



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 864/2015, de 10 de diciembre de 2015

Sala de lo Penal

Rec. n.º 912/2015

SUMARIO:

Agresión sexual. Ciberacoso. Non bis in idem. Derecho a un proceso con todas las garantías. El ciberacoso a menores queda absorbido por el abuso o agresión sexual posterior ya que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión porque la vulneraría el principio del «non bis in idem». Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables, pero en este caso, los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a este. El delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva. Acceso a la cuenta abierta por una menor en una red social por parte de su madre sin contar con su anuencia ante la sospecha de que pudiera estar siendo víctima de un delito de ciberacoso. No hay ilicitud probatoria, lo que es cohonorable con la afirmación de que el menor es titular del derecho a la intimidad de acuerdo con su madurez. La sentencia establece que no puede considerarse ilícita una prueba cuando la afectación a la intimidad proviene de un particular que está autorizado para acceder a ese ámbito de privacidad que desvela, aunque abuse de la confianza concedida. Del mismo modo, considera que estamos ante espacios de privacidad e intimidad, pero que esos derechos, como cualquier otro, pueden verse sometidos a restricciones 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. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8, 73, 77.3, 183, 183 bis, 183 ter y 189.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 852.

Constitución Española, arts. 18 y 25.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.

Ley Orgánica 1/1996 (de Protección del Menor), art. 4.1.

Ley Orgánica 1/1982 (Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen), art. 3.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DEL REY

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

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

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y Gonzalo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, que condenó a Gonzalo como autor responsable de un delito de abusos sexuales a menor de trece años, y cinco delitos continuados de exhibicionismo del art. 185 CP ; los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia; estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Alperi Muñoz.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Tres de Valls instruyó Sumario con el nº 1/2013, contra Gonzalo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Segunda) que con fecha ocho de abril de dos mil quince dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< De la actividad probatoria practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de oralidad, contradicción e igualdad de armas, ha quedado acreditado que Gonzalo , con DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, realizó los siguientes hechos:

1º.- Gonzalo en fecha no determinada en el año 2.012 conoció, en actividades de la Colla Vella de Vails, a la menor Estela , nacida el NUM001 de 1.997. Al poco tiempo le envió una petición de amistad a la red social Facebook, la cual fue aceptada por la menor. En la fecha de dicha petición Gonzalo era pleno conocedor de que Estela era menor de edad.

A través de dicha red social Gonzalo , mantenía conversaciones con la menor mediante el chat de comunicación por mensajes de texto. En algunas de dichas conversaciones Gonzalo realizó distintas peticiones a la menor para que mantuviera relaciones sexuales con él. Junto a dichas conversaciones por mensaje de texto, Gonzalo utilizó como medio de comunicación con la menor la webcam de su ordenador, webcam que permitía a la menor ver en su ordenador todo lo que Gonzalo hiciera frente a la cámara de su ordenador. Utilizando dicho sistema de comunicación audiovisual Gonzalo , en tres ocasiones diferenciadas en el tiempo, se desnudó ante su ordenador para que lo viera la menor, una vez desnudo Gonzalo procedió a masturbarse ante ella.

En alguna de dichas conversaciones, la menor Estela le habló a Gonzalo que tenía una amiga, Angelina , también menor de edad, manifestando Gonzalo que la quería conocer. En



www.civil-mercantil.com

dichas conversaciones Estela le manifestó que dicha amiga era menor, y que tenía incluso menos años que ella. En dichas conversaciones Gonzalo ya le manifestó a la menor Estela su intención de realizar actuaciones de carácter sexual con dicha menor por lo que debían quedar con Angelina .

2º.- En fecha 27 de octubre de 2012, en hora indeterminada, tras las conversaciones antes indicadas, las menores Estela y Angelina se encontraban en el domicilio de Estela sito en la c/ DIRECCION000 n° NUM002 , bloque NUM003 , piso NUM004 , puerta NUM004 de la localidad de Valls, cuando Gonzalo que se encontraba en su domicilio sito en la c/ DIRECCION001 n° NUM005 , NUM006 de la localidad de Valls, a través de la red social Facebook propuso a Estela , de 15 años de edad, quedar al día siguiente para que le realizara una felación delante de Angelina , de 7 años de edad, proponiéndole posteriormente a Angelina que fuera ella quien le realizara la felación. A continuación, movido por la finalidad de satisfacer su impulso sexual, se extrajo su pene y procedió a masturbarse delante de las menores a través de la webcam de su ordenador.

3º.- En fecha 28 de octubre de 2012, sobre las 11:30 horas, Gonzalo se encontró con las menores referidas, Estela y Angelina , en la bajada de la Colla Vella de Valls, escondiéndose los tres en una zona de un parking, y diciéndole a Angelina que se bajase los pantalones. Angelina no quiso bajárselos y Estela le dijo que se los bajase o le pegaba, bajándole Estela los pantalones y las bragas. Gonzalo dio varios besos en la boca a Angelina y seguidamente le tocó sus partes genitales y succionándose a continuación un dedo, mientras se masturbaba delante de las menores.

4º.- En el verano del 2012, Gonzalo , mientras se encontraba conversando por escrito con la menor Estela , movido por la finalidad de satisfacer su impulso sexual, tras sacarse el pene, procedió a masturbarse a través de la webcam de su ordenador. De forma súbita entró en la habitación de Estela , su hermana Marí Trini y al ojear el ordenador de Estela , pudo ver a Gonzalo desnudo, cerrando inmediatamente la pantalla Estela .

5º.- Durante el año 2012, Gonzalo contactó por la red social Facebook con Isidora de 16 años de edad, a la que conocía de la escuela, conociendo Gonzalo la minoría de edad de esta. Posteriormente se vieron en diversas ocasiones y en una de ellas Gonzalo procedió a comprar a Isidora ropa interior, tras lo cual le pidió que se la enseñara a lo cual esta no accedió. Posteriormente Gonzalo le pidió que le enviara fotografías en la que mostrara la ropa interior que le había comprado, procediendo la menor a enviarle tres fotografías en las cuales ella se mostraba en ropa interior. Tras enviarle dichas fotos, Gonzalo le pidió en distintas ocasiones para quedar. Tras no acceder a ello la menor, Gonzalo procedió a enviarle al menos dos vídeos en los que aparecía desnudo, masturbándose, e introduciéndose dedos por el ano. Asimismo, pidió a la menor que le enviase fotografías de ella desnuda.

6º.- En fecha indeterminada durante el 2011, Gonzalo en una actuación castellera realizada en fiestas de El Catllar, saludó a la menor Adriana , de 15 años de edad. Posteriormente, tras averiguar su identidad, procedió a enviarle una petición de amistad a la red social Facebook, lo cual fue aceptado por la menor. En la página de facebook de Adriana constaba la fecha de nacimiento de ésta. En el transcurso del tiempo que estuvieron conectados a través de dicha red social, Gonzalo al menos en quince ocasiones procedió a enviar a la menor fotos en las que aparecía desnudo y con el pene erecto. Al menos en cuatro ocasiones, cuando estaban conversando mediante mensajes de texto, Gonzalo procedió a activar la webcam de su ordenador mostrándose ante la menor desnudo y con el pene en erección, y dos de las cuatro, Gonzalo procedió a masturbarse ante la menor.

7º.- Durante el 2010, Gonzalo , contactó a través del Chat Terra con Modesta , de 14 años de edad, minoría de edad de la que era conocedor Gonzalo . En distintas de las conversaciones mantenidas mediante mensajes de texto, Gonzalo realizaba a la menor distintas referencias al sexo, manifestándole su intención de mantener relaciones sexuales con



www.civil-mercantil.com

la misma. Gonzalo , cuando la menor tenía entre 14 y 15 años de edad, al menos en diez ocasiones le envió fotografías en las que se mostraba desnudo, con el pene en erección y tocándose. En ese período de tiempo Gonzalo utilizando su webcam, procedió a contactar con la menor, mostrándose desnudo, procediéndose a masturbarse ante la menor al menos en cuatro ocasiones. Gonzalo , cuando la menor tenía entre los 14 y los 17 años de edad, le pedía a la menor que le enviara fotografías en las que se mostrara desnuda o en ropa interior, logrando con su insistencia hacer nacer en la menor un sentimiento de compromiso ante Gonzalo por lo que ésta le envió al menos cinco fotografías.

8º.- Gonzalo ingresó en prisión en virtud de Auto de fecha 24 de enero de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Valls y ratificado por Auto de fecha 28 de enero de 2013, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Valls >>.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Gonzalo a :

1.- Como autor responsable de un delito de abusos sexuales a menor de trece años del artículo 183.1 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de prisión de tres años, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a cumplir de forma simultánea a la pena del delito. Así como se le impone la pena de medida de libertad vigilada por tiempo de 10 años, a cumplir con posterioridad a la pena de prisión impuesta por el presente delito de abusos sexuales. Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta se debe de abonar a Gonzalo todo el tiempo que ha estado privado provisionalmente de libertad por esta causa.

2. Como autor responsable de cinco delitos continuados de exhibicionismo del artículo 185 del Código Penal , en relación con el artículo 74 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 18 meses y un día con una cuota diaria de 3 euros por cada uno de los cinco delitos, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal .

3. A la pena de PROHIBICIÓN de APROXIMARSE a Angelina , a su domicilio, a su lugar de trabajo y cualquier otro que ésta frecuente, a una distancia inferior a 1.000 metros, durante el tiempo de ocho años (Cinco años por el delito de abusos sexuales y tres años por el delito de exhibicionismo) y a Estela , Isidora , Adriana y Modesta a su domicilio, a su lugar de trabajo y cualquier otro que éstas frecuenten, a una distancia inferior a 1.000 metros, durante el tiempo de tres años (por el delito de exhibicionismo);

4. A la pena de PROHIBICIÓN de COMUNICARSE por cualquier medio con Doña. Angelina durante un período de ocho años (Cinco por el delito de abusos sexuales y tres por el delito de exhibicionismo) y a Estela , Isidora , Adriana y Modesta durante un período de tres años (por el delito de exhibicionismo).

5. En concepto de responsabilidad civil, Don. Gonzalo deberá indemnizar en las siguientes cantidades a las personas que se indican:

- a) A Doña. Angelina en la cantidad de 6.000 euros por los daños morales;
- b) A Doña. Estela , Isidora , Adriana y Modesta a cada una de ellas en la cantidad de 1.000 por los daños morales.

Todo ello, con los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .
Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Gonzalo :



www.civil-mercantil.com

- A) Del delito del artículo 183.2 y 3 del Código Penal .
- B) Del delito del artículo 183 bis del Código Penal .

Se condena Don. Gonzalo al pago de las costas procesales de este procedimiento en las 6/7 partes. Notifíquese esta Sentencia al condenado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponerse RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última.>>.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y Gonzalo que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único .- Por infracción de precepto sustantivo del art. 849.1º LECrim por aplicación indebida del art. 8.3 CP , e inaplicación indebida del art. 183 bis (ciberacoso-child grooming).

Motivos aducidos por Gonzalo .

Motivo único.- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del art. 18.1 CE referido al derecho a la intimidad del art. 18.3 CE referido al secreto de las comunicaciones y del art. 24.2 CE referido al derecho a un proceso con todas las garantías.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto impugnándolo ; la representación legal de Gonzalo igualmente impugnó el recurso del Ministerio Fiscal; la Sala admitió los recursos quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día dieciocho de noviembre de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Nos enfrentamos a dos recursos contrapuestos. Recurren el Ministerio Fiscal y el condenado. Abordamos ahora el primero de los recursos con un único motivo por infracción de



www.civil-mercantil.com

ley del art. 849.1º LECrim . Se denuncia aplicación indebida del art. 8.3 CP y consiguiente inaplicación indebida del art. 183 bis.

La arquitectura del razonamiento es sencilla. El fiscal entiende que los delitos de abuso o agresión sexual tipificados en el art. 183 CP no absorben la eventual tipicidad previa del art. 183 bis. Cabría entre ambos una relación de concurso real (en su caso, medial). Discrepa así de la sentencia de instancia que considera que se trata de un concurso de normas penales a solventar con aplicación del art. 8.3 CP (principio de consunción *lex consumens derogat consumpta*) : el delito del art. 183 operaría como *lex consumens*.

Para atacar tal apreciación el Ministerio Público se apoya en un inciso del art. 183 bis del CP -" sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos en su caso"- que interpreta en clave de concurso real de delitos.

No podemos estimar el recurso del Fiscal.

Estamos ante dos conductas que tutelan un mismo bien jurídico. Esa constatación ya proporciona un claro indicador de exclusión del concurso de delitos. La precisión legal -cláusula concursal- que invoca el Ministerio Fiscal es argumento de peso pero no es rotundamente concluyente. Permite otra lectura más armónica con la implícita prohibición constitucional del *bis in idem* (art. 25 CE), plasmada hoy en textos internacionales de directa aplicación. Tal cláusula obligaría a tomar en consideración otras tipicidades cometidas, bien para imponer las respectivas penalidades (si cabe el concurso de delitos: v.gr., amenazas,...), bien para desplazar a esta (si estamos ante un concurso de normas). En este supuesto concreto esto último es lo que sucede. Los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste. El delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva.

Así lo declaró la STS 527/2015, de 22 de septiembre : el delito de lesión subsume al de peligro. Y es que como dijo la STS 97/2015, de 24 de febrero , estamos ante un tipo de peligro en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años, no requiere por lo tanto un contacto físico entre agresor y agredido...

... En este caso el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta".

La sentencia de instancia lo razona impecablemente en el apartado 5.b del fundamento de derecho sexto. Otra interpretación lesionaría el *non bis in idem*, si bien la holgura penológica que brinda el actual art. 77.3 al aplicador permitirían mitigar, si no anular, las consecuencias de esa dualidad punitiva difícilmente conciliable con la prohibición del *bis in idem*. Hay que reconocer, no obstante, que desde una aproximación meramente literal la tesis del Ministerio Público aparece como la más armónica con la cláusula legal invocada. La comparten sectores doctrinales, aunque no sin dejar de reseñar su imposible coherencia con el tan citado principio esencial.

Cerremos el argumento de la mano de la citada STS 97/2015 que, aunque referida a otro delito sexual, contiene un cuerpo de doctrina generalizable y da cuenta de las distintas opiniones doctrinales: "Pues bien entre los posibles concursos entre ambas figuras delictivas, arts. 183 bis y 187.1. y 2, el primer precepto establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del art. 183 bis sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos (art. 178 a 183 y 189) -aun cuando un sector doctrinal entienda que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los arts 178 a 183 y 189, como



www.civil-mercantil.com

actos de tentativa de los mismos delitos, por los que debiera aplicarse la regla de alternatividad del art. 8.4 CP , en caso de que la aplicación del art. 183 bis privilegiase la respuesta penal frente a la tentativa del art. 183.

Asimismo parte de la doctrina ha expresado sus críticas a esta regulación por entender que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión. Por el contrario, otro sector doctrinal precisa que son perfectamente compatibles la punición de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o lesión. Con el castigo del art. 183 bis se persigue sancionar conductas que, amparadas en la facilidad del medio tecnológico, provocan un ciberacoso sexual de la infancia con los otros tipos penales se castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil y estaríamos ante un concurso real de delitos, art. 73.

(...) La doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005m, de 5.12 , 1182/2006, de 29.11 , 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4 , el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo) .

Segundo.

El recurso de la defensa, integrado también por un único y extenso motivo, denuncia infracción de los arts. 18.1 y 18.3 CE (derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones) a través del art. 852 LECrim . Tales vulneraciones derivarían en una afectación del derecho a un proceso con todas las garantías. Impugna la validez de la prueba consistente en los mensajes tanto de Facebook como de Whatsapp cruzados por el recurrente con las menores. La inutilizabilidad de esa prueba arrastraría la invalidez de las posteriores que traen causa de aquélla.

Se habría accedido al contenido de esos mensajes sin contar con autorización de ninguno de los comunicantes. La menor Estela no otorgó consentimiento para acceder a ellos.



www.civil-mercantil.com

El volcado de los mensajes, además, fue acordado luego mediante providencia por la Instructora (folio 153) y no mediante auto razonado como hubiese sido exigible.

De ahí extrae el recurrente una consecuencia: las conversaciones obrantes a los folios 34 a 65 no pueden ser utilizadas como prueba pues se accedió a ellas de forma constitucionalmente ilegítima.

El recurrente enuncia varias afectaciones consecutivas de derechos fundamentales:

a) Debieran haberse activado las garantías del art. 18.3 CE sobre el secreto de las comunicaciones.

b) No concurría proporcionalidad en relación a la medida de acceso a comunicaciones: la menor estaba en comisaría, las conversaciones no podían destruirse. Ningún perjuicio se derivaba de esperar a la autorización judicial después de haber preguntado a la menor -lo que no se hizo- si consentía con esa intromisión. No existía necesidad.

c) De esa forma se vulneró el derecho a la intimidad de los comunicantes contaminando el resto de pruebas y atrayendo la garantía tuteladora del art. 11.1 LOPJ . Habría conexión de antijuricidad con el hallazgo policial posterior y todas las demás pruebas recabadas.

Tercero.

Tres premisas sirven de referentes del desarrollo argumental subsiguiente.

a) Ninguna duda puede arrojarse sobre la titularidad por parte de la menor del derecho a la intimidad. La sentencia de instancia, de excelente factura, desarrolla sobre este punto un discurso bien construido y asumible:

"Por lo que respecta al primer supuesto, es decir, que la madre de la menor Estela haya procedido a entregar a los agentes de los MMEE diversos folios que constan en las actuaciones del 34 al 65 y en los cuales consta las conversaciones mantenidas por facebook entre la menor de 15 años Estela y el acusado Gonzalo , la madre refirió a los agentes que disponía de la clave de acceso al perfil de la cuenta de su hija menor Estela . Aquí nos tenemos que plantear si por el hecho de ser menor de edad, es posible que la madre de la misma pueda desvelar las conversaciones que la menor haya podido tener con otras personas. Sobre dicha cuestión tenemos que indicar que el art. 4.1 de la Ley de Protección del Menor 1/1996 dispone que: "Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones". El art.4.5 dispone: "Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros". Se tiene que aplicar lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1/1982 , de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen que establece que el consentimiento deberá prestarse por ellos mismos (menores) si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, para en los restantes casos otorgarse mediante escrito de su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Así pues, consideramos que una menor de 15 años de edad, sin que conste en la misma elemento alguno para pensar que no se encuentra en una situación de madurez, tiene que otorgar el consentimiento a los padres o tutor para que por estos se pueda desvelar los mensajes que en la cuenta de su perfil de facebook dispone".



www.civil-mercantil.com

b) En otro orden de cosas y asumiendo también el argumento de la elaborada y minuciosa sentencia recaída, se hace necesario precisar que no estamos ante una incidencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, sino ante una cuestión de intimidad. El derecho al secreto de las comunicaciones rige mientras se desarrolla el proceso de comunicación (vid. SSTS 342/2013, de 17 de abril , 786/2015, de 4 de diciembre , ó 859/2014, de 26 de noviembre). Una vez cesado éste, llegado el mensaje al receptor, salimos del ámbito del art. 18.3 CE , sin perjuicio, en su caso, del derecho a la intimidad proclamado en el número 1 del mismo precepto, aunque en este segundo supuesto sin supeditación constitucional imperativa a la autorización judicial.

c) No siempre que hay afectación de un derecho fundamental es ineludible una habilitación jurisdiccional. Lo que es insoslayable para una intromisión in consentida del secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad domiciliaria (autorización judicial) puede no serlo cuando hablamos solo de intimidad o de privacidad y no de esas manifestaciones específicas. La STS 777/2013, de 7 de octubre lo explica así: " ¿Es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativa, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido. Hay casos en que puede hacerlo la Policía Judicial de propia autoridad. En muchos supuestos -no todos- si concurre un consentimiento libre (por ejemplo, una exploración radiológica). En otros, incluso coactivamente (cacheos externos). No puede proclamarse precipitadamente el monopolio jurisdiccional como requisito indispensable de toda afectación de un derecho fundamental: la legitimidad constitucional de la detención policial es prueba clara de lo que se afirma. Ni siquiera sería totalmente exacto afirmar que ese es el principio general, solo excepcionado cuando la ley autorice a la policía expresamente . Actuaciones como la obligación a expulsar unas bolsas de la boca (STS de 25 de enero de 1993) o la toma de huellas dactilares (STS de 12 de abril de 1992) pueden resultar admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante. Será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). La afectación de un derecho fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid SSTC 206/2007, de 29 de septiembre , ó 142/2012, de 2 de junio ...). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la constatación de la incidencia de la medida -análisis químico- en la intimidad no comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable. Como no necesita autorización judicial el interrogatorio de un testigo por la policía a fin de averiguar datos precisos para una investigación, aunque haya afectación de la privacidad propia o de otras personas (preguntar sobre alguna de sus actividades, si el interrogado estuvo con determinada persona, tipo de relaciones mantenidas con ella...). No es que se quiera equiparar uno y otro tipo de diligencias. Es obvio que no son equiparables. Esta consideración se hace a los únicos efectos de destacar que no es legal ni constitucionalmente correcta la ecuación afectación de la intimidad-necesidad inexcusable de previa habilitación judicial. La incidencia en la privacidad no lleva a cuestionar que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio de averiguación del delito, sin necesidad de previa autorización judicial motivada, ni de ningún otro requisito especial. Ni siquiera cuando ese interrogatorio, por exigencias de la investigación, conduce a adentrarse en reductos más sensibles de la privacidad...".



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Tras este inicial acercamiento acotando bases y antes de adentrarnos en el núcleo de los puntos a abordar nos entretendremos también en una visión panorámica de algunos de los más recientes pronunciamientos que tratan cuestiones análogas o iguales a las aquí planteadas. La reciente STS de 786/2015, de 4 de diciembre abordó un asunto con problemas de acceso a mensajes de correos electrónicos ya recepcionados y guardados en el correspondiente archivo informático. Algunas consideraciones contenidas en la STC 173/2011, 7 de noviembre le servían de referencia . Es útil recoger ahora algunos pasajes de aquella sentencia.

Estamos ante espacios de privacidad e intimidad pero esos derechos pueden ceder " 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" (STS 786/2015) .

La presunción de un fin legítimo como es la persecución de delitos puede justificar -se afirma- una inmisión policial.

"... en el supuesto de hecho que nos ocupa, -dice la citada STS- tal y como explica el Tribunal a quo en el FJ 3º, el denunciante Borja manifestó que había recibido el ordenador de parte de la acusada Celsa , 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 Celsa , 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 Celsa 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 (...).

... 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



www.civil-mercantil.com

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.

...Y no existe en la causa dato alguno que permita albergar la sospecha de que el consentimiento de Celsa 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 Celsa , 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. Francisco ".

... 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 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 Celsa 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 Celsa 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.

Quinto.

Secuenciamos las razones que llevan aquí a convalidar la legitimidad de la valoración de ese material probatorio. Son variadas y confluyen todas en apoyo de esa conclusión.



www.civil-mercantil.com

a) Aunque la Sala expresa que no se ha determinado cómo llegó a conocimiento de la madre la clave a través de la que accedió a la cuenta de Facebook de la menor, es palmario que contaba con ella. Es presumible, hasta el punto de poder descartarse otra hipótesis que sería inverosímil, que si la conocía no es a través de artilugios o métodos de indagación informática que permitiesen su descubrimiento al margen de la voluntad de la titular de la cuenta. Es inferencia fundada que la contraseña pudo ser conocida a raíz de una comunicación voluntaria de la propia menor titular, bien directamente; bien a través de su hermana. Esta realidad nos sitúa en un escenario peculiar. Lo mismo que no hay prueba ilícita cuando un interlocutor revela lo que bajo compromiso expreso o tácito de confidencia o secreto, le comunica otro (aunque sean contenidos del ámbito de privacidad) o cuando el receptor violando obviamente el deber natural -expreso o tácito- de confidencialidad que, le liga con el remitente entrega una carta privada que desvela la comisión de un delito a los agentes policiales; o incluso cuando esa misma carta es entregada por el conviviente quien la recibió, tampoco en la hipótesis propuesta como más verosímil (comunicación a través de la hermana) se puede hablar aquí de prueba inutilizable. Si la afectación a la intimidad proviene de un particular que está autorizado para acceder a ese ámbito de privacidad, que desvela, aunque abuse de la confianza concedida, no se activa la garantía reforzada del art. 11.1 LOPJ .

Es sabido que el art. 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros.

b) Además estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores.

c) No podemos tampoco ignorar que la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esa intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia ex post), sino que además ha refrendado con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en lo que constituiría una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuricidad, lo que autoriza su valoración plena y autónoma aún en el supuesto -que no es el caso como hemos argumentado- de que aquella se reputase inutilizable. Sería prueba independiente, al haberse roto toda conexión de antijuricidad.

d) Una cosa es el acceso y otra desvelar el contenido. Que estaba autorizada a acceder lo demuestra la posesión de la contraseña.

Sexto.

En otro orden de cosas ataca también este recurrente la intervención del teléfono móvil, del que se extrajo tanto la tarjeta Sim como la tarjeta MicroSD , que fue entregado por el padre del recurrente a la policía.



www.civil-mercantil.com

El análisis de esas tarjetas se acordó mediante providencia inmotivada de 15 de febrero de 2015.

Tampoco esta diligencia ni sus resultados serían utilizables. Estaría viciada desde su origen por la falta de consentimiento del titular del teléfono, que accedió a la entrada y registro domiciliario pero no prestó su consentimiento para el análisis del material informático y soportes digitales intervenidos.

Se preconiza en el recurso la aplicación analógica a ese tipo de diligencias de lo establecido en el art. 579 LECrim . La providencia dictada sería manifiestamente insuficiente y no colmaría las exigencias formales y de fondo de una resolución con esa trascendencia.

Hay que partir de lo que la Audiencia da por probado. Entre lo acreditado, está la autorización otorgada por el recurrente para ese examen: "Es evidente que Gonzalo procedió a autorizar de forma expresa y asistido de su letrada no tan solo la entrada y registro en su domicilio, la cual también fue autorizada por los padres del mismo, al ser el mismo domicilio, sino que de forma expresa y de forma diferenciada a la anterior, autorizó a los agentes de los MMEE para que procedieran a recoger de dicho domicilio todo el material informático u otros, autorización que realiza al efecto de colaborar con la investigación de los hechos. Con dicho material en poder de la unidad de investigación de la policía de los MMEE se tenía que proceder al volcado y análisis de la documentación que en los mismos se pudiera contener y pese a tener la autorización del detenido en dicha fecha, e indicamos que existía la autorización dado que había autorizado la recogida de dicho material, y es evidente que si se recoge dicho material informático es para analizarlo, no obstante se procedió a solicitar del Juzgado autorización para el volcado y análisis. En dicho contexto, y así lo entendemos, dado que Gonzalo había autorizado de forma voluntaria la entrada y registro del domicilio, la recogida del material, que estaba asesorado por su letrada, dado que el mismo indica que realiza todo ello para colaborar con la administración de justicia, y que por otra parte, tanto a nivel policial como judicialmente ya había declarado sobre los hechos, con reconocimiento de su autoría, salvo en lo concerniente a uno de los hechos que también se le atribuyen, además de otras declaraciones testificales corroborando los hechos (sin perjuicio de lo que resulte de las pruebas practicadas en el acto del juicio), se procedió a dictar diversas providencias, así la de fecha 15/02/13 acordándolo librar oficio a la Policía Científica de la UCIF de Sabadell para el análisis de los soportes informáticos intervenidos (folio 193), la providencia de fecha 02/04/13 que acordó emitir mandamiento a los MMEE dirigido a la compañía facebook para que facilitaran los mensajes entre los perfiles informáticos de Estela y Gonzalo (folio 207).

No consideramos por lo tanto que se haya procedido a la vulneración del derecho a la intimidad, ante el consentimiento del acusado, asistido en todo momento por su letrada, tanto a la entrada y registro en su domicilio, como a recoger el material informático o de otro tipo que en el domicilio pudiera existir, siendo incuestionable que la autorización para recoger conlleva el análisis del contenido que en dicho material informático se encuentre. Que aún así, se dio cuenta al Juzgado de Instrucción que llevaba las actuaciones y por la Juez se procedió a dictar con todos los antecedentes existentes una resolución, que si bien fue una Providencia, no obstante ello no significa que haya estado exenta la medida de control judicial, dado que el consentimiento otorgado por el acusado no exigía de una mayor argumentación.

Todo ello nos lleva a considerar que efectivamente por parte del acusado Gonzalo , se ha consentido el acceso a la información almacenada en los diversos elementos informáticos, entendiendo tanto los propios ordenadores, como por otra parte el teléfono móvil Sony Xperia puesto que el mismo no tan solo tiene la utilidad de realizar y recibir llamadas telefónicas sino también el recibir o enviar mensajería telemática, y tras ser leída poder almacenarla en el mismo, así pues, cuando da su consentimiento a la recogida de los que hemos referido, elementos informáticos, está autorizando a que se acceda a toda la información que en los mismos se encuentra y por lo tanto no consideramos que se produzca vulneración alguna a su



www.civil-mercantil.com

derecho a la intimidad. Cabría aquí mencionar, que también se estaba autorizando la información existente sobre los mensajes de facebook entre él mismo y la menor Estela que se pudiera encontrar en las carpetas de almacenaje.

La STS 457/2013, de 30 de abril es uno de los varios precedentes que afirman que la revisión de la valoración probatoria de la sentencia de instancia en cuanto a la base fáctica de una ilicitud probatoria está sujeta en casación a los mismos condicionantes que la revisión del hecho probado. De esa sentencia extraemos las siguientes consideraciones:

"La valoración fáctica que hacen los recurrentes- leemos en esa sentencia- ... pretende traer a casación cuestiones vinculadas al análisis ponderativo de pruebas personales, aunque se arguyan no para discutir los hechos probados, sino para fundar la ilicitud de una prueba. La Sala de instancia contemplando el conjunto de la prueba -documental y testifical- ha concluido (y la conclusión es coherente y más que razonable) que no se produjo irregularidad alguna en la declaración de la testigo ante los agentes. En congruencia con esa apreciación ordena en la parte dispositiva de la sentencia deducir testimonio por si la declaración vertida en el acto del juicio oral pudiera ser constitutiva de un delito contra la administración de justicia. Esa valoración de la Sala ha de respetarse en casación.

Y más adelante:

La base fáctica de la supuesta ilicitud de una prueba no escapa al régimen de la casación: ha de partirse de los hechos que la sala de instancia ha tenido como probados excepto en aquellos puntos abiertamente contradictorios con prueba documental (art. 849.2º L.E.Crim). En la materia ahora analizada (hechos determinantes de la inutilizabilidad de un medio de prueba) rige también el principio de obligado respeto de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de instancia cuando se basa en pruebas personales (STS 163/2013, de 23 de enero) que, además, están avaladas por documentos.

No cabe contradecir en casación la afirmación de la sentencia de instrucción sobre el consentimiento del recurrente.

Séptimo.

No sobra de cualquier forma traer a colación otras referencias jurisprudenciales que crean doctrina sobre estos extremos ahora clarificados en la última reforma de la LECrim y apoyan la decisión aquí adoptada. Muy relevante es la STS 786/2015, de 4 de diciembre que ya se hace eco del nuevo régimen legal.

" 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



www.civil-mercantil.com

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 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.

Por su parte dice la STS 97/2015, de 24 de febrero :

"-el acusado acudió a la policía Judicial a la entrada y registro, encontrándose detenido y sin asistencia letrada, sin oponerse al registro.

-el registro comienza con el acceso a los ordenadores que se encontraban en la habitación infantil y la policía intenta acceder al Twitter que se encontraba bloqueado por contraseña y se requiere al detenido que facilite la clave haciéndolo en el momento.

Entiende el recurrente que la policía judicial se excedió en sus competencias en la entrada y registro puesto que se accedió a ordenadores sin tener consentimiento para ello así como requirió al detenido para que aportara unas claves de sus redes sociales. Al estar detenido no tenía asistencia letrada, ni consta se le explicara para qué solicitaban las claves de acceso ni se le indicara que tenía derecho a no darlas.

-al folio 57 consta que la policía judicial accede a las redes sociales sin la autorización del imputado ni del juez de instrucción, y la propia policía entendió que no estaba autorizada a entrar en los ordenadores y por ello solicitó autorización para realizar el estudio de los tres aparatos electrónicos (folio 58).

Por ello se procedió a pedir autorización al propio imputado para poder proceder al estudio de los ordenadores (folio 172), pero de forma manipulada al indicar que "en el acto del registro domiciliario le fueron solicitadas las claves de acceso a las redes sociales para el estudio de las mismas, que no teniendo objeción alguna facilito dichas claves para acceder".



www.civil-mercantil.com

Entiende el recurrente que las claves para acceder a las redes sociales se consiguieron aprovechándose de las circunstancias del detenido, no informándole de los derechos que le asistían, así como la falta de claridad en la finalidad de pedir, y el simple hecho de dar las claves no implica autorización a acceder a las redes sociales.

Añade que el auto judicial se limitó a autorizar la entrada y registro de manera genérica, no permite el acceso al contenido de las redes sociales siendo precisa una nueva autorización específica, un segundo mandamiento judicial que motive suficientemente la necesidad de tal injerencia.

Por ello considera el recurrente que toda la documental que provenga de las redes sociales no debe tenerse en cuenta por haber sido obtenida de forma ilegal.

1º El desarrollo argumental del motivo hace necesario destacar la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre esta materia.

Así en STC. 142/2012 de 2.7 , se precisa que debe delimitarse es si el acceso a los datos del ordenador es un acto con solo incidencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) o alcanza también al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), lo que, en última instancia, tiene relevancia por el diferente régimen constitucional de protección de ambos derechos. A esos efectos, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE , la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en el art. 18.1 CE esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, STC 281/2006, de 9 de octubre , FJ 9).

Este Tribunal ha reiterado que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto -aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación del proceso de comunicación- como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado -apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo-. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, STC 230/2007, de 5 de noviembre , FJ 2, o SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido , § 43).

Por su parte, en lo que se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), este Tribunal ya ha reiterado que la apertura de una agenda y la lectura de los papeles que se encontraban en ella inciden en el derecho a la intimidad (STC 70/2002, de 3 de abril , FJ 9). Igualmente, se ha puesto de manifiesto que, a pesar de las múltiples funciones tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de Internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), bien al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son,

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación (STC 173/2011, de 7 de noviembre , FJ 3).

Pues bien en STC. 173/2011 de 7.11 se manifiesta que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 ; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 ; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4 ; y 159/2009, de 29 de junio , FJ 3). De forma que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio" (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo , FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 ; y 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2).

No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, 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 y 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 "aun autorizada, subvierta 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 ; y 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC 196/2004, 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 cuanto a la necesidad de autorización judicial, el criterio general, es que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el ámbito de este derecho fundamental mediante la preceptiva resolución judicial motivada que se adecue al principio de proporcionalidad (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 ; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 ; y 233/2005, de 26 de septiembre , FJ 4). Esta regla no se aplica, también según nuestra doctrina, en los supuestos en que concurren motivos justificados para la intervención policial inmediata, que ha de respetar también el principio de proporcionalidad. De manera significativa hemos resaltado en la STC 70/2002, de 3 de abril , que "la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa



www.civil-mercantil.com

regla general se excepta en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad" [FJ 10 b) 3]. Bien entendido que "la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales" [FJ 10 b) 5]. En esta línea en la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 8, afirmábamos que "la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad"...

Octavo.

Existiendo autorización del afectado otorgada en términos legal y constitucionalmente convalidables decae la trascendencia de la forma de la resolución judicial. No obstante no sobra recordar que tampoco el hecho de enfrentarnos a una providencia arrastraría las consecuencias que quiere anudarle el recurrente.

Otra vez acude en nuestro auxilio la muy reciente STS 786/2015 :

" 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 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)".

Tampoco el recurso del condenado es estimable.



www.civil-mercantil.com

Noveno.

La desestimación del recurso del condenado hace preceptiva su condena en costas (art. 901 LECrim), debiendo declararse de oficio las costas derivadas del recurso interpuesto por el Ministerio Público.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Gonzalo , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, que condenó al acusado como autor responsable de un delito de abusos sexuales a menor de trece años, y cinco delitos continuados de exhibicionismo del art. 185 CP . condenándole al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por El Ministerio Fiscal , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Manuel Marchena Gomez Julian Sanchez Melgar Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia, 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.