

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065182

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 311/2020, de 15 de junio de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3777/2018

SUMARIO:**Agresión y abuso sexual. Diligencia de entrada y registro. Requisitos**

El domicilio es inviolable y que ninguna entrada y registro podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. La ley exige que la restricción de este derecho se realice por auto fundado y motivado. Esa motivación debe ser suficiente y debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo. El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y, de ser posible también, las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

Habrà de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. Para acordar la injerencia no bastan simples sospechas, se exigen indicios. No es necesaria la aportación de pruebas acabadas, ya que en tal caso no sería necesaria la diligencia, sino sospechas con una base objetiva, que precisen confirmación a través de la diligencia. En lo referente a la identificación del titular de la vivienda afectada conviene recordar que no es un requisito de obligada exigencia. Expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar, pero no indica como requisito ineludible la identificación del autor, entre otras razones, porque no siempre se conoce cuando se acuerda la diligencia.

El investigado colaboró voluntariamente con la policía durante el registro comunicando las claves de acceso a su ordenador y la cuestión a determinar es si se precisa asistencia letrada. Lo único que dice ahora la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que cualquier persona está obligada a proporcionar a los investigadores las claves de acceso de un equipo informático bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, salvo el investigado y las personas dispensadas de declarar. El acceso al contenido de la información alojada en un equipo informático requiere una habilitación judicial específica, distinta de la concedida para una entrada y registro. La entrega voluntaria de las claves facilita el acceso a la información ya que, en otro caso, habrá de acudir a otros procedimientos para conseguir el acceso, pero esa entrega voluntaria no autoriza a que la policía acceda a la información alojada en el ordenador. En el caso de que la cesión voluntaria de las claves se produzca en el contexto de una diligencia de entrada y registro y para cumplimiento de las previsiones establecidas en el auto judicial habilitante, será necesaria la presencia del Letrado de la Administración de Justicia. No es requisito imprescindible que, en caso de detención, la cesión voluntaria de las claves se haga a presencia de Letrado y no lo es porque la ley no lo exige y porque la manifestación del detenido tiene un alcance muy limitado y no supone per se una injerencia en el derecho a la intimidad, ya que para acceder al contenido de la información alojada en el ordenador no basta con el consentimiento del interesado sino que se precisa autorización judicial. La entrega de claves no permitía a la policía el volcado y análisis de la información. Estas actuaciones fueron específicamente autorizadas con posterioridad mediante auto por lo que no hay nulidad de actuación.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 17, 18 y 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 178, 179, 183, 184, 189.4 y 191.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 492.4, 546, 558, 588 sexies, 770.3.

PONENTE:*Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don ANA MARIA FERRER GARCIA
Don SUSANA POLO GARCIA
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
RECURSO CASACION núm.: 3777/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 311/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 3777/2018 interpuesto por Baldomero, representado por el procurador DON FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ TADEY bajo la dirección letrada de DON ENRIQUE JAVIER BOTELLA SORIA, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. Sección Segunda, en el Rollo de Sala Sumario Ordinario 90/2016, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de agresión sexual consumado, varios delitos de agresión sexual en grado de tentativa y delito de abuso sexual consumado, de los artículos 178, 179 y 182.1 en relación con los artículos 15 y 16 del Código Penal en vigor en el momento de suceder los hechos. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

- El Juzgado de Instrucción número 1 de los de Las Palmas de Gran Canaria, incoó Sumario 3423/2013 por delito de agresión y abuso sexual, contra Baldomero, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda. Incoado el Sumario 90/2016, con fecha 17 de septiembre de 2018 dictó sentencia en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" UNICO: Probado y así se declara que el acusado Baldomero, nacido el NUM000 en Cuba, con Documento Nacional de Identidad número NUM001, sin antecedentes penales; durante el año 2013 hasta el mes de marzo del 2014 en que fue detenido, en su domicilio sito en el piso NUM002 de la AVENIDA000, en Alicante, utilizando su ordenador personal de la marca Sony, modelo Vaio, y su teléfono celular de la marca Samsung, modelo SM-N9005, movido por ánimo libidinoso, estuvo accediendo a redes sociales de internet, tales como DIRECCION001, empleando diversos perfiles de usuario como DIRECCION000 para contactar sistemáticamente con muchachas, admitiendo que fuesen menores de edad, y fingiendo ofrecimientos de contratar a su interlocutora como modelo, mantenía conversaciones de texto con ellas, para en determinado momento remitirles a contactar a través de aplicaciones de internet como DIRECCION002), DIRECCION003, o DIRECCION004, que permiten videoconferenciar, (en las que había creado las correspondientes cuentas y perfiles, tales como DIRECCION005

<mailto: DIRECCION005>, DIRECCION006 <mailto: DIRECCION006>, DIRECCION007 <mailto: DIRECCION007>, DIRECCION008 <mailto: DIRECCION008>, DIRECCION009, y DIRECCION010) para solicitarles que activaran la cámara web de sus respectivas computadoras mostrándose en ropa interior o desnudas, convenciéndolas tras ganarse su confianza simulando ser una joven lesbiana llamada María Dolores de una agencia de modelos, para lo que había creado el correspondiente perfil con alusión a dicho nombre, en orden a obtener informáticamente material comprometedor para la menor (como manifestaciones escritas sobre su orientación o vida sexual, imágenes en ropa interior o desnuda), que el acusado pudiera utilizar como palanca para doblegar su voluntad y forzarla a masturbarse en videoconferencia con él conforme a sus indicaciones, para su satisfacción sexual, de modo que les anunciaba que si no lo hacían colgaría en la Red o remitiría a los contactos de su interlocutora las conversaciones e imágenes de contenido sexual de ésta, doblegando de ese modo su voluntad y que atemorizadas cediesen a sus requerimientos.

Así el acusado, movido por su ánimo libidinoso, contactó con:

A) Agustina, nacida el NUM003-1998, y el 5 de mayo del 2013, tras negarse ésta a mostrarse desnuda, le dijo que si no lo hacía divulgaría entre los contactos y entorno de la menor la conversación que habían mantenido en el curso de la cual ésta había manifestado que le atraían las chicas, y que sus padres no lo sabían; pese a lo cual la menor no accedió a los requerimientos del acusado.

B) Clemencia, nacida el NUM004-1996, y el 7 y 8 de mayo del 2013, ella accede al requerimiento del acusado a mostrarse en ropa interior ante la cámara del ordenador para examinarla como posible modelo, y ante el posterior requerimiento del acusado de que se muestre desnuda en comportamiento sexual, la menor se niega, por lo que el acusado le dice que enviará las imágenes de ella, como en un anuncio porno, a la familia y amigos de la menor; pese a lo cual ésta no accede.

C) Enma, nacida el NUM005-1997, y el 30 de mayo del 2013, ella accede al requerimiento del acusado a mostrarse desnuda ante la web-cam bajo el engaño de prueba de modelaje, pero se negó a masturbarse ante la cámara, pese a la insistencia del acusado, por lo que entonces éste le dijo que si no lo hacía su familia, su colegio, y todos verían el video que había grabado de ella. Por lo que atemorizada ante dicha inminente posibilidad de difusión de las imágenes, la menor accedió, obedeciendo las indicaciones del acusado en la realización del video de la menor masturbándose, diciéndole el acusado que abriera las piernas, las subiese a la mesa, se quitase el sujetador, se quitase la braga, ordenándole que gimiese, y pusiese cara de placer, y que mostrase cómo se introducía los dedos en la vagina.

D) Margarita, nacida el NUM006-1998, y el 8 de junio del 2013, ella accede al requerimiento del acusado a mostrarse desnuda ante la web-cam bajo el engaño de prueba de modelaje, pero se negó a masturbarse ante la cámara, pese a la insistencia del acusado, por lo que entonces éste le dijo que si no lo hacía su familia verían un anuncio porno, refiriéndose al video que había grabado de ella. Por lo que atemorizada ante dicha inminente posibilidad de difusión de las imágenes, la menor accedió, obedeciendo las indicaciones del acusado en la realización del video de la menor masturbándose, diciéndole el acusado que gimiera, pusiera cara de gozo, el cabello hacia atrás, y que mostrase cómo se introducía los dedos en la vagina, respondiéndole a la menor que le decía que no lo había hecho nunca y que le dolía, que "tocate poco a poco por los lados..hasta qt mojes, y vas entrando poco a poco", que se pusiera en la cama y se enfocase bien, que abriese más las piernas, etc, manifestándole a la menor quien le preguntaba cuándo podía parar, que se estaba masturbando mirándola y que "cuando m corr acabamos cn esto joder". La menor no llegó a meterse los dedos en la vagina pero fingió que lo hacía.

E) Andrea, nacida el NUM006-1998, y el 11 de septiembre del 2013 ella accede al requerimiento insistente del acusado de que le mostrara su cuerpo y posó en sujetador ante la web-cam bajo engaño de prueba de modelaje, y posteriormente el día 24 de enero del 2014 el acusado, igualmente usando el perfil DIRECCION010 le envió un mensaje de texto en el "chat" diciendo "quieres ver tu video ¿?".

Segundo.

- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos al procesado Baldomero, como autor responsable de los siguientes delitos y a las siguientes penas:

1. Como autor de un delito de agresión sexual en grado de tentativa sobre Agustina, a la pena de tres meses y un día de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio con Agustina por el tiempo un año, tres meses y un día.

2. Como autor de un delito de agresión sexual en grado de tentativa sobre Clemencia, a la pena de seis meses y un día de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo

de la condena y la accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio con Clemencia por el tiempo un año, seis meses y un día.

3. Como autor de un delito de agresión sexual sobre Enma, la pena de seis años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio con Enma por el tiempo de siete años.

4. Como autor de un delito de agresión sexual en grado de tentativa sobre Margarita, las penas de 3 años y un día de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio con Margarita por el tiempo cuatro años y un día.

5. Como autor de un delito de abuso sexual sobre Andrea, la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de seis euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas y accesoria de prohibición de comunicarse por cualquier medio con Andrea durante doce meses.

6. Se impone al acusado la pena de prohibición de toda actividad que implique tener bajo su cuidado o custodia a menores de edad, durante 10 años.

7. Se impone al acusado la medida de libertad vigilada durante 10 años.

8. Se condena al acusado a que indemnice en concepto de responsabilidad civil a Agustina con la cantidad de 1.000 euros; a Clemencia en la cantidad de 1.500 euros; a Enma en la cantidad de 6.000 euros; a Margarita en la cantidad de 4.000 euros y a Andrea en la cantidad de 1.500 euros. Todas estas cantidades devengarán el interés legal del artículo 576 de la LEC.

9. Se condena al acusado al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de privación de libertad que le imponemos al acusado, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa."

Tercero.

- Notificada la sentencia, la representación procesal de Baldomero, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

- El recurso formalizado por Baldomero se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

Primero.

- Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia vulneración de los artículos 18 y 24 de la Constitución Española en lo que se refiere al derecho a la intimidad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones y la presunción de inocencia, el derecho de defensa, y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Segundo.

- Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia vulneración de los artículos 17, 18 y 24 de la Constitución Española en lo que se refiere al derecho a la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el derecho a la no autoincriminación, y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Tercero.

- Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, por ruptura de la cadena de custodia.

Cuarto.

- Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, derecho a un juez imparcial, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa y derecho a un proceso con todas las garantías.

Quinto.

- Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución Española respecto al derecho a un proceso con todas las garantías y del artículo 9.3 de la Constitución. respecto al principio de legalidad por no haberse cumplido con el requisito previo de procedibilidad prevista en el artículo 191 del Código Penal y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Sexto.

- Por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, al amparo de los artículos 849.1 y 852 Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24 de la Constitución, respecto al derecho a la presunción de inocencia.

Séptimo.

- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia aplicación indebida de los artículos 178 y 179 del Código Penal.

Quinto.

- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 5 de febrero de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 3 de junio de 2020 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

- 1. La sentencia de 17 de septiembre de 2018, dictada por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, ha condenado al recurrente por la comisión de tres delitos de agresión sexual en grado de tentativa, de un delito consumado de agresión sexual y de otro delito consumado de abuso sexual.

Frente a dicha sentencia se ha interpuesto el recurso de casación que vamos a examinar y en su primer motivo, invocando los artículos 849.1 y 852 de la LECrim, en relación con los artículos 18 y 24 de la Constitución, se alega que el auto de 18 de marzo de 2014, acordado por el Juzgado de Instrucción número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, por el que se acordó la entrada y registro en el domicilio del recurrente, es nulo por falta de motivación.

Este primer motivo de impugnación comprende distintas quejas sobre el auto habilitante que se concretan en las siguientes deficiencias: a) Falta de expresión de los indicios tomados en consideración para la adopción de la medida; b) Falta de identificación del autor; c) Falta de identificación de los moradores de la vivienda; d) Falta de identificación del domicilio y falta de coincidencia entre el domicilio reseñado en el oficio policial y el consignado en el auto judicial y realización del registro en un domicilio distinto del reseñado en la resolución judicial; e) Falta de identificación de los objetos que pueden ser objeto de incautación y f) Contradicción entre las fechas señaladas para la práctica de la diligencia.

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 12 proscribire las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la Ley contra las mismas. De forma similar se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone en el art. 8.1, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. También nuestra Constitución en su artículo 18.1 dispone que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada y registro podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

El reconocimiento de este derecho fundamental conlleva que no puede haber injerencia de la autoridad pública en el domicilio de las personas sin una previsión legal (artículo 53.1 CE). La ley puede, por tanto, limitar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria siempre que sea una medida necesaria para la protección de determinados

bienes de singular relevancia, entre los que se encuentran la prevención y represión de delitos graves (SSTC. 49/99 de 5 de abril, 166/99 de 27 de septiembre, 126/2000 de 16 de mayo, 14/2001 de 29 de enero y 202/2001 de 15 de octubre).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en congruencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, exige que la restricción de este derecho se realice por auto fundado (artículo 558 LECrim) y "cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros o papeles que puedan servir para su descubrimiento y comprobación" (artículo 546 de la LECrim).

El deber de motivar consiste en exteriorizar la concurrencia de los requisitos que exige la injerencia y plasmar el juicio de ponderación que necesariamente debe hacerse entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, de forma que se pueda comprender la necesidad de la medida (STC 37/1989 y 7/1994).

Como recuerda nuestra reciente STS 167/2020, de 19 de mayo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. En las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4; y 14/2001, de 29 de enero, FJ 8, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo.

El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y, de ser posible también, las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal.

Para acordar la injerencia no bastan simples sospechas, se exigen indicios. Profundizando en esa distinción hemos señalado, en congruencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, que las sospechas que pueden servir de fundamento a la injerencia no son simples hipótesis subjetivas sino que deben estar apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y en segundo lugar, han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. También hemos dicho, precisando lo anterior, que no es necesaria la aportación de pruebas acabadas, ya que en tal caso no sería necesaria la diligencia, sino sospechas con una base objetiva, que precisen confirmación a través de la diligencia. En definitiva, la intervención telefónica no puede servir para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal. Quedan, por tanto, fuera de toda cobertura, las intervenciones de carácter prospectivo, basadas en simples sospechas y no en una investigación previa con aportación de datos contrastados.

Se debe comprobar la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, es decir, debe existir una sospecha fundada (en el sentido antes expuesto) de que mediante el registro pueden encontrarse pruebas o que éstas pueden ser destruidas, todo ello unido a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro.

Dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Por último, hemos admitido la posibilidad de que, en ciertos casos, y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, sea posible complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida, incluso asumiendo las razones expuestas en éste (SSTC 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio). Cuando el órgano judicial no obra por propio impulso, estas últimas razones o motivos han de exteriorizarse en la solicitud, de tal modo que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, a la que hemos añadido la nota de "ser accesibles a terceros", en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí procede y tiene existencia ajena a los propios policías que solicitan la medida.

3.1 En el caso que ahora analizamos se denuncia la falta de expresión de los indicios que justificaron la injerencia. El recurrente no tiene razón. En el antecedente segundo del auto habilitante se hace referencia a las diligencias practicadas para la identificación del domicilio desde el que se tuvieron las conversaciones entre el autor y la menor cuyo padre denunció los hechos, lo que permite acudir por remisión al oficio policial en el que se solicitó la diligencia.

En dicho oficio se da cuenta de la identificación del número de teléfono correspondiente a la IP de los correos utilizados para las comunicaciones ilícitas y se identifica el domicilio de la titular de ese número de teléfono. Se informa que en este domicilio también vivía el hijo de la titular, Baldomero, cuyo nombre tenía parcial coincidencia con los de los correos electrónicos utilizados por el sospechoso (DIRECCION006 <mailto: DIRECCION006> y DIRECCION007 <mailto: DIRECCION007>).

Por otra parte, en el propio auto se hace referencia explícita a las conversaciones del investigado con la menor denunciante y con otras jóvenes, cuya transcripción obra a los folios 4 a 8, 18 a 22 y 53 a 141 de las actuaciones.

La resolución judicial, después del análisis de la información que se desprende de tales conversaciones concluye afirmando que el autor suele utilizar nombres femeninos con la idea de engañar a las víctimas y hacer más fácil su actividad, manteniendo un inicial contacto para, acto seguido, derivar la conversación a otros foros donde llevar a cabo su conducta delictiva. Se argumenta en la fundamentación jurídica que el autor se hacía pasar por mujer vinculada con el mundo de la moda, embaucando a sus víctimas para que le remitieran fotografías personales con el cuerpo desnudo o con poses de contenido sexual a fin de utilizar posteriormente esas fotos exigiéndoles nuevas conductas.

Por lo tanto, en el auto impugnado se expresan los indicios existentes contra el sospechoso, debiéndose destacar que la solicitud de entrada y registro vino precedida de una importante labor de investigación policial por lo que la petición policial tenía su fundamento en datos ya contrastados, muchos de los cuales ya eran conocidos por el juez y figuraban en las actuaciones.

3.2 En lo referente a la identificación del titular de la vivienda afectada conviene recordar que no es un requisito de obligada exigencia. El artículo 558 de la LECrim dispone que "el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar". No indica como requisito ineludible la identificación del autor, entre otras razones, porque no siempre se conoce cuando se acuerda la diligencia.

Sobre esta cuestión esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse y en la STS 17/2014, de 28 de enero, citada en la sentencia de instancia, y en la que se refieren otros precedentes como las SSTS 637/1995, de 10 de mayo y 347/2012, de 25 de abril, se declara que el art. 558 LECrim no requiere que el auto de entrada y registro consigne el nombre del titular del domicilio, sino que se exprese de forma concreta el edificio o lugar cerrado en el que haya de verificarse. En igual sentido la STS 85/96, de 6 de febrero, precisa que la LECrim al regular la diligencia de entrada y registro encomienda al Juez la redacción del auto. La identificación del lugar que va a ser registrado parece hacerse en función de la titularidad domínical o arrendataria o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda, pero no es necesario que se consigne en dicho auto el nombre del titular del domicilio, pues no lo exige la Ley. Es suficiente con que no haya duda sobre la localización material de la vivienda de tal manera que la descripción de su ubicación en el callejero, la numeración que le corresponde y la planta y letra que lo identifica, son elementos que no deben faltar en el mandamiento judicial. Por tanto la plena identificación del titular de la vivienda no resulta imprescindible para excluir la legitimidad de la medida que, recayendo sobre sospechosos relacionados en el domicilio, se orienta a una completa identificación, u otorgar relevancia constitucional a cualquier error sobre la identidad del titular.

En el caso que centra nuestra atención es cierto que en el auto impugnado no se hizo constar la identidad del titular de la vivienda investigado en las diligencias pero también lo es que en el oficio policial que sirvió de base a la autorización judicial y que completa el auto autorizante se indicó (folio 154) se exponía que la titular del número de teléfono utilizado para las comunicaciones ilícitas era una mujer que residía en el domicilio cuyo registro se interesaba y que residía junto a su hijo, el ahora recurrente, cuyos datos de identidad eran parcialmente coincidentes con los nombres utilizados en los correos electrónicos utilizados para realizar esas comunicaciones.

La investigación policial identificó a la titular de la vivienda y a su hijo, este último como sospechoso del hecho investigado e interesó la entrada y registro de su domicilio. Por tanto, hubo una completa identificación del sospechoso, ahora recurrente, y de su domicilio y el simple dato de que ese nombre no figurara en el auto autorizante no invalida la decisión judicial ni constituye per se una deficiencia. Por último y a mayor abundamiento, el interesado estuvo presente en la diligencia, según consta en el acta correspondiente obrante a los folios 223 y 224 de las actuaciones.

3.3 Se alega que en el auto no consta la identificación del domicilio, que no hay coincidencia entre los domicilios reseñados en el oficio policial y en el auto y que el registro se llevó a efecto en un domicilio distinto del consignado en la resolución judicial.

No asiste razón al recurrente, que aprovecha lo que no es más que un error material para cuestionar la legalidad de la diligencia, que se practicó sin incidencia alguna derivada de una supuesta e inexistencia falta de identificación de la vivienda.

En el oficio policial se interesó la entrada y registro en la vivienda sita en la AVENIDA000 número NUM002 de Alicante, en la que residía Eva, junto con su hijo Baldomero. El auto se reseñó el mismo domicilio, añadiendo la letra del piso, para una más correcta identificación del inmueble, si bien el número de la vivienda se expresó en numeral en vez de en ordinal. En el auto puede leerse como domicilio de registro AVENIDA000 número NUM002 de Alicante.

Se produjo un error material y lo cierto es que con los datos consignados en el auto judicial se podía identificar de forma completa la vivienda, no sólo por sus datos físicos sino por la identidad de sus moradores, lo que permitió llevarla a efecto sin incidencia alguna, no en otro domicilio, como interesadamente se afirma en el recurso, sino en el domicilio designado judicialmente, una vez salvado el error material a que se acaba de hacer mención.

3.4 Se censura el auto porque no se identifican los objetos susceptibles de incautación. Frente a una afirmación de esa naturaleza cabe objetar que no siempre se conoce ex ante qué objetos hay en la vivienda relacionados con la investigación por lo que no se puede exigir que el auto concrete esos objetos por lo que basta una reseña genérica. En caso analizado el auto identificó con suficiencia el tipo de objeto susceptible de incautación y, por contraste el tipo de objeto que debía quedar excluido de toda injerencia. Señala el auto que la autorización se refería a la "inspección superficial de equipos informáticos o dispositivos/medios de almacenamiento digital o analógico, incluyendo terminales de telefonía móvil, documentación, anotaciones personales, correspondencia electrónica y otros". Por tanto, la queja no tiene fundamento.

3.5 Por último, se señala como vicio invalidante la reseña en el auto de dos fechas para la práctica de la diligencia. Es cierto que el fundamento cuarto se señaló para la práctica de la diligencia y por razones de operatividad el día 19 de marzo de 2014 y que en la parte dispositiva se señaló el siguiente día 20 de marzo pero no alcanzamos a comprender la relevancia de esta discrepancia ni la necesidad de una especial motivación para el cambio de fechas. Suponemos que se trata también de un simple error material carente de relevancia alguna.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Segundo.

- 1. En el segundo motivo del recurso y utilizando igual vía casacional que en el motivo anterior se denuncia la vulneración del derecho a la libertad personal, inviolabilidad del domicilio, presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a la no autoincriminación y derecho a un proceso con todas las garantías, invocando los artículos 17, 18 y 24 de la Constitución.

Se censura la detención del investigado porque no fue identificado como tal en el auto de entrada y registro y porque no constan las razones que sirvieron de soporte a esa privación del derecho a la libertad. A juicio de la defensa, la actuación policial debería haberse limitado a la práctica de la diligencia de entrada y registro y, solo en función de su resultado, podría resultar procedente la detención. Al haberse practicado la detención antes de la diligencia de entrada y registro, sin autorización judicial, y al no haberse informado al detenido de los hechos que justificaban su privación de libertad (folio 258), la detención deviene nula, según se consigna en el recurso, y esa nulidad debe extenderse a las pruebas que tengan con la misma relación directa o indirecta. Se alega, en fin, que en la causa no hay referencias al recurrente como investigado y no hay constancia siquiera de sospechas de que hubiera cometido infracción penal y también que se vulneró el derecho de defensa porque el investigado de forma voluntaria dio a conocer a los agentes de policía las claves de acceso a su ordenador y a sus cuentas de correo sin estar presente el abogado de oficio que se le había designado. La obtención de las claves se produjo después de un interrogatorio realizado sin la presencia de letrado y sin que fuera advertido de su derecho a no declarar.

Ya hemos justificado en el anterior fundamento jurídico que el sospechoso fue identificado en auto judicial por referencia al contenido del oficio policial en el que se solicitó la entrada y registro, en el bien entendido que ese dato no es imprescindible ni exigido por la ley para la regularidad de la diligencia, y también hemos justificado que en la resolución judicial se identificaron los indicios que justificaban la injerencia.

Sin embargo el cumplimiento de estos requisitos tiene exclusivamente relevancia para la diligencia de entrada y registro. La detención del investigado tiene otro fundamento legal.

La policía judicial venía desarrollando una investigación que permitió el acopio de evidencias para imputar al recurrente un delito contra la libertad e indemnidad sexual de una menor. Hasta ese momento las evidencias eran las siguientes: a) Denuncia del padre de una menor (folios 1-2); b) Contenido de una conversación en la que el autor se hace pasar por mujer, embauca a la menor y mediante engaño le insta a realizar prácticas sexuales (masturbación) a través de internet, con visualización de tales prácticas; c) Mediante investigación con las compañías proveedoras de servicios se toma conocimiento de otras conversaciones con otras jóvenes, que pueden ser menores (folios 35 a 142) y a través de la identificación de los correos electrónicos utilizados se llega a la localización del terminal utilizado por el autor y a la identificación del propio autor y su domicilio.

Esos indicios, antes y al margen del resultado del registro domiciliario, eran de suficiente entidad para proceder a la detención del sospechoso, inmediatamente después de su localización.

De conformidad con el artículo 492.4 de la LECrim la Policía Judicial tiene facultades para detener a cualquier persona cuando se tengan motivos racionalmente bastantes para creer que se ha cometido un delito y que la persona en cuestión ha tenido participación en él. Y, en el caso contemplado, no ofrece duda que por el contenido de las conversaciones, confirmatorias de la solidez y veracidad de la denuncia inicial, existían sólidos indicios de la posible comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores, por lo que la detención del sospechoso estaba justificada y amparada en las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que fuera necesario un auto judicial habilitante, ya que la citada ley autoriza a la policía para efectuar por su propia autoridad esta limitación del derecho a la libertad.

También se reprocha que el detenido no fuera informado de los hechos determinantes de su detención, afirmación que resulta contradictoria con lo que se deduce del contenido de las diligencias, de cuyo contenido y veracidad no hay razones para dudar. Al folio 191 de las actuaciones consta que el detenido fue informado de su detención por un delito contra la libertad e indemnidad sexual y de sus derechos constitucionales y al folio 258 consta el acta correspondiente, firmada por el interesado. Además, a los folios de 259 y siguientes se hace constar también que fue informado de las razones de su detención, de los hechos que se le imputaban y de los derechos que le asistían, en presencia de su Letrado y sin que éste hiciera objeción o protesta alguna sobre ese extremo.

Por lo tanto, esta queja no puede ser estimada.

Tercero.

- 1. Por último, en el segundo motivo del recurso se denuncia la vulneración del derecho de defensa y se censura la actuación policial alegando que el recurrente, una vez que había sido detenido, fue objeto de un interrogatorio en el que dio a conocer las claves de acceso a su equipo informático sin la presencia de su Abogado. Por su importancia esta queja merece un tratamiento diferenciado y más extenso que las dos anteriores.

Hablar de interrogatorio en este caso es un exceso que no tiene soporte probatorio alguno. Lo ocurrido fue que el investigado colaboró voluntariamente con la policía durante el registro comunicando las claves de acceso a su ordenador (folio 248).

La policía, una vez conocido este dato, procedió a un análisis superficial de los objetos existentes en el domicilio para decidir cuáles incautaba, ya que el auto judicial obligaba a intervenir sólo los que tuvieran relación con los hechos investigados, y procedió al cambio de claves para un análisis posterior de la información contenida en el equipo informático. El análisis superficial estaba autorizado por auto de 18/03/2014 (folios 161-166) y el volcado y análisis de la información alojada en los efectos intervenidos fue autorizado por posterior auto de 02/04/2014 (folio 210).

La cuestión a determinar es si se precisa asistencia letrada, en caso de que el investigado esté detenido, para comunicar voluntariamente a la policía las claves de acceso a los equipos informáticos.

2. Como primera aproximación a las circunstancias de este caso conviene señalar que la actuación policial se produjo en un contexto de vacío normativo y de incertidumbre. En marzo de 2014 la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contenía ninguna previsión sobre esta cuestión.

Esa situación ha cambiado y actualmente en el Libro II, Título VIII, Capítulo VIII, en los artículos 588 sexies a) a c), se regula el "Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información". El artículo 588 sexies c) 5 en su párrafo primero habilita a las autoridades encargadas de la investigación para ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos contenidos en el mismo que faciliten la información necesaria para acceder a estos datos, bajo apercibimiento de desobediencia, con la excepción de que ese acto de colaboración constituya una carga desproporcionada.

Sin embargo, en el párrafo segundo se contiene la excepción a esa regla al establecer que "esta disposición no será aplicable al investigado o encausado, a las personas que están dispensadas de la obligación de declarar por razón de su parentesco y a aquellas que, de conformidad con el artículo 416.2, no pueden declarar en virtud de secreto profesional".

Por tanto ni en el texto actualmente vigente ni en el anterior se establece que para comunicar voluntariamente las claves de acceso de los equipos informáticos a la policía se precise la asistencia de Abogado. Lo único que dice ahora la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que cualquier persona está obligada a proporcionar a los investigadores las claves de acceso de un equipo informático bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia, salvo el investigado y las personas dispensadas de declarar por razón de parentesco o de secreto profesional. Por tanto, la pregunta que ahora nos hacemos no tiene una respuesta expresa en la LECrim.

3. Para abordar el análisis de esta cuestión debemos hacer una precisión previa para evitar confusiones. El acceso al contenido de la información alojada en un equipo informático requiere una habilitación judicial específica, distinta de la concedida para una entrada y registro. Lo dijo antes la jurisprudencia y lo dice ahora la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El actual artículo 588 sexies a) de la LECrim dispone:

"1. 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.

2. 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".

El acceso a la información contenida en un ordenador precisa de una justificación singularizada y distinta de la que se exige para una entrada y registro en domicilio, bien en el mismo auto, bien en resoluciones independientes. Un ordenador no es una simple pieza de convicción ocupada en un registro. Tiene una naturaleza distinta y la doctrina de esta Sala anterior a la reforma legislativa de 2015 así lo había declarado en una línea doctrinal constante.

Citaremos por su claridad la STS 342/2013, de 17 de abril, en la que se puede leer lo siguiente:

"(...) 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 esencialmente 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 tutela 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 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. Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante (...)".

En ese mismo sentido se han pronunciado, entre otras muchas la STC 173/2011, de 7 de noviembre y SSTS 864/2015, de 10 de diciembre y 342/2013, de 17 de abril.

4. En recurso se sostiene que, en caso de detención y para la comunicación voluntaria a la policía de las claves de acceso a los equipos informáticos es necesaria la asistencia letrada, tal y como ocurre, por ejemplo, para consentir la entrada y registro en el domicilio, citando en apoyo de su tesis la STS 1080/2005, de 29 de septiembre o la STS 508/2015, de 27 de julio, que se refieren a este último supuesto.

Es cierto que en una línea jurisprudencial consolidada, de la que es exponente la STS 440/2018 de 04 de octubre, que cita otras anteriores (SSTS 1803/2002, de 4 de noviembre, 261/2006, de 14 de marzo y 719/2013, de 9 de octubre), venimos afirmando que en las diligencias de entrada y registro domiciliario el consentimiento a que se refiere el artículo 545 de la LECrim debe haber sido otorgado consciente y libremente lo que, a su vez, exige "(...) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; y si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial (...)".

En la STS 1053/2013, de 30 de septiembre, se justificó esta exigencia señalando que esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar a su derecho a la inviolabilidad y también a la articulación de su defensa en el proceso penal, que exige estar convenientemente asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza (STS 2-12-1998). También justifica esa exigencia afirmando que si falta el abogado no puede considerarse plenamente libre el consentimiento por lo que ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o "la coacción que la presencia de los agentes de la actividad representan" STS. 831/2000 de 16 de mayo).

Por lo tanto, si el interesado en situación de detención consiente libremente el registro de su domicilio está permitiendo la injerencia en ese espacio de privacidad, especialmente protegido (artículo 18 CE), de ahí que la presencia del abogado sea necesaria no sólo para asegurar que su decisión ha sido libremente prestada sino para asegurar que tiene conocimiento suficiente de la trascendencia procesal de su decisión. La autorización que preste puede ser decisiva para su estrategia de defensa, por lo que la intervención del abogado resulte insustituible.

Sin embargo estimamos que no tiene la misma trascendencia comunicar voluntariamente las claves de acceso a un equipo informático. Por hacer un símil que permita visualizar la diferencia, no es lo mismo entregar las llaves para que se pueda acceder a un domicilio, que entrar y registrar ese domicilio. La entrega de llaves es un acto previo que facilita la entrada y que evita que se tenga que acudir a otros medios (forzamiento de cerradura, por ejemplo), pero la afectación del derecho a la inviolabilidad del domicilio se produce cuando se entra en él y se registra.

Lo mismo ocurre con la entrega de las claves. La entrega voluntaria de las claves facilita el acceso a la información ya que, en otro caso, habrá de acudirse a otros procedimientos para conseguir el acceso, pero esa entrega voluntaria no autoriza a que la policía acceda a la información alojada en el ordenador. Para esto último se precisa autorización judicial. Por lo tanto, la trascendencia del acto de colaboración es distinta en un caso que en otro, lo que ha de tener reflejo en las exigencias que deban cumplirse en cada supuesto.

Hay una serie de exigencias que derivan de la propia naturaleza del acto y de su funcionalidad dentro del proceso, que han sido expresadas por esta Sala para el registro domiciliario (SSTS 440/2018, de 4 de octubre, 1803/2002, de 4 de noviembre, 261/2006, de 14 de marzo y 719/2013, de 9 de octubre, entre otras) y que también son exigibles para la comunicación voluntaria de las claves a la policía y que son:

a) El acto de comunicación debe ser consciente y libre, lo que exige que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase y que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial. Deber ser prestado en condiciones de serenidad y libertad ambiental.

b) Puede ser verbal o por escrito, pero debe quedar reflejo en el atestado mediante la correspondiente diligencia.

c) Puede ser expreso o tácito, mediante actos propios, de colaboración o de no oposición que revelen de modo inequívoco la voluntad del sujeto, ya que las dudas sobre el consentimiento presunto habrán de resolverse en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona.

d) Debe ser realizado por el titular o usuario del equipo informático afectado y en relación a un asunto concreto del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.

e) En el caso de que la cesión voluntaria de las claves de produzca en el contexto de una diligencia de entrada y registro y para cumplimiento de las previsiones establecidas en el auto judicial habilitante, será necesaria la presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

f) Por último, no es requisito imprescindible que, en caso de detención, la cesión voluntaria de las claves se haga a presencia de Letrado y no lo es porque la ley no lo exige y porque la manifestación del detenido tiene un alcance muy limitado y no supone per se una injerencia en el derecho a la intimidad, ya que para acceder al contenido de la información alojada en el ordenador no basta con el consentimiento del interesado sino que se precisa autorización judicial. Sin embargo, la asistencia de Letrado es muy recomendable y es expresión de una buena práctica porque aleja toda sombra de sospecha sobre las condiciones en que se produjo esa comunicación. Ya hemos dicho que la colaboración del detenido debe ser, en todo caso, libre, voluntaria y ajena a presiones ambientales, por lo que la presencia de Letrado y la ausencia de protesta en la práctica de la diligencia será un indicador de suma relevancia para evitar toda controversia posterior.

5. Proyectando estas consideraciones al presente caso no procede acceder a la nulidad pretendida por lo siguiente:

a) Según consta en el acta de entrada y registro la comunicación de las claves se hizo en presencia del Letrado de la Administración de Justicia.

b) No consta ni se ha alegado que hubiera ningún tipo de intimación en la obtención de la colaboración, ni que se realizara en un ambiente de coacción ambiental.

c) La solicitud y entrega de claves se hizo en el contexto de una entrada y registro autorizada judicialmente al único objeto de realizar una inspección superficial de los ordenadores para determinar los que debían ser objeto de incautación, dado que el auto judicial habilitante (folios 165) sólo permitía la intervención de los elementos (ordenadores, soportes informáticos, terminales de telefonía móvil, etc.) que tuvieran relación directa o indirecta con las actividades investigadas, lo que exigía ese previo examen superficial.

d) La entrega de claves no permitía a la policía el volcado y análisis de la información. Estas actuaciones fueron específicamente autorizadas con posterioridad mediante auto de 2 de abril de 2014.

Cuando el investigado comunicó a la policía las claves de acceso a su ordenador, atendidas las circunstancias expuestas, no resultó lesionado su derecho de defensa, ni su derecho a no declarar. El investigado conocía el alcance de la diligencia, no hay indicio alguno que la colaboración se produjera en un contexto coactivo, se hizo en presencia de Letrado de la Administración de Justicia y no tenía como finalidad permitir el acceso al contenido de la información, sino el más limitado de comprobar si los instrumentos existentes en el domicilio tenían o no relación con la investigación, para proceder a su incautación. El acceso y análisis de la información no dependió de esa colaboración, sino de una autorización judicial posterior.

Por tanto, la queja no puede tener favorable acogida.

Cuarto.

- 1. Por el mismo cauce casacional se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías invocando la nulidad de las pruebas informáticas obtenidas en el curso de la entrada y registro ya que se afirma la discordancia entre el material intervenido y el material posteriormente analizado.

En síntesis se alega lo siguiente: a) Fue analizado un terminal telefónico de la marca Samsung que no consta intervenido en la diligencia de registro; b) No coincide el modelo del ordenador portátil intervenido y posteriormente analizado y tampoco hay coincidencia absoluta en el número de serie puesto que en el que figura en la diligencia de registro falta un 7 y no consta que el ordenador tuviera un disco duro, que es precisamente lo que es objeto de pericia; c) Tampoco hay coincidencia en la identificación de la memoria USB intervenida, ya que en el registro consta que se dice simplemente que se interviene una memoria USB de 2 GB, mientras que en el informe pericial se habla de una memoria USB de la marca Kinstonong, modelo Datatraveler G2.

2. Decíamos en las SSTS 587/2014, de 14 de julio y 508/2015, de 27 de julio, que, efectivamente, la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y también a la presunción de inocencia.

Resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco acerca de qué fue lo realmente analizado. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías (En igual sentido STS 167/2020, de 19 de mayo). Señala esta última sentencia que en el caso de acreditarse fractura de tal cadena de custodia, dada la naturaleza instrumental de esta garantía, solo tiene el efecto de expulsar el inventario probatorio de cargo tal resultado ante la acreditada duda de que fuese la misma, sin perjuicio de que a través de otras pruebas independientes, pueda llegarse a la certeza de la existencia de tal prueba. En este sentido conviene también recordar la reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal -STS 350/2014, de 29 de abril, con citación de otras-, según la cual, cuando lo que se sostiene es la actuación ilícita de unas autoridades es exigible algo más que una sospecha carente de fundamento. El derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte quiere arrojar una sospecha de incorrección.

3. De acuerdo con las consideraciones expuestas y volviendo a las concretas circunstancias de este caso deben hacerse las siguientes precisiones:

a) La intervención del teléfono Samsung utilizado por el recurrente no se produjo en la diligencia de entrada y registro, por lo que la ausencia de mención de esta incautación en el acta de esa diligencia no es una deficiencia formal que permita poner en cuestión la cadena de custodia de ese objeto. Según consta al folio 248 de las actuaciones, ese teléfono fue intervenido en el momento de la detención y bajo la cobertura del artículo 770.3 de la LECrim que permite a la policía judicial por sí recoger y custodiar los efectos, instrumentos o pruebas del delito cuya desaparición pueda temerse. La intervención del teléfono tuvo reflejo en el correspondiente atestado policial, por lo

que ninguna objeción puede hacerse al procedimiento seguido por la policía y a la debida constancia de la intervención del teléfono.

b) En relación con la intervención del ordenador consta que, si bien es cierto que la nominación del modelo en el acta de la diligencia de entrada y registro (folios 223-224) y en el informe pericial (folio 351) es distinta, no ocurre lo mismo con la marca y el número de serie, dato este último de singular valor identificativo y de mayor relevancia en cuanto individualiza de forma absoluta el aparato. En ambos documentos se declara que se trata de un ordenador de la marca Sony y que su número de registro es 545120730000137. Frente a lo que se afirma en el recurso no es cierto que exista discordancia alguna en este número, por lo que las dudas sobre la identificación de este objeto carecen de solidez.

c) Se afirma que en la diligencia de entrada y registro no se identificó el disco duro del ordenador, cuestión que carece de trascendencia dado que en dicha diligencia el ordenador no fue desmontado, actuación que llevaron a cabo los peritos, tal y como se deduce de su declaración en el juicio, por lo que la deficiencia que se atribuye a la actuación policial no es tal.

d) En relación a la identificación de la memoria USB intervenida en la diligencia judicial se menciona marca y modelo, este último con la expresión Datatraveler 26B y en el informe pericial se señala lo mismo pero en cuanto al modelo se describe como Datatraveler G2. Hay coincidencia en marca y modelo genérico aunque una pequeña diferencia en la identificación del dispositivo dentro de ese modelo, dudas que son suficientes para estimar que exista una correcta identificación del objeto pero que no evidencian incorrección alguna en la actuación policial. En cualquier caso la deficiente identificación de este instrumento resulta irrelevante porque en este dispositivo no se encontró ningún dato de interés para la investigación (folio 353).

Como conclusión de cuanto se acaba de exponer, la queja del recurrente sobre la cadena de custodia de los objetos intervenidos carece de fundamento. Han sido objeto de análisis pericial los mismos objetos que fueron intervenidos en la diligencia de entrada y registro. Las diferencias en la identificación de los objetos carecen de relevancia por cuanto se refieren a aspectos no esenciales y porque los peritos y agentes policiales han ofrecido explicaciones suficientes sobre el procedimiento seguido en el traslado y depósito de los objetos intervenidos.

El motivo se rechaza.

Quinto.

- En el cuarto motivo y utilizando el mismo cauce casacional que en los motivos precedentes se afirma la nulidad del informe pericial identificado como V0010F14 (folios 441 a 443) porque fue realizado por un solo perito, el policía nacional NUM007. Se dice también que el citado informe, una vez que fue impugnado por este motivo, fue objeto de ratificación por otro policía nacional (agente número NUM008) que no aceptó y juró el cargo, que no intervino en su realización, que carece de competencia para realizar el peritaje y cuya declaración no debió ser admitida.

Esta queja no es la primera vez que se plantea (SSTS 26/02/1993, 161/2004, de 9 de febrero, 779/2004, de 15 de junio, 1070/2004, de 24 de septiembre y 935/2006, de 2 de octubre).

En este caso el informe pericial presentado (V0104IF14) fue ratificado por dos agentes (folio 811) y en el juicio oral, a petición del Ministerio Público, fue ratificado por el agente que lo elaboró y por otro que compareció a instancias del Ministerio Fiscal. El hecho de que el informe fuera elaborado por un solo agente no convierte en innecesaria la ratificación de otros agentes del mismo grupo, a fin de ofrecer cualesquiera explicaciones sobre el método utilizado y sobre cualquier otro aspecto de interés para la valoración del informe. Por otra parte, en el recurso no se ha formulado tacha u objeción sobre el contenido del informe, sobre sus premisas o método y sobre sus conclusiones, ni sobre la competencia técnica de los peritos. La queja se limita a censurar el peritaje porque no fue realizado por dos peritos, circunstancia que por sí sola no permite cuestionar el informe ni impide que sea tomado en consideración como prueba de cargo.

El motivo se desestima.

Sexto.

- En el quinto motivo del recurso se denuncia la vulneración del derecho a un proceso justo por no haberse cumplido con el requisito de procedibilidad de denuncia previa, previsto en el artículo 191 del Código Penal.

El citado precepto exige denuncia del perjudicado o de su representante legal para proceder por los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales pero añade que, en caso de que sean menores, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

La exigencia de este requisito de procedibilidad no refleja una posición pacífica de la doctrina ya que hay opiniones muy fundadas que consideran que debería desaparecer, despojando a estos delitos de su naturaleza semiprivada.

En cualquier caso desde antiguo la jurisprudencia de esta Sala viene flexibilizando su exigencia. Así, se ha declarado que no es necesaria una denuncia escrita y formal, bastando con una comunicación verbal (STS

272/2001, de 19 de febrero). En esa misma dirección y según recuerda la reciente STS 340/2018, de 6 de julio, haciéndose eco de pronunciamientos anteriores (SSTS 96/2009, de 10 de marzo o 705/2016, de 14 de septiembre), debe tenerse por cumplido este requisito cuando el perjudicado se persona en las actuaciones para ejercer la acusación o cuando, conociendo la existencia del proceso, no se opone al mismo. También se ha dicho que la mera anuencia pasiva a la prosecución del proceso, convalida la inexistencia de denuncia inicial (STS 1341/2000 de 20 de noviembre) e incluso que la renuncia a las acciones civiles por el representante legal del menor no erosiona la legitimidad de la condena (STS 131/2013, de 20 de febrero).

La STS 340/2018, de 6 de julio explica las razones de este criterio. La denuncia es fuente de conocimiento del delito pero cuando se constituye en requisito de procedibilidad es esencialmente una manifestación de voluntad, que expresa la disposición del perjudicado, de su representante legal o del Ministerio Fiscal a que la acción penal se lleve a efecto. Cuando la noticia criminis ha llegado a conocimiento del Juzgado por vía distinta de la denuncia o sin la denuncia de todos los perjudicados (situación esta última que es la que acontece en el presente procedimiento), la falta de denuncia formal se subsana o convalida si hay constancia de que el perjudicado muestra su consentimiento con la continuación del proceso penal, exteriorizando con su conducta procesal esa voluntad. En tal caso, como señala la STS 694/2003, de 20 de junio, no es necesaria una denuncia formal.

En el presente caso el proceso se inició por denuncia del padre de una de las menores (folios 1-2). Todos los menores han comparecido en el proceso y en el juicio, han colaborado con la investigación y no han mostrado objeción alguna a la continuación del proceso. Y por último, el Ministerio Fiscal ha intervenido en el desarrollo del proceso y ha ejercido la acción penal formulando y manteniendo la acusación. Por lo tanto y de acuerdo con la doctrina que se acaba de reseñar el requisito de procedibilidad de denuncia previa ha sido cumplido.

El motivo es inviable.

Séptimo.

- 1. En el motivo sexto del recurso y con cita de los artículos 849.1 y 852 de la LECrim se invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la pretensión que anima al motivo no es cuestionar la valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia sino acreditar que no ha existido una mínima actividad probatoria válida que permita desvirtuar la presunción de inocencia. A tal fin se destaca que ninguna de las menores vio a la persona con la que entablaron conversación y que presuntamente las amenazó; en el ordenador intervenido al recurrente no se encontraron imágenes pertenecientes a las menores; no consta que éste entablara contacto con otras menores; al haberse intervenido un ordenador portátil es posible que perteneciera a otra persona y no consta que dicho ordenador fuera del acusado; se destaca también que ninguna de las cuentas de correo con el nombre de " Baldomero" fue utilizada para contactar con menores.

2. Existencia, licitud, suficiencia y racionalidad en el proceso de su valoración. Estos son los presupuestos que enmarcan el ámbito de conocimiento de esta Sala ante la alegación casacional de menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Constatada la ausencia de cualquier ilicitud surgida de la posible vulneración de los principios que legitiman la actividad probatoria, nos incumbe valorar la existencia de verdadera prueba de cargo, esto es, su suficiencia. Pues bien, la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal.

3. En el presente caso las pruebas que fundamentan la declaración de culpabilidad han sido varias. De un lado, la declaración de las menores, cuyo testimonio ha sido valorado como verosímil, por la ausencia de circunstancias que pudieran dar lugar a sospechas sobre móviles espurios en sus manifestaciones y porque declararon cada una de ellas y en relación con sus hechos de forma coincidente. De otro lado, la declaración de la agente policial responsable del grupo de delitos tecnológicos que ha explicado el desarrollo de la investigación, iniciada a partir de la declaración del padre de una de las menores, lo que permitió identificar al autor, al que se le ocupó el ordenador intervenido y que estaba en su habitación. También han declarado los agentes policiales que intervinieron en la diligencia de entrada y registro y confirmaron la localización de los objetos intervenidos en la habitación del recurrente y consta en las actuaciones el informe pericial elaborado tras el estudio de la información contenida en los dispositivos intervenidos.

Al margen de las declaraciones de las menores, que han relatado lo que a cada una de ellas sucedió y cómo el autor las engañó, las embaucó y, posteriormente las amenazó para conseguir sus propósitos de contenido sexual, la vinculación del acusado con esos hechos ha sido establecida valorando las declaraciones de los agentes policiales y sus indagaciones durante la fase de investigación y tomando en consideración el contenido del informe pericial realizado a partir del estudio de los terminales informáticos intervenidos.

La sentencia de instancia establece dicha vinculación con el siguiente razonamiento:

"La policía nacional n.º NUM009, jefa del grupo de delitos tecnológicos explicó en el acto del juicio como tras la denuncia del padre de Enma se comienza la investigación y se descubre que la persona que contacta con

Enma también lo hace con otras menores. Llegan al domicilio del acusado, la titular de la dirección IP es la madre del acusado, el ordenador cuyo disco duro es objeto del informe pericial, se encuentra en la habitación de éste, al menos dos de las cuentas que se utilizan tienen el nombre del acusado, DIRECCION006 y DIRECCION007, si bien también utiliza otras cuentas y perfiles.

Luego estando plenamente acreditado a través de la prueba testifical de Margarita, que es un hombre el que contacta con ella; de la Jefa de grupo de delitos tecnológicos que declaró en el acto del juicio y de los demás policías que también declararon en el plenario que la investigación lleva a la dirección IP del domicilio del acusado donde vive con su madre y que el autor además de con Enma contacta con varias menores; de la testifical de los policías que realizaron el registro y del acta de entrada y registro que acredita que el ordenador intervenido estaba en la habitación del acusado; y a través de la prueba pericial que recupera el historial de conversaciones de chat, de lista de contactos, etc. de las cuentas a través de las cuales se contacta con las menores; la conclusión lógica y sin ninguna duda es que es el acusado Baldomero el autor de los hechos objeto de acusación."

Como puede advertirse, por más que las menores no llegaran nunca a ver al autor, el juicio de autoría se ha establecido a partir de los registros de las comunicaciones y de los registros de los terminales utilizados por el sospechoso, estos últimos identificados como los existentes en la habitación del acusado. El razonamiento seguido por el tribunal se ajusta a criterios de razonabilidad, de forma que la participación del recurrente ha sido establecida con un grado de certeza sólido y suficiente y más allá de toda duda razonable.

El motivo se desestima.

Octavo.

- 1. En el alegato séptimo y último del recurso y por el cauce del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la aplicación indebida de los artículos 178 y 179 del Código Penal.

La infracción de ley que se reprocha a la sentencia de instancia se articula a través de varios argumentos.

En primer lugar se afirma que no puede hablarse de libertad sexual en el caso de una persona menor de edad y esa es la razón por la que el Código Penal contiene una regulación específica para menores en el artículo 183 del CP. Dado que ese precepto en la fecha en que ocurrieron los hechos sólo preveía su aplicación a menores de 13 años y que las jóvenes a que se refiere este caso eran mayores de esa edad pero menores de 18 años entiende el recurrente que el hecho es atípico, en tanto que el autor no puede ser condenado por un delito contra la libertad sexual porque las jóvenes afectadas eran menores de edad, pero tampoco puede ser condenado por un delito contra la indemnidad sexual porque no eran menores de 13 años.

En segundo lugar considera también inaplicable el artículo 189.4 CP porque dicho precepto ha sido derogado y no consta que las menores sufrieran menoscabo en su evolución o en el desarrollo de su personalidad.

En tercer lugar estima el recurrente que los hechos no pueden ser calificados como delito de agresión sexual porque cuando el Código Penal habla de tener acceso carnal o introducir miembros corporales supone que se trata de que una persona distinta de la víctima introduzca sus miembros corporales u objetos en las cavidades vaginal o anal de la víctima y en ningún caso si esa acción es llevada a cabo por la propia víctima.

Y, por último, se considera que en el caso enjuiciado no existió intimidación suficiente lo que excluye, a juicio de la defensa, la aplicación de los artículos 178 y 179 del Código Penal.

2. La contestación a esta queja debe abordarse sin entrar en el análisis de criterios de subsunción que la sentencia no ha realizado y que introduce ex novo el recurso, como la aplicabilidad al caso de los artículos 183 y 184 del Código Penal. Centramos nuestro análisis, por tanto, en el juicio de tipicidad realizado por la sentencia para determinar si es o no correcto.

En este contexto el recurso plantea dos cuestiones: De un lado, sostiene que Ley Orgánica 1/2015 ha aumentado a 16 años la edad de consentimiento sexual y teniendo en cuenta que las menores tenían entre 13 y 16 años cuando ocurrieron los hechos el autor no puede ser sancionado aplicando los artículos 178 y 179 CP porque estos preceptos sancionan exclusivamente los "atentados contra la libertad sexual", de la que carecen los menores, y tampoco puede ser sancionado a través del artículo 183 CP porque ese precepto sólo era aplicable a los menores de 13 años al tiempo de producirse los hechos.

El Código Penal, atendiendo tanto a la libertad sexual de las personas que pueden prestar consentimiento como a la indemnidad sexual, que tiene un contenido más amplio, siempre ha protegido a los menores de los atentados de que pudieran ser víctimas.

El error de planteamiento del recurso estriba, en que establece una incompatibilidad entre la libertad sexual y la indemnidad sexual. Este último bien jurídico ha sido definido como "el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual respecto del cual no está en condiciones de consentir y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y sexualidad ". (STS 398/2015, de 17 de junio). Aunque algunos sectores doctrinales consideran que libertad sexual e indemnidad sexual son bienes jurídicos autónomos y diferenciados, lo cierto es que en la indemnidad sexual también está en juego la libertad personal, al menos en su faceta negativa, en la facultad de exclusión que a toda persona ampara, incluidos a los menores, de someterse a un acto sexual que no quiere, de no verse involucrado, activa o pasivamente en conductas de contenido sexual que

no quiere. Por lo tanto, la Ley Orgánica 1/2015 ha ampliado la protección penal reforzada hasta los 16 años lo que no significa que los menores de entre 13 y 16 años hayan perdido la protección que les brindaba los tipos generales de agresiones y abusos sexuales.

La segunda cuestión que plantea el motivo es determinar si en los casos enjuiciados hubo intimidación, ya que la defensa entiende que en este punto la sentencia no acierta al apreciar ese elemento coactivo.

En todos los casos (salvo los hechos referidos a Andrea) se intentó o consiguió vencer la resistencia de las menores bajo la advertencia de que si no hacían la conducta requerida difundiría las imágenes o el vídeo como un anuncio porno o de otra forma entre amigos y familiares. En alguna ocasión el anuncio consistía en que diría a sus padres detalles sobre sus inclinaciones sexuales.

La intimidación consiste en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual. Como recuerda la STS 355/2015 de 28 de mayo, que cita a su vez la 609/2013 de 10 de julio, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la actuación concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).

Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala (SSTS 381/97 de 25 de marzo, 190/1998 de 16 de febrero y 774/2004 de 9 de febrero, entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

En palabras de la STS 834/2014 de 10 de diciembre la intimidación deberá vencer la voluntad contraria de la víctima, y se cometerá agresión sexual en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer (SSTS 70/2002 de 25 de enero y 578/2004 de 26 de abril). Como recuerda STS 667/2008 de 5 de noviembre, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 05 de abril de 2000, de 22 de septiembre de 2000, 9 de noviembre de 2000, 25 de enero de 2002, 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002). Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Y añade que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor.

En el presente caso, salvo en lo que se refiere a la menor Andrea, el relato de hechos probados describe que las menores accedieron a realizar lo requerido por el autor por el anuncio de un mal que, en las circunstancias de las jóvenes, tenía la suficiente gravedad como para amedrentarlas. Ciertamente es que en unos casos el autor consiguió su propósito y en otros no, lo que evidencia que el anuncio del mal era de la suficiente intensidad, atendida la edad y circunstancias de las jóvenes, para la consecución de sus fines o, al menos, para la realización de un intento serio. En estos cuatro casos no hubo falta de consentimiento, sino anulación o intento de anulación de la resistencia de la menor bajo la amenaza de difundir sus imágenes y su participación en los hechos entre familiares y amigos. Consideramos que nada cabe objetar a que en estos hechos se haya apreciado la existencia de una intimidación idónea para vencer la resistencia de las víctimas.

3. A partir de las anteriores consideraciones generales debe hacerse un análisis particularizado del juicio de tipicidad que realiza la sentencia respecto de las cinco acciones enjuiciadas conjuntamente, lo que obliga a recordar el ámbito casacional en el que se desenvuelve esta queja.

Siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, "el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado"

4.1 En referencia a la menor Agustina, el relato fáctico declara que "tras negarse ésta a mostrarse desnuda, le dijo que si no lo hacía divulgaría entre los contactos y entorno de la menor la conversación que habían mantenido

en el curso de la cual ésta había manifestado que le atraían las chicas, y que sus padres no lo sabían; pese a lo cual la menor no accedió a los requerimientos del acusado".

La sentencia de instancia ha calificado el hecho como delito de agresión sexual en grado de tentativa del artículo 178 CP. Esa calificación jurídica plantea la cuestión de si la intimidación para que una mujer se desnude constituye o no un atentado contra la libertad sexual, según la expresión utilizada por el artículo 178 del Código Penal.

Según el Diccionario de la RAE atentar es una agresión contra la integridad física o moral de una persona. En el caso de la libertad sexual se entiende por atentado la realización de una acción proyectada sobre el cuerpo de una persona que suele traducirse en tocamientos impúdicos o contactos corporales de variada índole encaminados a despertar la sexualidad. Pero la conducta típica no se agota en esas acciones. Como señala la STS 1397/2009, de 29 de diciembre, "(...) el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. La acción de atentar contra la libertad sexual de otro, existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse, y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual la obtenga éste tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ella lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre, y que por lo mismo integra un verdadero atentado a su libertad sexual (...)"

De acuerdo con el criterio constante de este tribunal los hechos a que nos venimos refiriendo han sido correctamente calificados en la sentencia de instancia, por lo que la queja del recurrente no es atendible.

También se alega que Agustina no dio mucha importancia a lo sucedido y no le afectó que la amenazara con divulgar que le gustaban las chicas por lo que la tentativa debe castigarse con la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado. Esta última queja carece de justificación ya que se ha impuesto por este delito la pena inferior en dos grados.

4.2 Sobre la menor Clemencia dice el juicio histórico que "ella accede al requerimiento del acusado a mostrarse en ropa interior ante la cámara del ordenador para examinarla como posible modelo, y ante el posterior requerimiento del acusado de que se muestre desnuda en comportamiento sexual, la menor se niega, por lo que el acusado le dice que enviará las imágenes de ella, como en un anuncio porno, a la familia y amigos de la menor; pese a lo cual ésta no accede".

Esta conducta fue calificada por el mismo delito y con la misma pena que el hecho anterior y, dada su similitud, le son de aplicación las mismas consideraciones, por lo que la queja del recurrente no puede ser acogida.

4.3 Respecto de Margarita dicen los hechos probados que "ella accede al requerimiento del acusado a mostrarse desnuda ante la web-cam bajo el engaño de prueba de modelaje, pero se negó a masturbarse ante la cámara, pese a la insistencia del acusado, por lo que entonces éste le dijo que si no lo hacía su familia verían un anuncio porno, refiriéndose al video que había grabado de ella. Por lo que atemorizada ante dicha inminente posibilidad de difusión de las imágenes, la menor accedió, obedeciendo las indicaciones del acusado en la realización del video de la menor masturbándose, diciéndole el acusado que gimiera, pusiera cara de gozo, el cabello hacia atrás, y que mostrase cómo se introducía los dedos en la vagina, respondiéndole a la menor que le decía que no lo había hecho nunca y que le dolía, que "tócate poco a poco por los lados...hasta qt mojes, y vas entrando poco a poco", que se pusiera en la cama y se enfocase bien, que abriese más las piernas, etc, manifestándole a la menor quien le preguntaba cuándo podía parar, que se estaba masturbando mirándola y que "cuando m corr acabamos cn esto joder". La menor no llegó a meterse los dedos en la vagina pero fingió que lo hacía".

En la sentencia de instancia se ha calificado este hecho como un delito consumado de agresión sexual, imponiendo la pena de 3 años y 1 día de prisión.

La intimidación para conseguir que una joven se masturbe ante la cámara y a la vista del agresor constituye un atentado contra la libertad sexual cuya subsunción en el artículo 178 CP, vigente al tiempo de los hechos, es plenamente ajustada a derecho. La queja se desestima.

4.4 En el caso de la menor Enma dice el relato fáctico que "ella accede al requerimiento del acusado a mostrarse desnuda ante la web-cam bajo el engaño de prueba de modelaje, pero se negó a masturbarse ante la cámara, pese a la insistencia del acusado, por lo que entonces éste le dijo que si no lo hacía su familia, su colegio, y todos verían el video que había grabado de ella. Por lo que atemorizada ante dicha inminente posibilidad de difusión de las imágenes, la menor accedió, obedeciendo las indicaciones del acusado en la realización del video de la menor masturbándose, diciéndole el acusado que abriera las piernas, las subiese a la mesa, se quitase el sujetador, se quitase la braga, ordenándole que gimiese, y pusiese cara de placer, y que mostrase cómo se introducía los dedos en la vagina".

Estos hechos han sido correctamente calificados como delito de agresión sexual, tipificada en los artículos 178 y 179 CP imponiendo la pena mínima prevista en la ley (seis años de prisión) y tampoco procede objeción alguna porque se trata de un atentado con penetración vaginal. La sentencia de instancia argumenta la calificación descrita en los siguientes términos:

"En este caso el acusado, haciéndose pasar como una mujer empleada de una firma de moda, le dijo que posara en ropa interior, luego que se la quitara y luego que metiera el dedo por la vagina y que no parara porque si no hacía lo que decía publicaba por Internet la grabación que tenía de ella. La menor hizo lo que le dijo el acusado, tal y como relató en el acto del juicio; manifestando su padre que la niña estaba muy nerviosa porque el acusado la había amenazado con divulgar una foto que tenía de ella con medio cuerpo desnudo".

4.5 Por último, en cuanto a Andrea dice el relato fáctico que "ella accede al requerimiento insistente del acusado de que le mostrara su cuerpo y posó en sujetador ante la web-cam bajo engaño de prueba de modelaje, y posteriormente el día 24 de enero del 2014 el acusado, igualmente usando el perfil DIRECCION010 le envió un mensaje de texto en el "chat" diciendo "quieres ver tu video¿?"

Estos hechos la sentencia los califica de abuso sexual en grado de tentativa, tipificado en los artículos 182.1 y 66 CP estimando que el autor pretendió que la menor posara en sujetador mediante engaño. La calificación realizada se ajusta a las previsiones legales sin que las objeciones planteadas por la defensa puedan tener favorable acogida.

Por cuanto antecede el motivo debe ser desestimado.

Noveno.

- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por don Baldomero contra la sentencia de 16 de septiembre de 2018 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

2.º Condenar al recurrente al pago de las costas procesales causadas por el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García

Ana María Ferrer García

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.