

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065408

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 694/2020, de 15 de diciembre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 671/2019

SUMARIO:

Abuso sexual. Corrupción de menores. Red social Tuenti. Secreto de las comunicaciones. Derecho a la intimidad. Protección de datos. El acusado realizaba sus propuestas de mantener relaciones sexuales por precio a menores de edad en la red social Tuenti, por la que fue condenado como autor de veinticinco delitos de corrupción de menores tres delitos de corrupción de menores de trece años, dos delitos continuados de corrupción de menores y otros dos de abuso sexual, corrupción de menores y un delito de exhibicionismo y provocación sexual.

El acusado alega injerencia, que no proviene de las autoridades estatales, ni de tercero ajeno al proceso comunicativo, sino del propio administrador del servicio de la red social transferido a la policía.

La inspección del contenido de las comunicaciones, realizada por la red social respecto de las conversaciones de un usuario de su webchat, no conlleva quebranto de derecho fundamental si media consentimiento de este usuario. Las peculiaridades del servicio prestado por la red social Tuenti, tampoco impedía que el examen del contenido que el usuario hiciera llegar por cualquier medio a la web y si se detectase ilícito, fuera transferido a las autoridades policiales y judiciales, en caso de haber prestado los usuarios concernidos consentimiento a ello, de manera libre, específica, informada e inequívoca.

El problema en este caso es determinar si hubo ese consentimiento, que en este caso se prestó conforme método expresamente prevista en la Directiva 2002/58/CE al poder darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet. El acusado prestó su consentimiento de manera libre, específica e informada de modo inequívoco, al clicar la aceptación de las condiciones de uso en la web.

La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia. En cuya consecuencia no cabe revisar en casación la interpretación del contrato realizada por la Audiencia Provincial.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 181, 185 y 187.

Constitución Española, arts. 18 y 24.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 17.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), art. 7.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), arts. 6.1 y 8.

Código Civil, arts. 1.281 a 1.286.

Código de Comercio de 1885, art. 57.

Ley Orgánica 15/1999 (Protección de Datos de Carácter Personal), art. 3 h).

Reglamento (UE) 2016/679 (Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

Ley Orgánica 3/2018 (Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales).

PONENTE:*Don Andrés Palomo del Arco.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don ANDRES PALOMO DEL ARCO

Doña SUSANA POLO GARCIA

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 694/2020

Fecha de sentencia: 15/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 671/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN, SECCIÓN PRIMERA

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

Transcrito por: HPP

Nota: ATENCIÓN: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NUMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS)

RECURSO CASACION núm.: 671/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 694/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Susana Polo García
D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y por error en la apreciación de la prueba número 671/2019, interpuesto por el acusado D. Justo representando por el Procurador D. Ignacio Gómez Gallegos bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Vergara Pérez y la acusación particular D^a Ruth representada por el Procurador D. Ignacio María Batllo Ripoll bajo la dirección letrada de D. Antonio González Romero, contra la sentencia núm. de fecha 29 de octubre de 2018 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón en el Rollo de Sala 4/2017.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D^a Tamara , representada por la Procuradora D^a Marina de la Villa Cantos bajo la dirección letrada de D^a M^a del Pilar González Rodríguez, D^a Valle representada por la Procuradora D^a Paloma Izquierdo Labrada bajo la dirección letrada de D. Jesús Manuel Fernández Martínez y D^a Marí Jose representada por la Procuradora D^a Paloma Izquierdo Labrada bajo la dirección letrada de D^a M^a Victoria Calderón Alonso.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de DIRECCION001 instruyó Sumario número 1/2016, por delitos de corrupción de menores, abuso sexuales a menores y exhibicionismo, contra Justo; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, cuya Sección Primera (Rollo Sumario núm. 4/2017) dictó Sentencia número 301 en fecha 29 de octubre de 2018 que contiene los siguientes hechos probados:

" Justo, mayor de edad, en cuanto nacido el NUM000 de 1978, carente de antecedentes penales, y de nacionalidad italiana, abrió una cuenta en la red social "TUENTI" con el nombre " Abelardo", con número de usuario NUM001, utilizando también en ocasiones los pseudónimos " Amadeo" 0 " Ángel", y el correo electrónico Abelardo. DIRECCION002 su número de teléfono el NUM002. Desde la citada cuenta, el acusado, con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos, contactó con unas 365 chicas menores de edad a las que ofreció dinero, regalos u otras prebendas a cambio de mantener relaciones sexuales con él. Concretamente, en lo que a este proceso respecta cometió los siguientes hechos:

I. En el año 2013 Justo contactó por medio de la red social de Internet "Tuenti" y vía aplicación de mensajería instantánea "WhatsApp", ofreciendo dinero a cambio de tener relaciones sexuales con él a las siguientes menores: Montserrat, Nicolasa, Rebeca, Alejandra, Amalia, Amparo, Ángeles, Begoña, Caridad, Fátima, Felisa, Filomena, Florinda, Gabriela, Margarita, Isidora, Josefa, Juliana, Nieves, y Lorenza, constanding que las citadas menores declinaron su solicitud.

En junio o julio de 2013 contactó por las mismas vías con la menor Mariana, que le dijo que tenía 13 ó 14 años. El acusado le ofreció unos 200 o 300 euros a cambio de que realizarle una felación y de masturbarle, pidiéndole también que le mandara fotografías de ella desnuda, y ofreciéndole más dinero si llegaban a tener relaciones sexuales completas o si se tragaba el semen tras la felación. A raíz de estos hechos llegaron a quedar un fin de semana para realizar los actos sexuales que le pedía el acusado, pero finalmente la menor recapacitó y no acudió a la cita.

De igual modo contactó con la menor Africa, de 17 años en el momento de los hechos, entablando varias conversaciones donde la menor le contó las dificultades económicas que tenía. Aprovechándose de tal circunstancia, el acusado le ofreció dinero a cambio de relaciones sexuales, o incluso le ofreció ganar dinero a cambio de tener relaciones sexuales con terceras personas. La menor en algún momento pensó aceptar ante la insistencia del acusado pero no se materializó el encuentro.

En el verano de 2013 contactó, de idéntica forma con la menor Apolonia, quien en esa fecha tenía 16 años y le ofreció tener sexo a cambio de dinero, más de 300 euros por acto sexual. Como la menor en esa época estaba atravesando una mala racha económica llegaron a negociar diferentes precios, pero la menor finalmente declinó la petición y no llegaron a quedar.

De igual modo el acusado contactó a través de la red social referida el año 2013 con Consuelo, quien en el momento de los hechos tenía 16 años, a la que también ofreció tener relaciones sexuales con él a cambio de dinero, llegando a concertar un encuentro que nunca se materializó. En el seno de estas conversaciones el acusado iba variando las cifras que ofrecía a tenor de las diferentes prácticas sexuales que proponía a la menor, llegando en una ocasión a comentarle que le daría unos 1000 euros por quedar con él una vez a la semana o incluso la de ganar dinero mensualmente si montaban un piso donde tener relaciones sexuales con terceras personas.

El acusado contactó a través de la red social "tuenti" con la menor Tamara, que tenía 13 años en el momento de los hechos, y así se lo hizo saber al acusado, quien lejos de cesar en su conducta le insistió en quedar y ofrecerle dinero a cambio de tener relaciones sexuales con él, llegando a ofrecerle 600 euros si se desnudaba y más dinero por tener relaciones sexuales.

II. El acusado también contactó vía la red social "tuenti" con Francisca, quien en el momento de los hechos tenía 12 años, y le ofreció dinero a cambio de tener relaciones sexuales. Francisca le comentó que tenía 12 años y el acusado persistió en su ofrecimiento, llegando a realizarle multitud de ofrecimientos de dinero en una misma semana, y le pidió que le mandara fotografías de ella desnuda a cambio de dinero, a la vez que le mandó una fotografía de un desnudo masculino, diciéndole que era de él, sin que la menor atendiese a sus peticiones.

De igual modo Justo contacto vía Tuenti con Miriam, que en ese momento contaba con 12 años, y le ofreció dinero a cambio de tener relaciones sexuales con ella. A pesar de ser conocedor de la edad, pues la menor se lo refirió en múltiples ocasiones, el acusado seguía en su actitud, preguntándole si era virgen y ofreciéndole dinero a cambio de tener sexo con él o que le mandara fotografías de ella desnuda o con ropa sexy.

También contactó, de idéntica forma y ánimo con Otilia, quien en el momento de los hechos tenía 12 años, y le ofreció dinero a cambio de tener relaciones sexuales. Como quiera que la menor le dijo la edad que tenía, el acusado le preguntó si era virgen e insistió en tener relaciones sexuales con ella, proponiéndole quedar algún día.

Ninguna de ellas aceptó las propuestas del acusado.

III. Asimismo, el acusado contactó con la menor Valle través de Tuenti, quien tenía entonces la edad de 15 años, y le propuso tener relaciones sexuales a cambio de dinero, cuestión que aceptó la menor al estar atravesando su familia una mala situación económica. Por ello, el acusado le propuso encontrarse con ella en un piso y tener relaciones sexuales a cambio de 250 euros. Una vez coincidieron en el citado piso, sito en DIRECCION004, el acusado intentó penetrar vaginalmente a la menor llegando a introducir su pene, aunque no en su totalidad, y la menor le realizó una felación, recibiendo por ello 100 euros. El acusado propuso a la menor mantener relaciones sexuales con terceras personas a cambio de dinero, llegando incluso a proponerle tener relaciones sexuales con más de una persona a la vez.

- El acusado también contactó con la menor Zaida, que en ese momento tenía recién cumplidos los 14 años, y a través de la red social tuenti le ofreció tener relaciones sexuales con él a cambio de dinero. Así, llegaron a concertar un primer encuentro en las afueras de la localidad de DIRECCION005, donde el acusado recogió a la menor en su vehículo. Una vez en él, la menor le realizó una felación, eyaculando el acusado en su boca, mientras el acusado le tocaba por debajo de la ropa, entregándole Justo a cambio 30 euros, unas gafas de sol y un paquete de tabaco.

Tras estos hechos el acusado le propuso a Zaida realizar un trío con otra amiga, y así le daría más dinero a ella, acudiendo al lugar la menor junto a su amiga Ruth. Ambas subieron al vehículo del acusado, y Zaida le realizó una felación, eyaculando él en la boca de la menor, que recibió 50 euros por ello, sin que tuviera relaciones con la otra menor.

Tras estos hechos, el acusado seguía proponiéndole quedar a la menor a cambio de dinero, llegando incluso a ofrecerle montar un trío con otras personas, o incluso le propuso que él alquilaría una casa y que ella fuera unas cuantas horas allí para mantener sexo con terceras personas, que gracias a ello se podría ganar más de 3.000 euros al mes y él se encargaría de llevarle personas al piso para que ella mantuviera las relaciones sexuales, llegando también a ofrecerle dinero si ella le conseguía otras menores para que él pudiera tener relaciones sexuales. De esa cuantía de 3.000 euros que podían ganar, el acusado le refirió que ella se llevaría 2000 euros y él se quedaría con 1.000.

La menor en el momento de estos hechos tenía invalidado el consentimiento y era especialmente vulnerable; ya que no era consciente de las consecuencias que se derivaban, de sus actos. La menor en la actualidad, y a tenor de los hechos referidos necesita atención psicológica ya que los mismos han afectado negativamente en su evolución.

- El acusado también a través de la red social "tuenti" se puso en contacto con Ruth, quien tenía 14 años, y le propuso que le realizase una felación a cambio de 180 euros. Como la menor necesitaba dinero por diferentes problemas que ya había expresado al acusado, llegó a quedar con él y con su amiga Zaida en los hechos relatados anteriormente, sin que en esa ocasión la menor tuviera relaciones sexuales con él.

En el mes de julio de ese año, volvió a quedar el acusado con la menor, esta vez a solas, y la llevó en su vehículo a la DIRECCION010 de DIRECCION005 donde la menor le realizó una felación, llegando el acusado a eyacular en su boca, quien tras ello sufrió varias arcadas por ello. Como a la menor le hacía falta el dinero volvió a quedar al menos en tres ocasiones más en el mismo camino para realizar los mismos hechos. En otra ocasión, sin que conste acreditado el día, el acusado la llevó a una casa que tenía, sita en el DIRECCION009 de Castellón, y le quitó la ropa, la menor accedió por que necesitaba el dinero, y tras llevarla a la habitación tuvo relaciones sexuales con ella, llegando el acusado a penetrarla y realizándole ésta una felación posterior. Estas relaciones sexuales, en las que el acusado le ofreció la posibilidad de sufragarle una pastilla para que no se quedara embarazada, se produjeron en múltiples ocasiones, en los meses de julio a septiembre y en diferentes lugares, percibiendo la menor unos 100 euros aproximadamente por vez, e incluso le acompañaba el acusado a ciertas tiendas para que se comprara ropa.

La menor también le manifestó que necesitaba dinero para poder pagar una indemnización que debía por un accidente, llegando el acusado a ofrecerse a darle el dinero si seguían manteniendo relaciones sexuales, que si ella se dejaba que mientras le realizaba una felación, él le cogiera del cabello y que se tragara todo el semen, y que realizaran diferentes prácticas sexuales que a la menor le parecieran "asquerosas".

El acusado ofreció a la menor la posibilidad de montar él un piso, donde ella acudiría a tener sexo con terceras personas que buscaría él, y a cambio de eso ganaría muchísimo dinero, cosa que la menor no aceptó.

- El acusado también quedó con la menor Marí Jose, quien tenía 16 años de edad, a través de la red social "tuenti" y del servicio de mensajería instantánea "WathsApp", haciéndose pasar por una persona llamada Ángel. En dichas conversaciones, la menor le comentó la delicada situación económica que estaba atravesando su familia y el acusado le propuso tener relaciones sexuales a cambio de dinero, llegando a quedar un día con el acusado y Ruth en el centro comercial la DIRECCION007 de Castellón, donde el acusado les dio dinero a ambas para que se

compraran ropa. Ese mismo día por la noche volvieron a quedar con el acusado quien les llevó a la DIRECCION010 de DIRECCION005 y una vez allí la menor le realizó una felación, mientras el acusado le tocaba sus partes íntimas insistiéndole en tener relaciones sexuales completas, momento en el cual el acusado llegó a penetrar a la menor. La menor a cambio de estos hechos recibió del acusado ropa, 80 euros y un teléfono blackberry.

Estas cuatro menores, Marí Jose, Ruth, Zaida y Begoña no podían prestar consentimiento válido, pues no eran conscientes de las consecuencias que se derivaban de sus actos, y eran especialmente vulnerables atendidas sus circunstancias personales. Estos hechos les han afectado negativamente en su evolución, habiendo precisado tratamiento psicológico".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"I. Que, debemos condenar y condenamos a Justo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal como autor responsable de:

1º De veinticinco delitos de corrupción de menores del art 187. 1 y 5 C.P., a la pena de un año de prisión por cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de doce meses con una cuota diaria de ocho euros.

2º De tres delitos de corrupción de menores de trece años del art. 187.1, 2 y 5 CP a la pena de cuatro años de prisión por cada uno de ellos, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3º De dos delitos continuados de corrupción de menores previstos en el art 187. 1 y 5 C.P. y 74 CP la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses con una cuota diaria de ocho euros.

4º De los dos delitos continuados de abuso sexual sancionados en el art 181.1, 2 y 4 y 74 del C. P. vigente en la fecha de los hechos, a la pena de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

5º De los dos delitos de corrupción de menores del art 187. 1 y 5 C.P. a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 meses con una cuota diaria de ocho euros.

6º De los dos delitos de abuso sexual del art 181.1, 2 y 4 del C. P. vigente en la fecha de los hechos, a la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, al amparo del art. 57 procede acordar la prohibición de aproximación a menos de 300 metros de, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por él, y de comunicarse con el mismo por cualquier medio durante un plazo de DIEZ AÑOS, contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

7º Por el delito de exhibicionismo y provocación sexual del art. del art. 185 CP la pena de multa doce meses, con una cuota diaria de ochos euros.

II. Acordamos la prohibición a Justo de aproximarse a Valle, Zaida, Ruth y Marí Jose, acercarse a ellas, a su domicilio, lugares de trabajo, y a cualquier otro frecuentado por las mismas a menos de 500 metros, así como la prohibición de comunicarse con ellas por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, todo ello por un tiempo superior a 10 años del tiempo por el que se le hubiere impuesto la condena.

III. Imponemos a Justo la medida de libertad vigilada de 10 años de duración, que se ejecutará con posterioridad a las penas privativas de libertad, y la inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier profesión u oficio relacionado con menores por el tiempo de 6 años.

IV. En concepto de responsabilidad civil derivada de los delitos, condenamos a Justo a indemnizar a Ruth, Marí Jose y Zaida en 20.000 euros. Estas cantidades devengarán los intereses legales del art. 576 de la LEC.

V. En orden a la protección de la intimidad de las víctimas y sus familiares queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas, o de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

Se aprueba el auto de insolvencia provisional dictado por el Instructor.

VI. Se imponen al acusado las costas del juicio, incluidas las ocasionadas a las acusaciones particulares.

Abónese al acusado el tiempo de privación de libertad sufrido en esta causa, así como las comparecencias apud acta realizadas a razón de un día de privación de libertad por cada diez presentaciones.

Notifíquese de conformidad con lo previsto en el art. 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre y al art. 789.4 LECR a las víctimas de los delitos, o a sus legales representantes si fuesen menores, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Cúmplase lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Tercero.

La Audiencia Provincial de Castellón, Sección Primera en el Rollo Sumario 4/2017, con fecha 16 de noviembre de 2018 dictó auto aclarando la sentencia en el que constan los siguientes Antecedentes de Hecho y parte dispositiva:

"ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Esta Sección Primera dictó sentencia el pasado 29 de octubre de 2018, habiendo detectado el Tribunal algunos errores de redacción que conviene subsanar".

"PARTE DISPOSITIVA

Que, rectificamos los apartados I. 3º, 4º, 5º y 6º del Fallo de la sentencia nº 301 de 29 de octubre de 2018 en el sentido de que las penas que contienen se imponen por cada uno de los delitos por los que se condena al acusado, y en el apartado I.6º se suprime la mención relativa a la prohibición de aproximación y comunicación, puesto que ya se recoge en el apartado II".

Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal del acusado D. Justo y de la acusación particular Dª Ruth, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Quinto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las partes recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

Recurso de Justo:

Motivo Primero. Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr, y 5.4 LOPJ. Vulneración del art. 18.3 CE, garante del derecho al secreto de las comunicaciones. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos, art. 7 de la Carta Fundamental de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales. Y de infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECr. por aplicación indebida de artículo de Ley sustantiva arts. 1281 a 1286 del código civil español, en relación con la Ley Penal (Código penal).

Motivo Segundo. Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr, y 5.4 LOPJ. Vulneración del art. 24.2 CE, garante del derecho a la presunción de inocencia; y de infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr. por aplicación indebida de artículo 14 del CP, al apreciarse el conocimiento del condenado de la edad de las menores.

Motivo Tercero. Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECr, y 5.4 LOPJ. Vulneración del art. 24.2 CE, garante del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y de infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr. por aplicación indebida de artículo 21.6 del CP, al no haber sido considerada la atenuante de dilaciones indebidas.

Motivo Cuarto. Por error apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECr, basados en documentos que demuestran el error de la Audiencia Provincial (dicho sea con el debido respeto y términos de defensa).

Recurso de Ruth:

Motivo Único. Al amparo del artículo 849-2ª de la LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, presentaron escritos de impugnación al recurso del condenado, a través de sus respectivos representantes legales D^a Ruth, D^a Tamara y D^a Mari Jose; D^a Valle solicita la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación; el Ministerio Fiscal en escrito de 8 de julio de 2019 solicitó la inadmisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885 1º y 2º Ley de Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, la desestimación; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 9 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La representación procesal de Justo, recurre en casación la sentencia núm. 301/18 de fecha 29 de octubre de 2018 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón en el Rollo de Sala 4/2017, que le condena como autor de: i) veinticinco delitos de corrupción de menores del art 187. 1 y 5 CP; ii) tres delitos de corrupción de menores de trece años del art. 187.1, 2 y 5 CP; iii) dos delitos continuados de corrupción de menores previstos en el art 187. 1 y 5 CP; iv) dos delitos continuados de abuso sexual sancionados en el art 181.1, 2 y 4; v) dos delitos de corrupción de menores del art 187. 1 y 5 CP; vi) dos delitos de abuso sexual del art 181.1, 2 y 4 CP; y vii) un delito de exhibicionismo y provocación sexual del art. del art. 185 CP.

1. El primer motivo que formula el condenado en la sentencia recurrida es por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, y 5.4 LOPJ, en concreto la vulneración del art. 18.3 CE, garante del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos, art. 7 de la Carta Fundamental de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales; y así mismo por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de artículo de Ley sustantiva, los arts. 1281 a 1286 del código civil español, en relación con la Ley Penal (Código penal).

2. Alega que DIRECCION006 (en adelante Tuenti) vulneró el secreto a las comunicaciones y a la intimidad personal sin control judicial alguno; pues carecía de habilitación (de amparo legal) para entrar a revisar los chats privados del condenado. Esos chats privados que entiende han servido como prueba esencial de cargo para el ejercicio de la acción penal, siendo en su criterio, su obtención ilícita, concluye que la consecuencia es que debe ser declarado nulo el Cd que aportó Tuenti con su denuncia inicial, donde se contenían mensajes privados realizados desde el chat de esa red social; esas conversaciones, que insiste, eran totalmente privadas y totalmente "secretas" para cualquier tercero ajeno.

Reitera la inexistencia de autorización judicial para que Tuenti examinara sus chats y muestra su disconformidad con que una vez la conversación finalizada, el descubrimiento de la misma afecte al derecho de la intimidad, pero no al secreto de las comunicaciones; y en todo caso, argumenta, que aún en el caso de estar ya el mensaje "abierto y leído" (chats privados), y habiendo acabado su iter y aceptando a los meros efectos dialécticos que ya no sean "secretos" siguen siendo íntimos, por lo que, asevera, se sigue precisando control judicial previo, cosa que no ha ocurrido cuando Tuenti ha aportado esos chats privados "enviados, abiertos y leídos por los usuarios de su red", pero que en todo caso (si no secretos) están en la esfera de la intimidad personal del que los envió.

Igualmente entiende insuficiente, las condiciones "contrato marco" de uso para que Tuenti, estuviera habilitada para acceder a los chats, sin autorización judicial. Y añade, que media conexión de antijuridicidad de toda prueba que deriva de Tuenti, en particular, las escuchas de las intervenciones telefónicas practicadas, la información que proporciona Tuenti como consecuencia del oficio de enero del 14 (Cd nº 2), y las exploraciones de las menores.

3. Sobre el contenido de las condiciones de uso establecidas por DIRECCION006.

3.1. Dentro de las condiciones de uso de Tuenti, aportadas a autos, el inicio precisa que "Tuenti es una plataforma social privada (en adelante también denominada ' Servicio') que facilita un espacio personal (en adelante ' Perfil') a través del que puedes facilitar o intercambiar información y establecer comunicación entre tus contactos y amigos"; y advierte casi a continuación que estas condiciones de uso, se aplican tanto al sitio web (bajo dominio tuenti) como a las aplicaciones móviles que Tuenti pone a disposición de los usuarios.

Entre otros particulares dentro del capítulo general referido a responsabilidades, se indica:

- Tuenti hará todo lo razonablemente posible para vigilar la legalidad de los contenidos, imágenes, opiniones y demás información que se comuniquen a través del Servicio y del sitio web. Sin embargo, al no ser posible el control absoluto de aquellos, tú serás el único responsable de la información, imágenes, opiniones, alusiones o contenidos de cualquier tipo que comuniques, alojes, transmitas, pongas a disposición o exhibas a través del sitio web; y, en concreto, serás el único responsable del mantenimiento de tu perfil, y de la información, imágenes, opiniones, alusiones o contenidos de cualquier tipo que comuniques, alojes, transmitas, pongas a disposición o exhibas en tu perfil.

- Podremos limitar la publicación en el Servicio de contenidos, opiniones, informaciones, comentarios, imágenes o dibujos que los usuarios de TUENTI nos hagan llegar, pudiendo instalar, si así lo entendiéramos oportuno, filtros a tales efectos. Lo anterior no supone, en modo alguno, la obligación de TUENTI de controlar los contenidos que puedan difundirse a través del Servicio, sino la voluntad de evitar, en la medida de lo posible, que a través de TUENTI puedan difundirse en la Red contenidos u opiniones que puedan ser considerados difamatorios, racistas, sexistas, xenófobos, discriminatorios, pornográficos, violentos o que, de cualquier modo contraríen la moral, el orden público o las buenas costumbres, o resulten claramente ilícitos o ilegales.

En la rúbrica de usos no permitidos, uno de los apartados del listado de prohibiciones indica:

- Usar el servicio para injuriar, difamar, intimidar, violar la propia imagen o acosar a otros usuarios.

Y advierte de las eventuales consecuencia de ese uso no permitido:

- En aplicación de lo recogido anteriormente TUENTI podría suspender o cancelar tu Perfil automáticamente sin previo aviso, y, en ningún caso, tal suspensión o cancelación te daría derecho a indemnización alguna. A todos estos efectos, te informamos que TUENTI podrá poner en conocimiento y colaborar oportunamente con las autoridades policiales y judiciales competentes si detectase cualquier infracción de la legislación vigente o si tuviera sospecha de delito o falta penal.

Y en la específica rúbrica de servicio chat, se indica:

- Sin perjuicio de lo anterior, el usuario se compromete a no incluir en los mensajes que envíe a través de sus distintas funcionalidades de la plataforma social privada Tuenti información o contenidos con finalidad comercial ni aquellos que pudieran ser de alguna manera contrarios a los derechos los de TUENTI y/o de terceros, a la ley, las buenas costumbres y/o a las presentes Condiciones de uso.

3.2 A partir de este contenido, ante la idéntica queja del acusado, la Audiencia respondió que era cuestión ya dirimida, con cita literal de resoluciones previas donde se había examinado ya esta cuestión: (...) "el propio imputado, como usuario de dicha red social Tuenti había consentido expresamente dicha observación en sus comunicaciones y había sido expresamente advertido de que, de detectarse algún comportamiento delictivo, se interpondría la correspondiente denuncia. (...) En efecto, las "Condiciones de uso" de Tuenti (ubicadas en la dirección <http://corporate.tuenti.com/es/legal>) son muy claras en cuanto a las prohibiciones y normas de buen uso del servicio, sino que sobre todo lo son con relación a las atribuciones que los usuarios reconocen al administrador del servicio con relación al control de la información y restantes contenidos difundidos por dicha red".

Y añadió, que la cuestión nuclear suscitada no se encuentra en la resolución judicial que autorizó la intervención telefónica, que en sí misma no ha sido cuestionada, sino en la entrega de las conversaciones mantenidas por el usuario de Tuenti " Abelardo" o " Amadeo" o " Ángel" con diversas menores. Es claro que se trata de un indicio que da lugar a la presentación de la denuncia que dio origen al presente procedimiento, no se trata de una actuación judicial sometida al régimen de protección del art. 53 de la Constitución, sino de una actuación de la compañía Tuenti amparada en el propio consentimiento del usuario. Así, el acusado aceptó las condiciones de funcionamiento de Tuenti entre las que se encontraba la posibilidad de control o fiscalización sobre su uso, no puede cuestionar ahora de modo aceptable una actuación que el mismo consintió libremente.

Reseñó además el paralelismo con el supuesto ahora regulado en el art. 579.4.b) de la modalidad de correspondencia donde se autoriza la inspección del contenido; así como que ese trata de conversaciones bilaterales, igualmente disponibles por sus destinatarios/emisores, los cuales han comparecido en el proceso y se muestran conformes con la incorporación del contenido de los mensajes intercambiados.

4. Antes de entrar en el examen del consentimiento afirmado en sentencia y cuestionado por el recurrente, hemos de destacar la extrema singularidad del caso de autos:

- la injerencia alegada, no proviene de las autoridades estatales, tampoco de tercero absolutamente ajeno al proceso comunicativo, sino del propio administrador del servicio de la red social, que también operaba como webchat, para intercambio de mensajes, tras el necesario acceso a la web por sus usuarios;

- su actuación se realiza con absoluta desconexión de toda sugerencia o indicación de agentes estatales, sino como puesta en práctica de las previsiones establecidas en las condiciones de uso de la red social, aceptadas por todos sus usuarios; y es una actuación reactiva a una denuncia, con el exclusivo fin, ciertamente de la aportación a las autoridades policiales o judiciales, pero por entidad que carece de todo interés en el proceso, que no sea la acreditación de una actuación delictiva; ello derivado tanto del deber de denunciar infracciones delictivas conocidas como la protección de los propios usuarios;

- las concretas condiciones de uso, obedecen a un determinado contexto sacionormativo (determinada edad para consentir el tratamiento de datos, esfuerzos de verificación, etapa anterior al Reglamento de 2016/679) y un determinado estadio tecnológico (el contenido de las conversaciones se almacenan en el propio administrador del servicio de la red social, en vez de los terminales de los usuarios, su utilización no precisaba descarga de programa adicional alguno, carecían de cualquier encriptación...); que a pesar del escaso tiempo transcurrido, han sufrido ya una gran evolución; e incluso se ha operado la conversión y desaparición de la propia red Tuenti;

- red social, como es notorio, entonces con gran predicamento entre jóvenes adolescentes de nuestro país, donde su utilización para la comisión de atentados contra la indemnidad sexual de estos usuarios, precisaba especial atención, como muestra, por citar ejemplos con múltiples víctimas, exclusivamente provenientes de esta Sala Segunda, el relato fáctico probado recogido en las sentencias núm. 174/2017, de 21 de enero; 268/2017, de 18 de abril; 777/2017, de 30 de enero; 83/2018, de 15 de febrero; 158/2019, de 26 de marzo; ó la 266/2020, de 29 de mayo.

5. Aunque no sea decisivo, para la resolución de esta cuestión, sí conviene precisar, que las conversaciones aportadas por la red social en su denuncia, obedecen a un proceso comunicativo finalizado.

Así, la STC 123/2002, de 20 de mayo, reitera el contenido de la 70/2002, de 3 de abril, que en su fundamento jurídico 9 precisa que "el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente" y que "la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos", de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.

Consecuentemente señala esta resolución que la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, "no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial" respecto del derecho a la intimidad personal.

Aunque advierte que también respecto del derecho a la intimidad personal rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien se admite de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas siempre que se observen las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre - proporcionalidad estricta.

Pero, ello, siempre que no medie consentimiento del interesado; y así la STC 173/2011, de 7 de noviembre, de modo inequívoco expresa que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio , FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio , FJ 3).

Doctrina que se reitera en la STC 7/2014, de 27 de enero, ó en la STC 135/2014, de 8 de septiembre, que expresa: hemos sostenido que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga, cuando menos, una facultad negativa o de exclusión que imponen a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16 ; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 ; 196/2004, de 15 de noviembre , FJ 2) o que exista un consentimiento eficaz que le autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 , y 96/2006, de 3 de julio , FJ 5). Este consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, aunque debe tenerse en cuenta que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto "aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento,

quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida" (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 ; y 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación de este consentimiento, hemos manifestado con carácter general, que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito.

Criterios en los que igualmente abunda la jurisprudencia de esta Sala Segunda y así la STS 864/2015, de 10 de diciembre, en relación a la revelación de mensajes transmitidos por redes sociales, precisa que no estamos ante una incidencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, sino ante una cuestión de intimidad; que el derecho al secreto de las comunicaciones rige mientras se desarrolla el proceso de comunicación (vid. SSTS 342/2013, de 17 de abril, 786/2015, de 4 de diciembre, ó 859/2014, de 26 de noviembre). Una vez cesado éste, llegado el mensaje al receptor, salimos del ámbito del art. 18.3 CE, sin perjuicio, en su caso, del derecho a la intimidad proclamado en el número 1 del mismo precepto, aunque en este segundo supuesto sin supeditación constitucional imperativa a la autorización judicial.

Por su parte la STS 786/2015, de 4 de diciembre que aborda un asunto con problemas de acceso a mensajes de correos electrónicos ya recepcionados y guardados en el correspondiente archivo informático, señala que el consentimiento para legitimar el acceso al contenido documentado de comunicaciones a las que ya se ha puesto término y que, en consecuencia, desbordan la protección constitucional que dispensa el art. 18.3 de la CE, puede ser otorgado incluso mediante actos concluyentes.

6. Desde la contemplación del ámbito más específico de la protección de datos, más allá del estricto ámbito administrativo, en cuanto dirimimos la existencia de un alegado quebranto de un derecho constitucional, el resultado no es diverso; el consentimiento permite transferir los datos a la finalidad especificada y aceptada.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, hoy derogada, pero vigente en el momento de autos, definía el consentimiento en el artículo 2, letra h): el "consentimiento del interesado" significa: "toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan"; y añadía en el art. 7, letra a), que había de ser dado, de forma inequívoca. En su considerando (30) precisaba la necesidad del consentimiento para el tratamiento de datos y la existencia de específicas excepciones a ese consentimiento; y en el (33) que los datos que por su naturaleza puedan atentar contra las libertades fundamentales o la intimidad no deben ser objeto de tratamiento alguno, salvo en caso de que el interesado haya dado su consentimiento explícito.

De forma paralela, la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su art. 3 letra h), definía el consentimiento del interesado como "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"; luego desarrollada su exigencia en los arts. 6 y 7, donde indica que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa; y que en el caso de los datos especialmente protegidos, el consentimiento debía ser expreso y por escrito.

Y en cuanto a la cesión o comunicación de los datos, el art. 11.1 señalaba que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podían ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

El actual Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 (publicado con posterioridad a producirse los hechos enjuiciados) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que sustituye a la Directiva, así como la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, la principal innovación en relación a la regulación del consentimiento es que ha de proceder de una declaración o de una clara acción afirmativa del afectado, excluyendo lo que se conocía como "consentimiento tácito"; y que cuando el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que se otorga para todas ellas; pero igualmente, aunque con mayores cautelas, admiten la posibilidad de realizar transferencias de datos personales, en determinadas circunstancias, de mediar el consentimiento explícito del interesado.

Por su parte la Directiva 2002/58/UE, de 12 de julio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, en su considerando (17), precisa que a los " efectos de la presente Directiva, el consentimiento de un usuario o abonado, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica, debe tener el mismo significado que el consentimiento de la persona afectada por los datos tal como se define y se especifica en la Directiva 95/46/CE."

En la parte dispositiva, al definir " el consentimiento del usuario o abonado", remite al concepto expresado en la Directiva 95/46/CE; y en el art. 5 tras indicar la obligación de los Estados de garantizar legislativamente la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, admite la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, cuando media el consentimiento de los usuarios interesados; o bien sin ese consentimiento, con remisión al art. 15.1 (correlativo al 13.1 de la Directiva 95/46/CE), cuando la limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad

democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas.

Así, el dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, sobre la neutralidad de la red, la gestión del tráfico y la protección de la intimidad y los datos personales (DOUE 2012/ C 34/01, de 8 de febrero) explica las diversas técnicas de inspección que los prestadores de servicios (PSI) pueden utilizar, ya fueren basadas en la información de la cabecera IP (IP header) que incluye, entre otros, la dirección del destinatario y del remitente y es equivalente al sobre (permite a los PSI y a otros intermediarios encaminar la carga útil desde la dirección de origen a la dirección de destino), ya fuere inspección de la carga útil IP (IP payload) que incluye el contenido de la comunicación, bien de paquetes basada en el análisis de los protocolos y en los registros estadísticos (permiten a los PSI entender el tipo de comunicación -correo electrónico, navegación de redes, subida de archivos- y, en algunos casos, identificar el servicio específico o la aplicación utilizada); bien de paquetes basada en el análisis del contenido de la comunicación, que recae sobre los metadatos y el contenido de la propia comunicación.

Esta última técnica de inspección profunda, consiste en la intercepción de todos los paquetes IP que forman parte del flujo de comunicación de modo que el contenido original de la comunicación puede ser totalmente reconstruido y analizado; sirve por ejemplo, para detectar contenido perjudicial o ilegal como virus, pornografía infantil, etc., y precisa reconstruir el propio contenido para que pueda ser analizado. Cuya posibilidad el propio Supervisor admite, con base al art. 5 de la Directiva 95/46/UE, siempre que medie el consentimiento de los usuarios (apartado 38 del Dictamen).

En el dictamen 2/2006 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y derecho a la intimidad, cuyos cometidos. se describen en el artículo 30 de esta Directiva 95/46/UE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE), sobre el respeto de la privacidad en relación con la prestación de servicios de cribado de correo electrónico, adoptado el 21 de febrero de 2006 (WP 118), se reseña, que de hecho la mayoría de los proveedores de Internet, así como los de servicios de correo electrónico ("ISPs" y "ESPs") analiza los correos electrónicos. "Lo hacen de manera rutinaria con fines tan diversos como el filtrado de correo masivo no solicitado ("buzonfia"), la detección de virus, la búsqueda y la corrección ortográfica, el reenvío de mensajes, la auto-respuesta, la señalización con banderas de mensajes urgentes, la conversión de correos electrónicos entrantes en mensajes de texto de móvil, el salvado automático, el almacenamiento en carpetas, o la conversión de URL en conexiones clickables".

E incluso que algunos proveedores de correo electrónico se reservan el derecho de cribar e incluso retirar un contenido concreto, por ejemplo, material supuestamente ilegal; y concluye el G29, que de de conformidad con el artículo 5, apartado 1 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, resulta prohibido a los proveedores de correo electrónico el filtrado, almacenamiento u otros tipos de intervención en las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas con el fin de detectar un contenido concreto, salvo que cuenten con el consentimiento de los usuarios interesados, o se trate de personas legalmente autorizadas a hacerlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 de esa Directiva.

Del mismo modo, la Propuesta de Reglamento sobre la privacidad y comunicaciones electrónicas destinado a sustituir la Directiva [COM(2017) 10 final)], donde se definen:

a) "datos de comunicaciones electrónicas": el contenido de las comunicaciones electrónicas y los metadatos de las comunicaciones electrónicas;

b) "contenido de comunicaciones electrónicas": el contenido intercambiado por medio de servicios de comunicaciones electrónicas, como texto, voz, vídeos, imágenes y sonidos;

c) "metadatos de comunicaciones electrónicas": datos tratados en una red de comunicaciones electrónicas con el fin de transmitir, distribuir o intercambiar contenido de comunicaciones electrónicas; se incluyen los datos utilizados para rastrear e identificar el origen y el destino de una comunicación, los datos sobre la ubicación del dispositivo generados en el contexto de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como la fecha, la hora, la duración y el tipo de comunicación;

igualmente establece lógicamente, la confidencialidad de los datos de comunicaciones; pero a su vez, también admite la interferencia, tanto en su modalidad directa por intervención humana como a través de un tratamiento automatizado por máquinas, cuando mediere el consentimiento de todas las partes que intervienen en la comunicación.

Así se explica en su considerando (15); y en el (20), reconoce que el contenido de las comunicaciones electrónicas es una parte esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y las comunicaciones, protegido por el artículo 7 de la Carta; y tras exigir que cualquier interferencia en el contenido de las comunicaciones electrónicas debe autorizarse únicamente en condiciones claramente definidas, para fines específicos y con garantías adecuadas contra el uso abusivo, admite expresamente que el presente Reglamento prevé la posibilidad de que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas traten datos de comunicaciones electrónicas en tránsito, con el consentimiento informado de todos los usuarios finales interesados.

Para a continuación establecer determinadas cautelas, en atención al carácter delicado del contenido de las comunicaciones, como es la necesidad de evacuar consulta a la autoridad de control.

7. En definitiva, el contenido de las comunicaciones y los datos de tráfico están plenamente protegidos por el derecho de confidencialidad de la correspondencia, garantizado por el artículo 8 del CEDH y los artículos 7 y 8 de la Carta; y en la legislación nacional por el art. 18 CE, en los términos antes establecidos de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

No obstante, la inspección del contenido de las comunicaciones, realizada por la red social respecto de las conversaciones de un usuario de su webchat, no conlleva quebranto de derecho fundamental si media consentimiento de este usuario para la finalidad que del acceso y ulterior cesión o transferencia de los datos; y en cuanto a la normativa sectorial de protección de datos y su proyección sobre las comunicaciones electrónicas, concorde a la normativa vigente que hemos de considerar, el estado entonces de la tecnología y las peculiaridades del servicio prestado por la red social Tuenti, tampoco impedía que el examen del contenido que el usuario hiciera llegar por cualquier medio a la web y si se detectase ilícito, fuera transferido a las autoridades policiales y judiciales, en caso de haber prestado los usuarios concernidos consentimiento a ello, de manera libre, específica, informada e inequívoca.

La propia Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en relación con la protección de datos personales, en su artículo 8, apartado 2, establece que los datos personales pueden ser tratados "sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley".

8. Por tanto, la cuestión ahora, es analizar el motivo adicionado en este primer ordinal del recurrente, la alegada infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de norma sustantiva, los arts. 1281 a 1286 CC, por entender que tal consentimiento no existe.

En esencia, el recurrente, señala que la aceptación de las condiciones de uso, dado el contenido de estas, no conllevan el consentimiento para transferir el contenido de sus conversaciones a la Guardia Civil.

El Grupo del artículo 29, en su Dictamen 15/2011 (WP 187), adoptado el 13 de julio de 2011, sobre la definición del consentimiento, indicaba efectivamente que para examinar la validez de un contrato en el marco del artículo 7, letra b), de la Directiva, habrá que tener en cuenta los requisitos de Derecho civil y la definición del artículo 2, letra h).

Ello determina, la pertinencia de la normativa civil indicada, no tanto su articulación casacional.

Indicaba la sentencia de esta Sala Segunda núm. 446/2016, de 25 de mayo que al margen de que la infracción denunciada vía art. 849.1º LECrim ha de venir referida a un precepto penal sustantivo o a otra norma jurídica de la misma naturaleza -la que no tienen las reglas de interpretación de los contratos-, añadía que no resultaba preciso resaltar que la interpretación y valoración de los contratos es facultad reservada al Tribunal de instancia. Solo en el supuesto de que la interpretación o la valoración se ofrezca como absolutamente arbitraria o errónea, cabría modificar la resultancia fáctica de la sentencia declarando la nulidad de la misma.

Igualmente la Sala Primera tiene reiterado, entre otras, en sentencia 150/2016, de 10 marzo de 2016, (a partir de ese año, con carácter general, esta doctrina se expresa en los autos de inadmisión, ante la reiteradísima consolidación de su criterio) que 'es doctrina jurisprudencial muy consolidada que la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por éstos ha de prevalecer, salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regulan la interpretación de los contratos, o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario.

En cuya consecuencia indicaba que no cabe revisar en casación la interpretación del contrato realizada por la Audiencia Provincial, por el hecho de que no sea la única posible o de que pudiera haber alguna duda razonable sobre su acierto. Negaba que fuera función de la Sala de casación, establecer ex novo la que estime la interpretación del contrato más ajustada a lo dispuesto en los artículos 1281 a 1289 CC ó 57 CCom; ni, todavía menos, la que considere más oportuna o conveniente.

Únicamente, concluía, puede combatirse en sede casacional, una labor hermenéutica abiertamente contraria a lo dispuesto en las referidas normas o a las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; no, el mero desacierto -un riesgo inherente a la tarea interpretativa- del tribunal de instancia al establecer las premisas, elaborar las inferencias u obtener las conclusiones de su exégesis.

También indica con frecuencia la Sala Primera que el carácter extraordinario del recurso de casación, exige que normas que contienen dichas reglas de interpretación sean citadas como fundamento del concreto motivo en el que se plantee tal revisión, constituyendo causa de desestimación, por fundarse en cita de preceptos heterogéneos, la cita del conjunto o de varios de los preceptos reguladores de la interpretación contractual (sentencia 196/2012, de 27 de marzo), así como, por su carácter genérico, la mención del artículo 1281 CC sin distinción de párrafos, en la medida que cada uno contiene reglas de interpretación diferentes cuya vulneración no es posible de forma simultánea (entre otras, sentencias 763/2014, de 12 de enero y 385/2013, de 18 de junio).

9. Del examen de las condiciones de uso de la red social Tuenti, aunque se indica dentro de una finalidad destinada a despejar responsabilidades que "Tuenti es un mero intermediario respecto a los mensajes y/o contenidos que se intercambien del servicio de chat o mensajería instantánea" tras lo que especificaba, "especialmente teniendo en cuenta que Tuenti no puede controlar ni revisar los contenidos que se publiquen en

dichos mensajes instantáneos por parte de los usuarios"; el alcance de esta limitación resulta explicado en el apartado inicial de responsabilidades, donde expresa con carácter general que hará todo lo razonablemente posible para vigilar la legalidad de los contenidos, imágenes, opiniones y demás información que se comuniquen a través del Servicio y del sitio web (expresión que abarca toda la Plataforma); con este añadido en seguida ilación: al no ser posible el control absoluto de aquellos, tú serás el único responsable de la información, imágenes, opiniones, alusiones o contenidos de cualquier tipo que comuniquen, alojes, transmitas, pongas a disposición o exhibas a través del sitio web; de donde resulta pues la naturaleza de esa imposibilidad; y con expresa advertencia consecutiva: podremos limitar la publicación en el Servicio (toda la plataforma) de contenidos, opiniones, informaciones, comentarios, imágenes o dibujos que los usuarios de TUENTI nos hagan llegar, pudiendo instalar, si así lo entendiéramos oportuno, filtros a tales efectos.

Además, establece un listado de usos no permitidos entre los que se encuentra usar el servicio para injuriar, difamar, intimidar, violar la propia imagen o acosar a otros usuarios; advierte que el servicio del chat, tampoco permite información y contenidos contrarios a los derechos TUENTI y/o de terceros, a la ley, las buenas costumbres y/o a las presentes Condiciones de uso. Y especialmente admoniza de las eventuales consecuencias de ese uso no permitido, entre otras, poner en conocimiento y colaborar oportunamente con las autoridades policiales y judiciales competentes si detectase cualquier infracción de la legislación vigente o si tuviera sospecha de delito o falta penal.

En definitiva si Tuenti podía establecer filtros, hacer lo posible para vigilar la legalidad de los contenidos y si detectase o incluso si sospechara que estos eran delictivos, no solo podía colaborar, sino incluso que la propia red lo pondría (o podía ponerlo) en conocimiento de las autoridades policiales y judiciales, la interpretación realizada en la sentencia recurrida, es plausible. Ciertamente caben otras interpretaciones de los términos de condiciones de uso aceptadas por todos los usuarios de Tuenti, pero en modo alguno, a partir de estos términos puede concluirse que la interpretación establecida en sentencia sobre los términos de uso aceptados, sea ilógica o irracional.

Consentimiento a esos términos de uso, que se prestó conforme método expresamente prevista en la Directiva 2002/58/CE de privacidad: el consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo mediante la selección de una casilla de un sitio web en Internet (considerando 17). Y por todos los usuarios afectados, al ser requisito para adquirir esa condición.

10. Ciertamente la Sala es consciente que con frecuencia, se hace caso omiso del contenido de las condiciones de uso, cuyo contenido se acepta de forma acrítica, como un mero trámite donde se otorga el visto bueno para poder registrarse como usuario.

Pero en el caso concreto que analizamos, la finalidad expresada de inspección de los datos por parte de la red social que contemplamos era 'vigilar la legalidad de los contenidos'; el contenido ilícito denunciado se refería a ataques a la indemnidad sexual de los usuarios de una red, donde como es notorio predominaban los menores de edad; y el exclusivo destinatario, si ese contenido detectado, aparentase infracción penal, 'las autoridades policiales o judiciales'.

Aún cuando se diera una lectura en diagonal de las condiciones de uso, se especificaba una actividad de vigilancia por parte de la prestadora del servicio y una reacción incluso frente a la simple sospecha de transferir ese contenido a las referidas autoridades, no cabe hablar de falta de consentimiento al haber aceptado esos términos de uso; y además, dado que los mensajes que integraban el comportamiento típico, ofrecimiento de dinero por sexo, iban dirigidos a una relevante pluralidad de menores, dadas las notorias posibilidades de las mismas o de sus tutores para denunciar irregularidades a través de la propia red, escasas expectativas razonables de absoluta privacidad sobre la actividad 'publicitaria' de su colectivo e ilícito procedimiento, podría albergar, al margen de la diversa cuestión de la aceptación del riesgo ante la esperanza que mantuviera de no ser descubierto y esa imposibilidad material que la red indicaba para devenir en eficaz panóptico, ante los miles de millones de datos que la misma gestionaba.

La Agencia Española de Protección de Datos (Gabinete Jurídico), en su informe 0197/2013, reitera en interpretación de la normativa vigente en esa fecha, que se entiende por consentimiento libre aquel que ha sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil; y en cuanto a los supuestos de recogida de datos online, la Agencia considera suficiente la existencia de una política de privacidad fácilmente accesible por el usuario como acreditación del cumplimiento del deber de información e igualmente ha considerado que puede servir como prueba de la prestación del consentimiento la acreditación de que el programa impide introducir los datos sin antes haber aceptado dicha política de privacidad.

No se trata en autos de una injerencia en la intimidad del recurrente con base jurídica en una investigación delictiva por las autoridades policiales o judiciales, sino derivada y sustentada en el propio consentimiento de los usuarios interesados; el acusado prestó su consentimiento de manera libre, específica e informada (a la vigilancia de los contenidos que comunicase a través de la totalidad de la plataforma Tuenti, así como que, si fueren ilícitos y eran detectados o incluso se sospechara que lo fuesen, transferirlo a las autoridades policiales y judiciales), de modo inequívoco, al clicar la aceptación de las condiciones de uso en la web.

De igual modo que las destinatarias de sus mensajes, que al margen de que igualmente aceptaron esas condiciones de uso, a través de su personación y/o manifestaciones en el procedimiento, narran el contenido de mensajes 'propios' sin estar constreñidas por el secreto de comunicación. Ciertamente esta aceptación es ex post, pero en todo caso, su unanimidad, posibilita concluir la inevitabilidad del descubrimiento (vid. STS núm. 457/2020) de esta conducta ilícita del acusado con plurales destinatarios, a poco que fuera investigado y mínimamente observado en su devenir diario. Si bien, dada la legítima operatividad del consentimiento que determina que no se produzca nulidad en la transferencia de las conversaciones del acusado (en las concretas y específicas circunstancias descritas, que impiden de futuro su elevación a categoría), resulta innecesario examinar los límites de la fuerza expansiva de la regla de exclusión, es decir, el alcance del art. 11 LOPJ y la eventual conexión de antijuridicidad afirmada por el recurrente sobre la práctica totalidad del acervo probatorio (especialmente desde las posibilidades de ruptura que establecen los parámetros establecidos en la STC 97/2019, de 16 de julio).

El motivo se desestima.

Segundo.

El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, y 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24.2 CE, garante del derecho a la presunción de inocencia; y de infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de artículo 14 del CP, al apreciarse el conocimiento del condenado de la edad de las menores.

1. Alega el recurrente sustancialmente la nulidad de la prueba, por haber facilitado Tuenti ilícitamente el contenido de las conversaciones del chat; la improcedencia de considerar como integrante del acervo probatorio sus manifestaciones en el uso de su derecho a la 'última palabra'; la falta de credibilidad del testimonio de las menores, dado el modo de producirse ante la Guardia Civil y la escasa trascendencia que muchas de ellas atribuyeron a los mensajes, así como la existencia de alguna contradicción; la imposibilidad de que conociera la edad real de las menores con las que no tuvo contacto físico; y en cuanto con las que tuvo contacto, que resulta acreditado que no medió violencia, coacción o intimidación alguna, que las relaciones fueron de forma libre y consentida e incluso eran las menores las que establecían día, hora y lugar.

2. En cuanto a la validez probatoria de las conversaciones aportadas por Tuenti, nos remitimos al fundamento anterior.

3. En cuanto a la utilización probatoria de sus manifestaciones en uso de la última palabra, es cierto que se configura como un elemento esencial del derecho de defensa, pero ello no le priva de la posibilidad de valorar las manifestaciones expresadas en ese trámite con el conjunto de las pruebas practicadas en el proceso, en el momento especialmente establecido para las mismas.

Así, la STC 93/2005, de 28 de abril, en el último párrafo de su fundamento tercero, expresa: ...en relación con el derecho de última palabra, hemos indicado en la STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 3, que "el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el 'derecho a la última palabra' (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino -en palabras del Fiscal que la Sala asume- 'por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera'. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio".

Esta Sala Segunda, con habitualidad incorpora en el acervo probatorio en orden a determinar la existencia (y suficiencia) de prueba de cargo, las propias declaraciones del inculpado, incluidas las manifestaciones efectuadas en uso del derecho a la última palabra del acusado; así las SSTS 377/2020, de 8 de julio, 270/2019, de 28 de mayo, 173/2019, de 1 de abril, 263/2018, de 31 de mayo, 108/2018, de 6 de marzo, 103/2018, de 1 de marzo, etc.

La STS 669/2006 de 14 de junio expresamente indica que "el art. 739 LECrim abre para el acusado la posibilidad de expresar, directamente y sin mediación alguna, las alegaciones que estime pueden contribuir al más eficaz ejercicio del derecho de defensa, matizando, completando o rectificando, en su caso, los hechos y los argumentos expuestos por su Letrado; y al mismo tiempo, permite eventualmente que el Tribunal incorpore, a los elementos que debe apreciar en conciencia según el art. 741 de la misma Ordenanza Procesal, algunos que, siendo dignos de advertencia y reflexión, hubiesen sido omitidos en la actuación del Letrado..."

E incluso, en la STS 53/2011, de 10 de febrero, en relación a manifestaciones realizadas en el trámite de última palabra, cuando previamente se había negado a contestar a las preguntas que se le efectuasen, salvo a las de su abogado defensor, son valoradas como corroboradoras de la admisión de los hechos realizada en la instrucción (introducidas en el plenario por su lectura a instancia del Ministerio Fiscal), con plena información de sus derechos constitucionales y que, en cuanto desconectados de la ilicitud de la intervención telefónica, son aptas como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia. Es decir, dado el momento y trámite procesal en que se emiten, con aptitud para quebrar el eslabón de conexidad con la antijuridicidad derivada de una previa prueba ilícita.

En autos, el acusado, se acogió a su derecho a no declarar, postura procesal que ha mantenido a lo largo del proceso, pero hizo uso del derecho a la última palabra refiriendo sentirse culpable respecto de las cuatro víctimas con las que estuvo y las que contactó, pidiendo perdón a ellas y a las familias; y de ahí que la sentencia indicara que "e stá manifestación libre y voluntaria del acusado implica un reconocimiento, al menos parcial, de los hechos, por lo que se trata de un elemento de convicción válido y eficaz".

4. En cuanto al testimonio de las menores obvia el recurrente que declararon en el plenario y el Tribunal escuchó sus testimonios. La valoración de los mismos, se motivó así:

A continuación prestaron declaración las víctimas de los hechos. Podemos encuadrar a las testigos en dos grandes grupos, en el primero se encuentran Montserrat, Margarita, Alejandra, Ruth, Ángeles, Valle, Caridad, Fátima, Felisa, Filomena, Gabriela, Isidora, Josefa, Juliana, Nieves, Florinda, Eulalia, Mariana, Consuelo, Tamara, Francisca, Miriam, y Otilia. Analizamos conjuntamente sus manifestaciones pues todas ellas, una y otra vez, con pequeñas variaciones, narran un patrón de conducta común del acusado. Reiteraron las declaraciones prestadas en fase de instrucción (folios 206 y siguientes del Tomo VI) y ante la Guardia Civil. Así refieren básicamente que en 2013, por medio de la red social Tuenti en la que tenían cuenta, tras la aceptación de la petición de amistad de quien aparecía identificado en el perfil, como Abelardo, o Amadeo, éste les propuso, a cambio de dinero, invitaciones o compra de ropa etc., que le enviasen fotos en las que apareciesen desnudas, o que quedasen con él para mantener relaciones sexuales. Las jóvenes, que no aceptaron la propuesta, todas ellas eran menores de edad. No cabe duda de que el acusado era conocer de su minoría de edad atendida la edad que aparecía en el correspondiente perfil, inferior a los 18 años, o la que las propias menores dijeron en el curso de las conversaciones mantenidas. Por tanto, bien por directa o indirectamente el acusado conocía y aceptaba que realizaba sus propuestas de mantener relaciones sexuales por precio a menores de edad. Destacaremos que Francisca en el plenario reiteró que "le mandó una foto de él desnudo, de sus partes", añadiendo que le insistía mucho, todos los días le hablaba y le ofrecía dinero. Por su parte Consuelo refirió que a su amiga Africa le decía lo mismo que a ella.

Las cuatro jóvenes restantes, si llegaron a mantener relaciones con el acusado por lo que analizaremos sus manifestaciones de modo individualizado:

Ruth refirió en esencia que conoció a Justo por Tuenti cuando tenía 13 ó 14 años. El ofrecía dinero por sexo. Ella había perdido su teléfono móvil nada más comprarlo y vio que era un modo de poder comprar otro, pues en su casa había dificultades, su padre tenía una minusvalía, su madre no trabajaba y los Servicios sociales trabajaban con su familia. Le contó su situación familiar, él se interesó y se ofreció a ayudarla, pero la manipuló. Iba a "hacerlo" su amiga Zaida. De este modo tuvieron encuentros en 6 ó 7 ocasiones. Una vez fueron a tomar algo a la DIRECCION007 junto con Marí Jose, y les compró ropa. Marí Jose "folló con él y ella estaba fuera esperando y cuando le tocó a ella no hizo nada. Otra vez fueron a unos huertos de DIRECCION005 ella y Zaida en el coche de Justo. "Su amiga se la chupó y cree que se lo tragó", mientras tanto ella estaba esperando. Luego Justo le enseñó lo que había que hacer, pero ella no pudo hacer nada. Cree que le dio dinero. Añadió que era virgen y él lo sabía, también su edad, que tenía una denuncia, que quería ayudar a sus padres, y él se iba aprovechando al conocer la situación. Le decía que le hiciera una mamada y se lo tragase, que le llamase Mantecas, al principio se negó pero insistió e insistió y cayó. Quedaron en una casa grande, donde le hizo una felación e intentó penetrarle, pero ella no quería e hizo fuerza, le dio 200 euros. Otra vez le metió los dedos y le penetró un poco. Dijo que siempre le había pagado, y le pidió que tuviese relaciones con gente mucho mayor (50 ó 60 años) ofreciendo mucha cantidad 500 ó 1000 euros. Tuvieron 6 ó 7 encuentros en una casa o en un piso, todo seguido, después de su cumpleaños en junio hasta que le llamó la Guardia Civil y fue. En total "no llegó a los 1.000 euros". Añadió que vomitó y lloró, y a raíz de estos hechos estaba afectada por lo sucedido, lloraba se arrepentía y tenía pesadillas y ha estado en tratamiento psicológico hasta hacía un año. Asimismo, ratificó las declaraciones prestadas en el procedimiento (folios 172 y siguientes del T. VI).

Zaida (folios 181 a 183 T VI) ratificó su declaración judicial, refiriendo que el acusado tenía dos perfiles de Tuenti y ofrecía directamente el dinero, iba en plan de amigo, transmitía confianza, y ella tenía problemas en casa, estuvo en acogimiento etc, que le contó. Le ofreció 200 euros y la primera vez quedaron en las afueras de DIRECCION005, le llevó por un huerto, le dio unos 100 euros y ella le hizo "una mamada" y le obligó a tragárselo. La segunda vez fue con su amiga Ruth, y pasó lo mismo, besos, le tocó. También le dio unas gafas de sol Rayban Ya no quedó más porque se estaba "rayando" pero a veces hablaba con el por Tuenti que le decía "cuéntame las

cosas porque yo te cuido", y le ofreció dinero por quedar con él y un amigo, o un par de amigos, hacer un trío y alquilar un piso para ella sola, al que llevaría hombres y podría ganar 3000 euros o más. También le preguntaba si tenía alguna amiga de su edad. Ha tenido apoyo psicológico, y lo sigue necesitando, tiene ansiedad e insomnio. En relación a Ruth dijo que estaba muy cohibida muy tímida y que había perdido el móvil y por eso fue con ella. Luego supo que Justo tuvo algo con Marí Jose también.

Marí Jose dijo que era cierto todo lo que dijo en su declaración judicial (folios 176 y 177 T. VI). Que tenía un perfil abierto en Tuenti y recibió una petición de amistad de Justo. También su amiga Ruth le dijo que el empresario ofrecía dinero. La primera vez no hicieron nada, fueron a la DIRECCION007 Ruth, y ella con él que les compró ropa, por valor de casi 200 euros, y les dio 80 euros. La siguiente vez fueron a un huerto los tres, Ruth se quedó por ahí esperando, le hizo una felación, le negó la penetración porque era casi virgen, tenía 16 años, casi 17. Le dio dinero. En una ocasión se encontraron con una conocida de Justo, y él les dijo que esperaba que no se hubiese dado cuenta, "no sé que habrán pensado", añadiendo "sí claro, sabía que eran menores". Manifestó que fue al psicólogo por estos hechos y que reclamaba.

En similares términos Valle narró que en 2013, cuando tenía 15 ó 16 años, en el perfil de Tuenti Justo contactó con ella por otro nombre, que le propuso relaciones sexuales por 250 euros. Accedió a quedar con él porque le hacía falta dinero, su padre no trabajaba y quería ayudar a sus padres. Quedaron en un piso de DIRECCION004 de un amigo árabe. "Lo intentemos pero no llegaron", era virgen y estaba muy nerviosa, le dio 100 euros. Le ofreció un trío con un amigo suyo. Le hizo una felación el primer día, y le metió el pene un poco, no quedó más veces. Se arrepintió, y con su padre tuvo muchos problemas. No ha ido al psicólogo y no reclama.

Asimismo, ante la imposibilidad de comparecer de algunas testigos se dio lectura de las manifestaciones prestadas por Africa, Rebeca y Amalia a tenor de las previsiones del art. 720 LECrim. En ellas narran el mismo modo de actuación ya expuesto. Comprobamos que en fase de instrucción se preconstituyó la prueba interviniendo en su práctica además del Ministerio Fiscal la defensa del encausado, por lo que son testimonios que surten efecto probatorio.

(...) En el caso enjuiciado encontramos en el testimonio de todas las jóvenes que han declarado la impronta de la verdad. Están presentes en sus manifestaciones las garantías de verosimilitud, persistencia en la incriminación y ausencia de móviles espúreos, circunstancias que permiten considerarlas prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia en tanto en cuanto vienen corroboradas parcialmente por el testimonio del acusado en el ejercicio de su derecho a la última palabra, por las conversaciones de la red social Tuenti, y por grabaciones telefónicas. Además, la sinceridad de las víctimas fue avalada pericialmente y percibida por el Tribunal, sin que se vea afectada por los protocolos, más o menos acertados, empleados en la pericial judicial.

No es indicio de que las menores falten a la verdad de forma habitual, el hecho de que se registraran en la red social Tuenti haciendo constar una edad superior a la real, porque es de público conocimiento que diversas redes sociales, exigen que, quien pretenda acceder a ellas, manifieste que es mayor de edad, lo que lleva a que muchos menores de edad no hagan constar su edad real, para sí acceder a redes de comunicación o páginas para las que, en otro caso, tendrían el acceso vedado. En consecuencia, no puede estimarse que las manifestaciones de las víctimas en las sucesivas exploraciones que se les han practicado carezcan de los requisitos establecidos por la Jurisprudencia para poder ser consideradas pruebas de cargo aptas para enervar la presunción de inocencia ya que, se considera que no hay motivos previos de incredulidad subjetiva, hay persistencia en la incriminación, con descripciones similares que se suceden a lo largo de las distintas exploraciones que se han practicado, y clara corroboración periférica con las conversaciones incorporadas a las actuaciones.

Además, la sentencia pondera los testimonios del amigo del acusado Roman quein refirió que le dejó las llaves de su piso en DIRECCION004; de los agentes de la Guardia Civil; y de Valentín abogado que en 2013 trabajaba para DIRECCION006, e indicó que esta red social luego fue disuelta por fusión por absorción con Telefónica, y que era normal comunicar cualquier conducta delictiva, ratificando su declaración judicial: Una usuaria se queja, y el proceder habitual era cargar los mensajes del servidor y se ponen a disposición en un archivo Excel para la Policía o la Guardia Civil, sin que monitoricen conversaciones. Que actúan de manera reactiva, no proactiva, cuando tienen conocimiento de delito lo comunican al Juez. Que no comprueban la identidad de las personas, y dieron de baja el perfil que tenía un único usuario. Asimismo, refirió que si no se aceptan los términos y condiciones no se puede dar servicio.

5. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y 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. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador

por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia.

En definitiva, a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

La proyección de esta doctrina sobre la valoración realizada en la instancia sobre la prueba de cargo existente y su suficiencia, es necesario concluir la racionalidad con que ha sido motivada. Mientras que las alegaciones del recurrente, en modo alguno abocan a concluir irracionalidad o falta de lógica. Tanto más, cuando conforme a la STC 146/2014, de 22 de septiembre y otras muchas concordantes (por todas, la STC 57/2013, de 11 de marzo, FJ 6) la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia que es evaluable en revisión desde su dimensión constitucional, como es el sustento que fundamenta el motivo.

6. Criterios todos ellos predicables respecto al conocimiento de la edad de las víctimas por parte del acusado, concorde la motivación del Tribunal ut supra expuesta.

Añade la sentencia al calificar los tres delitos de corrupción de menores de trece años del art. 187.1, 2 y 5 CP, que Francisca, Miriam y Otilia contaban con doce años de edad al tiempo de recibir las propuestas de índole sexual de Justo, circunstancia de edad que conocía el acusado según refirieron aquellas; que así lo declararon las menores en el plenario y en las declaraciones que prestaron en Instrucción por lo que no hay error posible que merme la responsabilidad penal.

De otra parte resulta patente el interés del acusado, hacia perfiles de esas edades, pues de otro modo, no es posible de manera inintencionada coincidir con todas las menores de edad citadas en los hechos probados, de las cuales, cuando menos, además de las tres que contaban con doce años, cuatro más no pasaban de catorce años; sino que por contra, manifiesta una deliberada búsqueda de perfiles de muy corta edad.

Ciertamente, la normativa y a propia red exigían que los usuarios contaran con catorce años; pero no es menos cierto además de las indicaciones de las menores, es notorio e íntegra máxima de experiencia derivada de los diversos asuntos que se someten a nuestro enjuiciamiento, que los datos incluidos en los perfiles de los usuarios de las redes con excesiva frecuencia, no se corresponden con la realidad; en cuya consecuencia, indica la 446/2020, de 15 de septiembre, por citar una resolución reciente, donde un usuario de red con trece años indica en su perfil que tiene catorce, señala que el simple dato de que los menores (no) se identificaran en redes sociales de "contactos" como menores de edad, no es suficiente para justificar el error de percepción que se invoca.

Por su parte, la STS 671/2019, de 15 de enero de 2020, indicaba: "estamos ante una persona que cuando sucedieron los hechos... intercambiaba mensajes con menores de edad más cercanas a la infancia que a la primera juventud; ...si en la red se suele mentir, con más motivo alguien con una edad en la que se le ha de presumir la madurez ha de extremar las cautelas sobre la edad de una menor antes de tener algún tipo de relación sexual con ella"; o antes de ofrecer dinero por mantener relaciones sexuales, adicionamos ahora.

En autos, al margen del perfil, se indica a partir del testimonio de las menores, que ellas no mintieron al acusado sobre su edad real. En definitiva, nada permite atender a la existencia del error alegado.

El motivo se desestima.

Tercero.

El tercer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24.2 CE, garante del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y de infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de artículo 21.6 del CP, al no haber sido considerada la atenuante de dilaciones indebidas.

1. Alega en esencia que el procedimiento se inicia con la denuncia inicial de fecha 19 de agosto de 2013 y con fecha uno diciembre 2016 se dicta auto de conclusión del sumario, que desde la entrada y registro del domicilio del lugar de trabajo del condenado realizado el 20 de noviembre de 2013 hasta el 7 de mayo de 2015 no se procedió a analizar el ordenador y que las periciales se dilataron en su realización, al tiempo que niega que sus recursos tuvieren finalidad obstruccionista, afirmando su justificación parcial en el cambio de dirección letrada.

2. Las sentencias de esta Sala reiteran con frecuencia, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo

razonable. Concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se haya incurrido en retrasos no justificados. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. En función de las alegaciones de quien lo invoca, puede ser preciso en cada caso el examen de las actuaciones. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, caso López Solé y Martín de Vargas c. España , y las que en ellas se citan).

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

3. Las alegaciones del recurrente son respuesta a la motivada denegación de la estimación de esta atenuante en la sentencia recurrida que indica:

En el caso actual han transcurrido cinco años desde el inicio de la causa hasta el enjuiciamiento, espacio temporal que no representa "la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa" exigida por la ley para la concurrencia de la atenuante. A tal efecto procede valorar algunos factores reveladores de la complejidad del proceso:

En primer lugar, la causa se conforma con los VII tomos de Sumario y los II tomos del Rollo de Sala, además de los dos Tomos de la Pieza de situación Personal, de la Pieza de responsabilidad civil, y de la Pieza de Medida Cautelar, con 4.773 folios (salvo error u omisión); hay cuatro acusaciones particulares; más de 32 víctimas menores, que precisan de acompañamiento paterno o del legal representante; se han practicado intervenciones telefónicas, numerosas declaraciones, diversas pruebas periciales, se han adoptado medidas cautelares, han intervenido dos Juzgados de Instrucción, etc. Y junto a ello, hemos de mencionar la actuación procesal de Justo, que ha formulado al menos 6 recursos de apelación, en ocasiones sobre aspectos redundantes, además de los previos recursos de reforma.

4. Dados los objetivos datos que motivan la resolución, incluso haciendo abstracción del tiempo imputado a los recursos del acusado, es patente que un plazo de cinco años para un proceso de estas concretas circunstancias, sin resultar afirmado ni acreditado período específico de paralización alguno, concorde los plazos medios atendidos en la práctica jurisprudencial de esta Sala no resultan acreedores a dicha atenuante; repárese que el motivo exige no cualquier dilación, sino aquella que sea 'extraordinaria'

En todo caso resultaría su estimación ineficaz, pues el Tribunal ha impuesto siempre la pena mínima conminada a cada delito objeto de condena; y solo resultaría operativa su ponderación como muy cualificada, que en autos, impropiciamente la ordinaria, la cualificada exige parámetros aun muchos más alejados; algunos precedentes, esta Sala ha aplicado la atenuante como muy cualificada en procesos por causas no complejas de duración entre ocho y doce años entre la incoación y la sentencia de instancia (SSTS 1224/2009, 1356/2009; 66/2010; 238/2010 ó 275/2010) reduciendo la pena en uno o dos grados según las circunstancias de cada caso. Así se recogía en la STS nº 72/2017, de 8 de febrero. En la STS 31/2018, de 22 de enero, se rechaza la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas, a pesar de que la tramitación del procedimiento se extendió durante un periodo de 11 años. Pues no en vano, la atenuante ordinaria requiere dilación extraordinaria, ("fuera de toda normalidad"); la eficacia extraordinaria de la atenuante solo podrá aparecer ante una dilación "archiextraordinaria", desmesurada, inexplicable (STS 15/2018, de 16 de enero).

El motivo se desestima.

Cuarto.

El cuarto motivo lo formula por error apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 LECrim, basados en documentos que demuestran el error de la Audiencia Provincial.

1. El recurrente no confronta un 'documento' frente a la narración probada, para su rectificación o adición, sino con la argumentación valorativa que la sentencia realiza de la prueba pericial (concretamente frente a los apartados 4 y 5 del fundamento segundo rubricado como examen de la actividad probatoria), para afirmar la existencia de dos errores, que los peritos no han empleado formularios psicológicos adecuados para personas menores de edad, de modo que la metodología utilizada ha sido errónea; y que la ley exige el dictamen de dos informes periciales judiciales independientes mientras en autos, el segundo de ellos se limita a remitirse a las conclusiones del primer perito judicial.

2. Una contrapericia que no formula conclusiones propias sino que se limita a cuestionar el método utilizado en una pericial anterior, es decir que se trata de una pericial sobre otro pericial, deviene prácticamente inviable para fundamentar un motivo por error facti.

Para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, se precisa, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas; error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento; dicho en expresión jurisprudencial con cierta frecuencia reiterada: resulta indispensable que los documentos contengan particulares, circunstancias o datos, que por sí mismos y sin necesidad de complementación, interpretación o razonamientos colaterales, choquen frontalmente con lo declarado probado, acreditando así indubitadamente la desviación que en la apreciación de la prueba se denuncia.

La contrapericia con el contenido y finalidad de autos, todo lo más que podrá acreditar es que la pericia carece de un método que no es el más adecuado, pero en modo alguno que la falta de consentimiento de las menores que la pericia inicial concluye, no exista.

Pero además, la pericial para integrar el carácter de documento a estos efectos casacionales, en los escasos supuestos que jurisprudencialmente se admite, precisa que se trate de una pericial única o varias coincidentes; y una contrapericial, por definición implica otra pericial anterior de diverso signo; y es uno de los requisitos del art. 849.2 LECrim, que el contenido del documento que se invoca, como establece el último inciso de la propia norma, no resulte contradicho por otros elementos probatorios, donde no sólo entra en consideración el inicial dictamen objeto de contrapericia, sino también, las pruebas personales.

En cuanto a la infracción alegada del artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hemos dicho en la STS 1581/2019 de 9 de mayo, sobre esta concreta cuestión relativa a las prácticas periciales por un solo perito en lugar de los dos que prescribe el art. 459 de la LECrim para los sumarios ordinarios, que en las sentencias de esta Sala 106/2009, de 4 de febrero, y 117/2010, de 7 de diciembre, 537/2008, de 12 de septiembre, y 779/2004, de 15 de junio, se recuerda que, pese al tenor literal del art. 459 de la LECrim -"se hará por dos peritos"-, la jurisprudencia ha precisado que la duplicidad de informantes no es esencial. También en la STS núm. 113/2019, de 5 de febrero. Pero es que además, en autos, ha sido cumplido, pues en contra de la afirmación del recurrente, la exigencia de dos peritos no conlleva en modo alguno la emisión de dos dictámenes, siendo por contra, práctica habitual, la emisión conjunta, en todo caso cumplimentada la exigencia normativa en autos. Como informa la acusación pública, que uno de los peritos se remitiera a las conclusiones del otro, lo único que confirma es la coincidencia entre ambos, " lo cual refuerza las garantías de acierto de los informes de ambos" (STS 806/1999 de 10 junio); y en todo caso implica la práctica por dos peritos.

No es dable en esta sede una revaloración de los dictámenes periciales, tras la racionalmente motivada por la Audiencia; y de otra parte, los delitos de abuso sexual sancionados, cuya calificación no ha sido discutida, resultan igualmente penados cuando no media consentimiento, que cuando el mismo deriva de un consentimiento viciado por prevalimiento, aprovechando la situación de necesidad de la víctima o su vulnerabilidad, potenciados por una diferencia de edad de veinte años, tan significativa cuando las víctimas cuentan con catorce, quince o dieciséis años

El motivo se desestima.

Quinto.

También recurre en casación la representación procesal de una de las acusaciones particulares, la ejercida por Ruth, quien formula un único motivo, al amparo del artículo 849-2ª de la LECr., por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo es únicamente atinente a la responsabilidad civil, al entender que la indemnización en su favor debía haber ascendido a 30.000 euros, en lugar de los 20.000 concedidos, en base a los informes emitidos por los médicos forenses, la trabajadora social y la psicóloga, que evidencian lo graves trastornos y daño sufrido por Ruth.

Motivo que necesariamente debe ser desestimado, pues dichos informes al margen de su dificultad para integrar documento a estos efectos casacionales, carecen de toda literosuficiencia para discriminar de modo inequívoco una cuantía indemnizatoria, en favor de otra.

Pero además, tampoco resulta del examen de esos dictámenes, que la sentencia no siga las conclusiones que en los mismos se evidencian, sino que son aceptados en el relato fáctico, e incluso se incluyen en la motivación del acervo probatorio, conjuntamente con el resultado de otras pruebas, en orden a la configuración de aquel.

En definitiva, el motivo se desestima pues la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECr consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a

otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio; en modo alguno autoriza, al margen de tal modificación, una revisión de las consecuencias que en orden a la responsabilidad penal o civil, conlleva tal relato, como pretende el recurrente.

Sexto.

Conforme al art. 901 LECrim, en caso de desestimación del recurso, las costas se impondrán a los recurrentes.

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Justo contra la sentencia núm. de fecha 29 de octubre de 2018 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón en el Rollo de Sala 4/2017; ello, con expresa imposición de las costas causadas por su recurso.

2. Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de la acusación particular D^a Ruth, contra la sentencia núm. de fecha 29 de octubre de 2018 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón en el Rollo de Sala 4/2017; ello, con expresa imposición de las costas causadas por su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo Del Arco
Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

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.