo . como autor responsable de dos delitos continuados de abuso sexual ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de once años de prisión por cada uno de ellos, con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a D. Gonzalo . como autor responsable de dos delitos continuados de utilización de menores en la elaboración de material pornográfico, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de ocho años de prisión por cada uno de ellos, con las accesorias de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a las menores Natalia . y Caridad ., a su persona y domicilio en un radio no inferior a doscientos metros y de comunicación con las mismas por cualquier medio, por el tiempo de diez años superiores a las penas privativas de libertad impuestas, para su cumplimiento simultáneo.

Que debemos condenar y condenamos a D. Gonzalo . a la prohibición de aproximación a las menores Natalia . y Caridad ., a su persona y domicilio, en un radio no inferior a doscientos metros y de comunicación con las mismas por cualquier medio, por el tiempo de diez años superiores a las penas privativas de libertad impuestas, para su cumplimiento simultáneo.

Que debemos condenar y condenamos a D. Gonzalo . a la medida de libertad vigilada de prohibición de desempeñar cualquier tipo de actividades educativas, de formación, o de ocio en las que participen menores de edad, por el tiempo de diez años, la que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas.



www.civil-mercantil.com

Le absolvemos de las demás pretensiones deducidas contra él por el Ministerio Fiscal.

Le condenamos al pago de la mitad de las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se computará el tiempo de privación de la libertad por esta causa.

Que debemos condenar y condenamos a D^a Florinda . como autora responsable de dos delitos continuados de abuso sexual ya definidos, con la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por la atenuante analógica simple de confesión y colaboración, a las penas de once años y cuatro meses de prisión por cada uno de ellos, con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y pérdida de la patria potestad respecto a las menores Natalia . y Caridad .

Que debemos condenar y condenamos a D^a Florinda . como autora responsable de dos delitos continuados de utilización de menores en la elaboración de material pornográfico, ya definidos, con la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por la atenuante analógica simple de confesión y colaboración, a las penas de siete años de prisión por cada uno de ellos, con las accesorias de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a D^a Florinda . a la medida de libertad vigilada de prohibición de desempeñar cualquier tipo de actividades educativas, de formación, o de ocio, en las que participen menores de edad, por el tiempo de diez años, la que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas.

Que debemos condenar y condenamos a D^a Florinda . a la prohibición de aproximación a las menores Natalia . y Caridad ., a su persona y domicilio, en un radio no inferior a doscientos metros y de comunicación con las mismas por cualquier medio, por el tiempo de diez años superiores a las penas privativas de libertad impuestas, para su cumplimiento simultáneo.

Le absolvemos de las demás pretensiones deducidas contra ella por el Ministerio Fiscal.

Le condenamos al pago de la mitad de las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se computará el tiempo de privación de la libertad por esta causa.

Condenamos a D. Gonzalo . y a D^a Florinda . a indemnizar solidariamente a las menores Natalia . y Caridad ., en la cantidad a cada una de ellas de 50.000 euros por el daño moral, y respecto a dichas responsabilidades civiles se le aplicará el interés del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Las penas privativas de libertad impuestas tendrán como límite de cumplimiento lo dispuesto en el artículo 76.1 del Código Penal .

Se acuerda el comiso definitivo de los ordenadores y material informático intervenido a los procesados, procediéndose a la destrucción de lo grabado una vez sea firme la presente resolución.

Así por nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, contra la que cabe interponer RECURSO de CASACIÓN, en el plazo de cinco días, contados al siguiente al de su notificación, anunciándolo en esta Audiencia para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos" (sic).

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las



www.civil-mercantil.com

certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación procesal del recurrente Gonzalo ., basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE , en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber sido afectado el derecho a la intimidad. II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24.2 de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la prueba practicada en el juicio carece de las condiciones de veracidad, coherencia ni convicción. III.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim por aplicación indebida de los arts. 183.1 , 189.1.a), 189.3.c) en relación con el art. 74, todos ellos del CP .

Quinto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 2 de octubre de 2015, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.

Por providencia de fecha 10 de noviembre de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 25 de noviembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La sentencia de fecha 3 de marzo de 2015, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tenerife , en el marco del procedimiento ordinario 2393/2012, instruido por el Juzgado de instrucción num. 4 de San Cristobal de La Laguna, condenó al acusado Gonzalo . como autor de dos delitos continuados de abuso sexual y otros dos delitos continuados de utilización de menores en la elaboración de material pornográfico a las penas que han quedado reflejadas en los antecedentes de la presente resolución.

Contra esta sentencia condenatoria se interpone recurso de casación. Se formalizan tres motivos.

1 .- El primero, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , considera vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), en relación con el derecho a la intimidad (art. 18.1).

Alega la defensa que la condena de Gonzalo . "... se basa en pruebas ilícitamente obtenidas, al haberse acordado el visionado y examen del correo electrónico intervenido en el

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

domicilio de la Sra. Florinda . en base a una mera providencia y sin que existiera, por tanto, auto judicial motivado, en el que se hubiera hecho una mínima ponderación de los derechos fundamentales en juego, así como una valoración de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, estableciendo el correlativo régimen de garantías para su obtención y adecuada incorporación al procedimiento de su resultado ". Añade el recurrente, como elemento que reforzaría la nulidad probatoria, que "... el visionado del contenido de su correo electrónico se realizó durante la práctica de la diligencia de entrada y registro en su domicilio y sin que existiera resolución judicial alguna autorizando dicho visionado ". Por si fuera poco -se aduce-, se produjo "... una patente ruptura de la cadena de custodia al haber accedido el esposo de la Sra. Florinda ., tanto a la cuenta de mi patrocinado, eliminando los archivos que estimó oportunos, como a la cuenta de aquella unavez que ya había sido detenida ".

El motivo suscita una nulidad probatoria que sugiere numerosas cuestiones, buena parte de ellas ya abordadas por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala.

A) La primera de ellas, es la similitud del supuesto de hecho que nos ocupa con el que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 173/2011, 7 de noviembre . Se trataba entonces del inicio de unas actuaciones dimanantes de la denuncia formulada por un testigo en cuyo establecimiento había sido depositado un ordenador con el encargo de cambiar la grabadora, que no funcionaba. Una vez efectuada la reparación y para comprobar el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas, el testigo --como al parecer es práctica habitual- escogió al azar diversos archivos de gran tamaño (fotografías, videos o música) para grabarlos y reproducirlos en el ordenador, pudiendo observar entonces las imágenes pornográficas que contenía. El testigo puso esta circunstancia en conocimiento de la Policía Nacional, que procedió a la intervención del portátil y al examen de su contenido, sin solicitar autorización judicial al efecto.

En aquella ocasión el Tribunal Constitucional ya advirtió del significado de los derechos que convergen en la utilización de un ordenador, como instrumento para la navegación por Internet y como medio para hacer realidad las comunicaciones telemáticas: "... si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) -por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando sutitular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información ".

Puso de manifiesto también la posibilidad de que ese derecho ceda en presencia de otros intereses constitucionalmente protegibles, a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FJ 5 ; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4 ; 70/2009, de 23 de marzo , FJ 3). Así, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad -a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE -, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información

Precisamente en aplicación de esa doctrina, descartó que la actuación del técnico informático que había hecho el descubrimiento casual de los archivos pedófilos fuera susceptible de generar un acto probatorio afectado de nulidad: "... durante el desempeño de la función encomendada, el responsable del establecimiento informático descubrió casualmente el material pedófilo, en particular cuando, una vez reparado el ordenador, procedía a comprobar su correcto funcionamiento. A tal fin, escogió al azar diversos archivos para llevar a cabo su grabación y posterior reproducción, lo que le permitiría conocer el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas, práctica que, según se acreditó durante el juicio, constituye el protocolo habitual en estos casos. De lo expuesto, se deduce que dicho responsable no se extralimitó del mandato recibido estando amparado su proceder, que ha llevado al descubrimiento del material ilícito, por la propia autorización expresa del ahora demandante. Avala esta conclusión la circunstancia de que este encargado limitara su actuación a la carpeta «mis documentos» del usuario, mínimo necesario para realizar la referida prueba de grabación, sin pretender adentrarse en otras carpetas respecto de las que, por hallarse más ocultas o por expresarlo así el título asignado a las mismas, pudiera presumirse un mayor revestimiento de protección y reserva. Seguidamente, una vez producido el hallazgo, este se limitó a cumplir con la obligación que le viene legalmente impuesta a todo ciudadano consistente en denunciar ante las autoridades competentes la posible perpetración de un delito público del que ha tenido conocimiento (arts. 259 y ss.LECrim)".

Tampoco detectó el Tribunal Constitucional una actuación ilegítima por los agentes de policía que accedieron al interior del ordenador una vez éste fue puesto a su disposición por el técnico denunciante. Y lo hizo con el siguiente argumento: "... descartada la existencia de una autorización por parte del recurrente que facultase a la policía para supervisar su ordenador personal, nos corresponde analizar si, en todo caso, su actuación ha podido estar motivada por la concurrencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de forma que se aprecie una justificación objetiva y razonable para la injerencia en su derecho a la intimidad personal.

Puede afirmarse, sin necesidad de una mayor argumentación, que la conducta adoptada por la Policía perseguía un fin legítimo, por cuanto se enmarcaba dentro de las investigaciones que ésta realizaba dirigidas al esclarecimiento de un delito de pornografía infantil. Al propio tiempo existe la habilitación legal necesaria para la realización, por parte de los agentes intervinientes, de este tipo de pesquisas, pues, como hemos visto, se encuentran



www.civil-mercantil.com

entre sus funciones las de practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir sus autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas, pudiendo efectuar «un primer análisis» de los efectos intervenidos (en este sentido, se observa en el propio atestado policial cómo su instructor califica el informe realizado sobre el contenido del ordenador como «un análisis preliminar», sin perjuicio de la pericial que luego se solicita al Grupo especializado de Pericias Informáticas). Finalmente, si bien la intervención policial desplegada no contó con la previa autorización judicial, circunstancia ésta que ha llevado a considerar, tanto al recurrente como al Fiscal, que se había producido en este caso una vulneración del derecho a la intimidad personal, podemos afirmar que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general, que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatar razones para entender que la actuación de la Policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad.

Dicho lo anterior, y con independencia de la necesidad de que el legislador regule esta materia con más precisión, avala esta última conclusión la circunstancia de que los funcionarios intervinientes actuaron ante la noticia criminis proporcionada por el propietario de una tienda de informática, quien se personó en las dependencias policiales informando acerca del material pedófilo que había encontrado en un ordenador personal. Con esta actuación, los expresados agentes pretendían, con la conveniente celeridad que requerían las circunstancias, comprobar la veracidad de lo ya descubierto por este ciudadano, así como constatar si existían elementos suficientes para la detención de la persona denunciada. Hemos de valorar, además, que la investigación se circunscribía de manera específica a un delito de distribución de pornografía infantil, lo que resulta relevante, no sólo por la modalidad delictiva y la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e Internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad que estos hechos implican, derivada ésta de la pena que llevan aparejados por referirse a víctimas especialmente vulnerables".

B) En definitiva, la respuesta del Tribunal Constitucional ante un supuesto muy similar al presente, en el que el encargo de la reparación del ordenador llevó al descubrimiento casual de unos archivos de contenido pedófilo, constituye una pauta jurisprudencial para la solución de casos de visible similitud. En efecto, en el supuesto de hecho que nos ocupa, tal y como explica el Tribunal a quo en el FJ 3º, el denunciante Baldomero . manifestó que había recibido el ordenador de parte de la acusada Florinda ., a la que conocía por ser ambos naturales de Venezuela, con el específico encargo de repararlo. Por error

-según declaró en el plenario- se quedó el disco duro y lo confundió con uno propio. Al abrirlo descubrió imágenes de las hijas menores de Florinda ., a las que conoce y sabe que son de 8 y 5 años de edad, desnudas, con poses de inequívoco significado lúbrico e introduciéndose objetos en la vagina, tales como una botella o un consolador, todo ello en presencia de la madre, con la que, según reflejaban las imágenes, llegaba a mantener sexo oral.

Al margen de esa coincidencia, un dato singulariza el supuesto objeto del presente recurso. Y es que la acusada Florinda . prestó su consentimiento para el acceso a los contenidos de ese ordenador, en el que se recogían las imágenes que ella misma había generado convirtiendo a sus hijas menores en protagonistas y destinatarias de actos que afectaron gravemente a su indemnidad.

El alcance del consentimiento del interesado, cuando de lo que se trata es de aceptar voluntariamente una relación de los mecanismos de exclusión que cada uno de nosotros define frente a terceros y los poderes públicos, ha sido también abordado por la jurisprudencia constitucional. En la ya mencionada STC 173/2011, 7 de noviembre , se recuerda que "... el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad,

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 ; 196/2006, de 3 de julio , FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio , FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aún autorizada, subvertida los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 ; 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que este no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC196/2004, de 15 de noviembre , en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, reconocimos no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad(FJ 9). También llegamos a esta conclusión en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero y 209/2007, de 24 de septiembre , en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE , manifestando en la primera que este consentimiento no necesita ser «expreso» (FJ 3) y en la segunda que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (FJ 5) " .

En suma, la concurrencia del consentimiento de la titular del ordenador excluyó la vulneración de alcance constitucional que reivindica la defensa del recurrente. Es cierto -y así lo hemos dicho en otros precedentes- que en la utilización de dispositivos ligados a las nuevas tecnologías convergen distintos derechos no siempre del mismo rango axiológico. En nuestra STS 342/2013, 17 de abril , dijimos que "... el acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar - de hecho, normalmente albergará- información íntimamente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya protección constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la



www.civil-mercantil.com

importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital".

Y no existe en la causa dato alguno que permita albergar la sospecha de que el consentimiento de Florinda . fue utilizado por los agentes para adentrarse en contenidos amparados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y, como tales, no franqueables mediante la simple anuencia de la afectada (art. 18.3 CE). Ningún proceso de comunicación fue interceptado. No existe constancia de que la Policía llegara a apoderarse de información vinculada a procesos de comunicación en marcha. Ni siquiera llegó a disponer de contenidos procedentes de comunicaciones ya concluidas, pero todavía desconocidas por alguno de sus destinatarios. Por el contrario, todas las imágenes voluntariamente ofrecidas por Florinda ., así como los diálogos mantenidos en fechas pasadas con el ahora recurrente, eran accesibles consintiendo la afectada la intromisión en su espacio virtual. Y esto fue, precisamente, lo que aconteció. Así se declara en el apartado 4º del hecho probado, cuando se señala que la procesada, "... una vez detenida confesó los hechos a las autoridades, entregando los equipos informáticos y facilitando las claves de acceso y colaboró efectivamente con ello a la identificación del coprocesado D. Gonzalo .".

En consecuencia, mal puede hablarse de prueba ilícita a partir del análisis de la forma en que las imágenes y demás contenidos accedieron a la causa. No deben incluirse en ese concepto los descubrimientos efectuados de forma casual por un ciudadano - en este caso, el hallazgo del técnico al que fue encargada la reparación del ordenador- que, en el momento de su obtención, carece de toda voluntad de hacerse con una fuente de prueba. Es evidente que no puede obtener el mismo tratamiento jurídico la accidental apertura de un sobre introducido por error en un buzón que no es el de su destinatario -equivocación que permite el descubrimiento de un hecho de relieve penal-, frente a la fractura intencionada del buzón de un vecino con la finalidad de acceder a su correspondencia y vulnerar así su intimidad.

Tampoco puede predicarse la ilicitud probatoria del hecho de que los agentes de Policía accedieran sin autorización judicial a las imágenes y diálogos generados mediante la utilización de los programas de mensajería instantánea a los que se refiere el factum. Y no sólo porque los citados agentes no se inmiscuían en un proceso de comunicación en marcha, además de contar con el consentimiento de la titular, sino porque su propia intimidad debía quedar desplazada ante la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo, en este caso, la investigación y descubrimiento de delitos de incuestionable gravedad, que tenían en este caso como víctimas a dos niñas de cinco y ocho años de edad. La simple posibilidad de que esas



www.civil-mercantil.com

imágenes pudieran llegar a convertirse, de una u otra forma, en contenidos difundibles en la red, intensificando de forma irreparable el daño ocasionado a las dos menores, era un riesgo que había de ser ponderado en el momento del juicio de necesidad y proporcionalidad.

La defensa subraya que Florinda . sólo proporcionó a los agentes en el momento de la detención "... las cuentas y las claves, no la autorización expresa para el acceso al contenido del ordenador y, concretamente, al correo electrónico". Sin embargo, como hemos apuntado supra, el consentimiento para legitimar el acceso al contenido documentado de comunicaciones a las que ya se ha puesto término y que, en consecuencia, desbordan la protección constitucional que dispensa el art. 18.3 de la CE , puede ser otorgado mediante actos concluyentes. Y bien elocuente de la voluntad de Florinda . son los actos de identificación de las cuentas y entrega de las claves. La legitimación del acto de injerencia estatal en la intimidad de la afectada no puede ponerse en cuestión.

C) Censura la defensa en el desarrollo del motivo la insuficiente motivación del acto jurisdiccional que permitió el acceso a los datos de identidad y domicilio del recurrente, en la medida en que fue mediante una providencia, no en virtud de un auto debidamente motivado.

La Sala no puede coincidir con este razonamiento.

De entrada, es cuestionable que el conocimiento de esos datos de identificación exija autorización judicial. Fue la propia Florinda . la que, de forma voluntaria, proporcionó la información referida a su interlocutor. El derecho a la protección de datos cuya tutela proclama el art. 18.4 de la CE y desarrolla la LO 15/1999, 13 de diciembre, se identifica con el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, con la capacidad de controlar lo que los demás conocen de nosotros mismos. Pero adquiere su verdadera dimensión constitucional frente al tratamiento automatizado de datos, no frente a una información individualizada, en poder de uno de los interlocutores y que se limita a los datos de identificación de la cuenta con la que se ha mantenido una comunicación telemática ya concluida fechas atrás. El imputado que ofrece a los investigadores, una vez concluido el proceso de comunicación telemática, la información precisa para conocer la identidad de su interlocutor, no lesiona ningún derecho constitucional, ni vulnera el canon de garantías asociado al derecho a un proceso justo. De ahí que pase a segundo plano el debate sobre la suficiencia de una providencia como vehículo formal de exteriorización de la decisión jurisdiccional de valerse de esa información para el esclarecimiento del hecho.

Sea como fuere, conviene tener presente la necesidad de no exacerbar el rigor formal derivado de la exigencia de una resolución motivada en materia de protección de datos, singularmente en aquellos casos en los que la petición deducida por los agentes ya es lo suficientemente explícita en la expresión de los motivos que justifican la injerencia, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a hacer suyos esos indicadores; o cuando el estado mismo de la investigación convierte esa resolución habilitante, de menor rango formal, en el vehículo de una decisión judicial conectada al mandato constitucional. Lo decisivo, al fin y al cabo, es que no existan razones que sugieran que la sustitución de lo que debería ser un auto por una providencia es el resultado del distanciamiento del Juez de su papel de garante del derecho fundamental que la CE proclama en su art. 18.4 .

La cuestión ya ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional. En palabras de la STC 123/2002, 20 de mayo , "... sin ningún género de dudas una providencia no es, por su propia estructura, contenido y función, la forma idónea que ha de adoptar una resolución judicial que autoriza la limitación de un derecho fundamental, y, ciertamente, lo deseable, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental, es que la resolución judicial exprese por sí misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental (STC 299/2000, de 11 Dic , FJ 4). Sin embargo, hemos admitido que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud



www.civil-mercantil.com

de la autoridad a la que se remite, «contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (SSTC 200/1997, de 24 Nov., FJ 4 ; 166/1999, de 27 Sep., FJ 7 ; 126/2000, de 16 May., FJ 7 ; y 299/2000, de 11 Dic ., FJ 4).

Desde esta perspectiva, y en la medida en que la exigencia de resolución judicial a efectos de limitar un derecho fundamental posee carácter material, pues han de ser los Jueces y Tribunales los que autoricen el levantamiento del secreto de las comunicaciones ponderando la proporcionalidad de las medidas que afecten a este derecho fundamental y controlen su ejecución, hemos de considerar que, aunque desde luego la resolución judicial debe adoptar la forma de Auto, excepcionalmente también una providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, puede cumplir las exigencias constitucionales en un caso como el analizado en el que se trata de autorizar el acceso a los listados telefónicos por parte de la policía. Ello sucederá si la providencia, integrada con la solicitud policial a la que se remite, contiene todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental. A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo, como hemos subrayado, el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma".

La misma suerte desestimatoria, por tanto, han de tener las alegaciones referidas a la utilización de una providencia para librar el oportuno mandamiento judicial dirigido a la operadora Ono Cableuropa S.A.U para que informara de los titulares de la línea a la que fue asignada la IP del acusado.

D) El motivo extiende sus alegaciones a la posible ruptura de la cadena de custodia, en la medida en que el marido de la acusada habría accedido subrepticamente, tanto a la cuenta del recurrente, eliminando los archivos que estimó oportunos, como a la cuenta de Florinda ., una vez que aquella fue detenida.

No tiene razón la defensa del acusado.

Los Jueces de instancia explican en el FJ 3º que no existe ninguna razón para sospechar un hipotético hackeo del ordenador de Gonzalo ., hasta el punto de que, conforme expusieron los peritos, esa ilícita intromisión "... habría exigido que el emisor se hubiera introducido materialmente en la vivienda del acusado y hubiera operado con su ordenador". El propio acusado que hace valer ahora ese argumento exculpatorio, reconoció que nunca había denunciado la supuesta usurpación, pese a que debería haberla constatado desde el momento en que entrara en su cuenta. Tampoco existe en los correos que fueron objeto de lectura y examen la más mínima alusión a esta circunstancia.

E) También se aduce en el desarrollo del motivo que las declaraciones y la actitud colaboradora de la coacusada Florinda . podrían haber sido fruto de " la absoluta animadversión" de aquella hacia el acusado, que incumplió su promesa de hacer posible la vida de aquélla en Murcia.

No tiene razón el recurrente.

La condición de un testigo o coimputado como fuente de prueba no exige como presupuesto de validez que quien declara lo haga con una fingida distancia y frialdad respecto de los hechos que narra. De ser así, estaríamos postulando una exigencia que, en la mayoría de las ocasiones, es incompatible con el impacto emocional que el hecho enjuiciado puede haber ocasionado en el declarante. De hecho, no faltan precedentes en los que hemos



www.civil-mercantil.com

afirmado, por ejemplo, que "... los celos presentes o pasados de un denunciante no tienen por qué invalidar la veracidad del relato. Es cierto que obligan al órgano decisorio a una valoración probatoria sometida a las máximas cautelas. Pero la idea de que un denunciante celoso sólo puede ofrecer al órgano jurisdiccional un relato falso de las causas que han producido sus heridas, carece de sentido. Nuestro sistema procesal también protege a la víctima celosa " (STS 956/2012,28 de noviembre). También hemos dicho que "... La indiferencia respecto del desenlace del proceso no es un presupuesto sine qua non para proclamar la credibilidad de un testigo. Se puede ser exquisitamente imparcial en la narración de los hechos y, al mismo tiempo, interesar la condena del imputado. De hecho, nuestro sistema procesal autoriza a la víctima a convertirse, más allá de una distante portadora de la noticia criminis, en verdadera parte acusadora, ejerciendo la acusación particular con el fin de obtener la condena del acusado, sin que ello elimine la validez de su testimonio. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que una y otra vez recuerda que la lógica animadversión de la víctima derivada del hecho criminal es irrelevante para poner en duda su versión en cuanto no resulta de causas de resentimiento ajenas al delito " (cfr., por todas, SSTS 511/2012, 13 de junio y 238/2011, 21 de marzo).

Más allá de la voluntad que anime la declaración de la acusada Florinda ., el bagaje probatorio encierra el suficiente peso incriminatorio como para respaldar sin fisuras el juicio de autoría. El reconocimiento de los hechos, los documentos y archivos incorporados a la causa en los que se reflejan las sevicias sufridas por ambas menores, el dictamen médico forense sobre las secuelas físicas padecidas por aquéllas y, en fin, el dictamen pericial acerca de la integridad de los sistemas informáticos empleados en el envío y recepción de archivos, descartan cualquier suspicacia acerca de la alegada insuficiencia probatoria.

F) El motivo incluye en su desarrollo una censura al hecho de que no existió una autorización judicial específica para el acceso a las carpetas de correo electrónico del recurrente Gonzalo .. La diligencia de entrada y registro en el domicilio de éste no abarcaba también la autorización para la injerencia en el disco duro del investigado.

Tampoco ahora tiene razón la defensa.

La jurisprudencia de esta Sala ha recordado la necesidad de que exista una resolución jurisdiccional habilitante para la invasión del derecho al entorno digital de todo investigado. Como hemos indicado supra, esa resolución ha de tener un contenido propio, explicativo de las razones por las que, además de la inviolabilidad domiciliaria, se alza la intimidad reflejada en el ordenador. Nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada, de suerte que lo que justifica un sacrificio se ensanche hasta validar implícitamente otra restricción. Esta idea tiene ya un reflejo normativo en el art. 588 sexies a) 1º de la LECrim , según el cual " cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos". Añade el apartado

2º del mismo precepto que " la simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente".

Se trata, por tanto, de una regulación rupturista, que pretende abandonar prácticas en las que la autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado amparaba cualquier otro acto de injerencia, incluso cuando desbordara el contenido material del derecho



www.civil-mercantil.com

reconocido en el art. 18.2 de la CE . Lo que el legislador pretende, por tanto, es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros.

No ha sido éste, sin embargo, el criterio histórico.

No pocas resoluciones -de las que la STS 691/2009, 5 de junio es claro exponente- hacen extensiva la habilitación judicial concedida para la intromisión domiciliaria a la aprehensión de todos aquellos soportes de información que pueda encontrarse en el interior de la vivienda. Sin embargo, el nuevo precepto impide considerar esos instrumentos de almacenamiento como piezas de convicción respecto de las cuales el acceso a su contenido estaría legitimado por la autorización general otorgada por el Juez a los agentes para adentrarse en el domicilio en el que aquéllos son custodiados. El legislador persigue que la restricción constitucional de cada uno de los derechos afectados sea individualmente ponderada por el órgano jurisdiccional, que ha de exteriorizar - motivar- las razones de su sacrificio. En el plano formal, por supuesto, ningún obstáculo existe para que una misma resolución incorpore el juicio ponderativo del que derivar la legitimidad del sacrificio de los derechos afectados. Para la historia han de quedar las autorizaciones implícitas o sobreentendidas. En definitiva, la entrada y registro en el domicilio del investigado ha de estar debidamente justificada. El instructor habrá de expresar las razones de la necesidad del sacrificio de ese derecho fundamental. Pero tan argumentado como ese acto de injerencia habrá de estar el acceso a los dispositivos de almacenamiento masivo cuya información resulte indispensable para la investigación.

Pues bien, en el presente caso, el auto del Juzgado de instrucción núm. 2 de Collado Villalba, mediante el que se autorizaba la entrada y registro en el domicilio del recurrente (folio 634), contenía la siguiente parte dispositiva: " se decreta la entrada y registro en el domicilio habitual de D. Gonzalo . sito en la calle (...) de Murcia a efectos de localizar teléfonos móviles ordenadores, memorias externas, cds, dvds o cualquier objeto vinculado a las nuevas tecnologías, así como objetos utilizados para realizar actos eróticos o de sexo, fotografías de tipo sexual u objetos similares relacionados con la producción, tenencia o distribución de pornografía infantil...".

Como puede observarse el objeto específico del registro era precisamente el que la defensa considera no incluido en la resolución habilitante, esto es, aprehender todos los elementos tecnológicos que estaban haciendo posible la comunicación telemática entre Gonzalo . y Florinda .. En la fundamentación jurídica se precisa que el objetivo de la entrada es la intervención de esos instrumentos que permitía a ambos acusados mantener contacto a través del ordenador y determinaba el intercambio de archivos "... archivos, vídeos e imágenes deconcentrado pronográfico que la imputada realizaba con sus hijas".

El argumento de la defensa, para quien resultarían indispensables dos resoluciones, la primera, autorizando la aprehensión de los ordenadores y demás instrumentos tecnológicos utilizados para la comisión del ilícito, la segunda, habilitando el acceso a su contenido, carece de sentido.

Pese a todo, en el presente caso, se da la circunstancia de que fue dictado un segundo auto, fechado el 12 de noviembre de 2012 (folios 1064 a 1068), en el que se autorizó "... el desprecinto, clonado y análisis en sede policial de los datos contenidos en el disco duro" intervenido con ocasión de la diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio de Gonzalo .

En suma, ninguna garantía constitucional fue quebrada por el órgano investigador. Antes al contrario, su instrucción fu expresiva de un encomiable sentido garantista.

2 .- El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el precedente, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .



www.civil-mercantil.com

El desarrollo del motivo centra su línea argumental, de forma exclusiva, en la infracción de ese derecho desde la perspectiva de la utilización de prueba ilícita, como habría quedado demostrado en el motivo precedente. La defensa, por tanto, asocia la viabilidad de sus alegaciones a la estimación del primer motivo. Ya hemos expuesto en el apartado anterior las razones que conducen al rechazo del motivo articulado. El juicio de autoría, por tanto, no descansa sobre prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (art. 11 LOPJ), sino que se fundamenta, conforme al canon exigido por nuestro sistema constitucional, en prueba lícita, de signo inequívocamente incriminatorio y valorada con arreglo a un proceso lógico y racional (cfr. SSTS 158/2010, 2 de febrero y 458/2009, 13 de abril)

Y aunque nada diga al respecto el recurrente, avala la corrección del desenlace valorativo de la Audiencia el examen de las declaraciones de la coimputada Florinda ., la versión ofrecida por el acusado Gonzalo . -incluidos los matices sobrevenidos, también ponderados por el Tribunal a quo- y, de modo singular, el estremecedor contenido de las imágenes y vídeos que fueron incorporados al sumario desde el primer momento y visionados en la instancia.

Se impone, en consecuencia, la desestimación del motivo por su manifiesta falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

3 .- Igual suerte desestimatoria ha de correr el tercero de los motivos formalizado. En él se denuncia, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , error de derecho, indebida aplicación de los arts. 183.1 , 189.1 a), 189.3 a) y b), en relación con el art. 74, todos ellos, del CP .

Sin embargo, el recurrente no hace explícitas las razones por las que discrepa del juicio de tipicidad, tal y como ha sido proclamado por los Jueces de la Audiencia. Se limita a reivindicar, como ya hiciera en los dos motivos precedentes, la nulidad probatoria derivada del acceso a los mensajes contenidos en el ordenador de Gonzalo .. No se cuestiona la subsunción -que es lo que autoriza la vía casacional empleada- sino el soporte fáctico sobre el que aquélla se ha construido.

En el segundo apartado de esta resolución se contienen las razones que explican el rechazo de la alegada nulidad probatoria. A lo expuesto nos remitimos.

El motivo decae por su falta de fundamento (arts. 885.1 y 884.4 LECrim).

4 .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Gonzalo . , contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2015, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tenerife en la causa seguida por los delitos de pornografía infantil y agresión sexual y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, 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. Manuel Marchena Gómez D. José Ramón Soriano Soriano D. José Manuel Maza Martín

D. Luciano Varela Castro D. Perfecto Andrés Ibáñez.



www.civil-mercantil.com

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, estando celebrando 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.