



Roj: **STS 816/2021 - ECLI:ES:TS:2021:816**

Id Cendoj: **28079120012021100175**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2021**

Nº de Recurso: **1292/2019**

Nº de Resolución: **197/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 197/2021

Fecha de sentencia: 04/03/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1292/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1292/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 197/2021

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 4 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1292/2019 interpuesto por **Paulino**, representado por el Procurador Sr. D. Francisco Fernández Martínez y bajo la dirección letrada de D. José Ramón Santana Suárez, contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 25 de febrero de 2019 que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección Segunda) en el Procedimiento Abreviado 924/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria en causa seguida contra el recurrente por delitos de explotación sexual de menores (pornografía infantil). Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección Segunda) PA número 65/2018, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria, se dictó Sentencia, con fecha 5 de noviembre de 2018 que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO: Probado y así se declara que el acusado, Paulino, mayor de edad, movido por su atracción sexual hacia las menores de edad, ha estado conectándose o accediendo a la Internet, y usando la aplicación de red social DIRECCION000, con el perfil " DIRECCION001 ", descargando, colgando y enviando imágenes, en archivos de vídeo de menores de edad con explícito contenido sexual, mostrando a los menores en actitudes y comportamientos sexuales explícitos de todo tipo, y con hombres adultos, con felaciones y penetraciones.

Utilizando para ello un teléfono celular de la marca Samsung, modelo GT-19505, que ha sido intervenidos por et Grupo de Delitos Tecnológicos de Las Palmas (UDEV, B.P.P.J.) del Cuerpo Nacional de Policía.

El acusado tiene antecedentes penales en virtud de sentencia firme el 18-1-2013 del Juzgado de lo Penal no. 2 de Las Palmas de GC, condenándole por delito establecido en el art. 189.1 b) del Código Penal, a entre otras, la pena de 2 años de prisión, que fue suspendida por un plazo de 3 años, siéndole notificada la suspensión el 10-5-2013".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia es la siguiente:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Paulino, como autor de un delito de explotación sexual de menores (pornografía infantil), con la agravante de reincidencia, a la pena de seis años de prisión, a la pena libertad vigilada por ocho años, a las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de once años. Así como al pago de las costas procesales.

Se acuerda el decomiso del teléfono, con sus accesorios y periféricos, al que se hace referencia en los hechos probados de esta resolución y su asignación a la unidad policial actuante para ulteriores investigaciones (Grupo de delitos tecnológicos de las Palmas, BPPJ del Cuerpo Nacional de Policía).

Para la pena de prisión que se impone se le abonará todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se interpuso recurso de Apelación por Paulino, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó Sentencia con fecha 25 de febrero de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don D. Paulino contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento abreviado no 924/2017 (rollo no 65/2018), proveniente del Juzgado de Instrucción no 4 de Las Palmas de Gran Canaria, la cual confirmamos en su integridad.

No se efectúa imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente, haciéndosele saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual se anunciará en el plazo de cinco días ante esta Sala y se formalizará ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional por el condenado 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 el recurso, alegando los motivos siguientes:



Motivos alegados por Paulino .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional por infracción del derecho fundamental a la intimidad personal previsto en el art. 18.1 CE en relación con el art. 6.1 y otros de la Ley 25/2007 de 28 de octubre de Conservación de Datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones y demás normativa concordante relacionadas con la Ley de Protección de datos y su reglamento. **Motivo segundo.-** Por vulneración de precepto constitucional por infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18.3 CE en relación con el contenido de los arts. 6.1 y otros de la Ley 25/2007 de 28 de octubre de Conservación de Datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones y demás normativa concordante. **Motivo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.2 CE que reconoce el derecho al proceso debido con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia en relación con el art. 11 LOPJ. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación con causación de indefensión de los arts. 24.1 y 2 CE y 120.3 CE. **Motivo quinto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por infracción de precepto constitucional del art. 24.2 CE que consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de los arts. 66 CP y 120 CE.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 3 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los cuatro primeros motivos del recurso son refundibles. Algunos dan vueltas a la misma cuestión examinada desde diversas ópticas; otros extraen las consecuencias pertinentes: la empresa que informó inicialmente de los hechos no contaba con autorización judicial para desvelar la IP a través de la que se efectuaron las conexiones. Esa actuación vulneraría la legislación de conservación de datos (Ley 25/2007) con la secuela consiguiente: ilicitud probatoria (art. 11.1 LOPJ) e imposibilidad de valorar, no solo esa concreta prueba (informe elaborado a raíz de la comunicación), sino todas las restantes, obtenidas a raíz de aquélla: identificación del usuario asignado, registro domiciliario, declaración del recurrente. La inutilizabilidad de todo ese material probatorio privaría de sustento a la condena que, por tanto, no podría convalidarse sin merma del derecho a la presunción de inocencia.

La investigación en España se activó a raíz de una comunicación de la ONG DIRECCION004) que actúa en USA. DIRECCION000 reportó a tal ONG, que colabora con la Administración Pública americana, la aparición en la red social que gestiona y comercializa de unos vídeos con escenas obscenas y pornográficas de menores, especificando el número de IP que les constaba. El informe, a través de la embajada americana en España, llegó a la unidad correspondiente de la Policía Nacional que, contando con las correspondientes autorizaciones judiciales, obtuvo los datos necesarios para localizar tanto, primeramente, al servidor que suministraba esa IP, como, en un segundo paso, su usuario en los momentos en que se produjo la actividad telemática denunciada. Se identificó así al recurrente y se realizó el correspondiente registro. Éste permitió constatar que quedaba alguna imagen en su terminal.

En relato a los agentes actuantes, sin asistencia letrada, el recurrente asumió que había subido escenas de esa naturaleza. Posteriormente en sus declaraciones, ya oficiales, tanto en policía como en sede judicial (en la fase de investigación y en el plenario) ha expresado que solo visualizó algunos de esos vídeos, pero que no es responsable ni de su aparición en esa red, ni de compartirlos. Se limitó a "bajarlos", a verlos. No realizó actividad difusora alguna.

Los dos primeros motivos razonan que la ausencia de autorización judicial para comunicar la IP convierte el punto de arranque de todo el *iter* probatorio en algo reprobable desde la perspectiva de la protección de la intimidad y autodeterminación informativa. El art. 18.1 CE y su específica concreción y desarrollo plasmados en los arts. 6.1 y concordantes de la Ley 26/2007, de 28 de octubre, repudiarían esa revelación del número IP, que es *dato* a estos efectos y, por tanto, no puede ser cedido, sin previo *plácet* judicial, por parte de una empresa.

Esta constatación atraería la aplicación del art. 11.1 LOPJ y la consiguiente prohibición de valorar no solo esa primigenia actuación sino también todas las derivadas (contaminadas por ese origen ilícito), provocándose así



un vacío probatorio que solo puede llevar a una sentencia absolutoria por mor de la presunción de inocencia (motivo tercero), sin que sea constitucionalmente suficiente (motivo cuarto) la motivación ofrecida por el Tribunal de apelación para descartar tal conclusión.

SEGUNDO.- Antes de abordar el núcleo de la cuestión suscitada conviene despejar dos temas previos implicados: lo relativo a las ya aludidas manifestaciones realizadas por el acusado de manera *informal* los agentes que procedieron a su detención; y la invocación que se hace del art. 18.3 CE (derecho al secreto de las comunicaciones).

En cuanto a la primera cuestión el examen de las actuaciones (art. 899 LECrim) llevará a despojar de todo valor probatorio a esas manifestaciones, catalogadas de *espontáneas*, dirigidas por el recurrente a los agentes policiales momentos antes de su detención. El atestado policial expresa (folios 82 y 83) que la confesión ("*he sido yo*") se efectuó voluntariamente *al ser preguntado*. No se duda de la voluntariedad. Pero es cuestionable la *espontaneidad* en la medida en que se estaba contestando a preguntas formuladas directamente por los agentes sin previa información de derechos. Ésta solo se efectuó a continuación.

En consecuencia, hemos de expulsar del material probatorio tanto esas manifestaciones, como las efectuadas momentos después durante el traslado a dependencias policiales: ya estaba advertido de sus derechos, pero no contaba con asistencia letrada y esas revelaciones podrían estar condicionadas por las revelaciones iniciales.

Se ha concedido valor a las declaraciones espontáneas prestadas por el detenido antes de ser asistido de letrado si concurren ciertas condiciones (SSTS de 7 de febrero de 1996, 2 de noviembre de 1996, de 7 de febrero de 2000, de 21 de enero de 2001, de 5 de noviembre de 2008, 844/2007, de 31 de octubre, 7 de febrero de 2000) ó 655/2014 de 7 de octubre). La STS 637/2014, de 13 de marzo matizará que no es legítima una indagación antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar . Solo cuando no son inducidas por los funcionarios policiales pueden adquirir valor probatorio: "Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna". (ATS 117/2014, de 26 de junio).

Las SSTS 365/2013, de 20 de marzo, 229/2014, de 25 de marzo, 534/2014, de 27 de junio y 721/2014, de 15 de octubre expresan en igual sentido que "cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada. Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren como pruebas si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron)".

La STS 229/2014, de 25 de marzo expone así la doctrina vigente sobre esta cuestión:

"La Sala sentenciadora considera que las declaraciones espontáneas de un detenido ante los funcionarios policiales, bien en dependencias policiales, bien en sus traslados, han sido consideradas aptas para enervar la presunción de inocencia cuando fueron efectuadas con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas constituyendo un elemento más de juicio que el Tribunal pudo ponderar en conciencia, en relación con los restantes medios de prueba en el ejercicio de la facultad de valoración de la misma que a la jurisdicción ordinaria corresponde.

El problema planteado en el caso actual consiste precisamente en determinar si las declaraciones realizadas por el acusado en presencia policial antes de su declaración formal con asistencia de abogado, pueden ser consideradas, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, "manifestaciones espontáneas" válidas como prueba de cargo en su contra.

Y la respuesta tiene que ser manifiestamente negativa. En el caso actual no nos encontramos ante una manifestación espontánea, sino ante un interrogatorio sin abogado. El acusado estaba siendo objeto de investigación por un hecho determinado, precisamente el robo objeto de este procedimiento. La Guardia Civil actuante fue a buscarlo al Centro de Rehabilitación para Drogadictos en el que se encontraba internado, y lo



condujo al Cuartelillo. Ya en las dependencias policiales se inició un interrogatorio preliminar, sin abogado pues todavía no existía una imputación formal de carácter policial contra el recurrente, en el que se le preguntó específicamente sobre el día del robo, y concretamente sobre que había hecho en ese día. Fue en ese momento cuando el hoy recurrente, toxicómano que estaba siendo interrogado sin asistencia letrada en las condiciones propias de unas dependencias policiales, al parecer se echó a llorar y manifestó haber participado en el robo objeto de enjuiciamiento. Seguidamente la fuerza policial le informó de sus derechos, y llamó al abogado, reiterándose posteriormente la declaración, ya en presencia del Letrado designado.

Es claro que no pueden ser calificadas estas manifestaciones como declaraciones espontáneas que pueden ser válidamente consideradas como prueba de cargo si se reproducen en el acto del juicio oral a través de un testimonio referencial. No es espontáneo lo que se manifiesta en respuesta a unas preguntas específicas sobre los hechos objeto de investigación, realizadas por los agentes policiales responsables de la misma, en las propias dependencias policiales y después de haber sido conducido el sospechoso a dichas dependencias por los agentes actuantes.

No se trata en este supuesto de una comparecencia voluntaria ante los agentes, ni de una manifestación que se produce espontáneamente, sin interrogatorio alguno, cuando los agentes policiales se dirigen a un sospechoso en el lugar donde es sorprendido, inmediato al lugar del delito, o de una declaración no provocada seguida de la aportación de un dato fáctico esencial desconocido por la fuerza, que se comprueba seguidamente como válido, como por ejemplo cuando el sospechoso manifiesta espontáneamente que ha cometido un crimen y que ha arrojado el arma en un lugar próximo, donde el arma es efectivamente encontrada.

Este tipo de manifestaciones, efectivamente espontáneas y no provocadas mediante un interrogatorio más o menos formal de las fuerzas policiales, son las que admite esta Sala que se valoren probatoriamente si se constata que fueron efectuadas respetando todas las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, de forma absolutamente voluntaria y espontánea, sin coacción alguna, y que se introducen debidamente en el juicio oral mediante declaración, sometida a contradicción, de los agentes que la presenciaron (pero en ningún caso la provocaron).

Cuestión distinta es cuando las declaraciones se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado, como sucede en el caso actual. Constituiría un verdadero fraude procesal que, no constituyendo prueba de cargo la autoincriminación policial con asistencia de abogado, no ratificada en sede judicial, se admitiese como prueba de cargo válida la misma incriminación en un interrogatorio preliminar, sin abogado y sin previa información de derechos.

En consecuencia, las consideradas por la Sala de instancia como manifestaciones espontáneas no tienen cabida en el caso actual en el ámbito excepcional admitido por nuestra doctrina para atribuirles validez como prueba de cargo".

La reciente STS 418/2020, de 21 de julio recopila y reitera esa jurisprudencia.

TERCERO.- La otra cuestión preliminar anunciada versa sobre el derecho al secreto de las comunicaciones. Tal derecho, proclamado por el art. 18.3 CE, prohíbe la intromisión de terceros en el contenido de un proceso comunicativo en curso, sin autorización judicial o consentimiento de alguno de los comunicantes. No es ese derecho el que puede verse concernido cuando se revelan datos que no constituyen la propia comunicación - su contenido-, pero que están asociados a ese proceso comunicativo (identificación del emisor o del lugar de emisión, datos tecnológicos...). Esta puntualización es importante en tanto la referencia constitucional para examinar la legitimidad de la injerencia no será el art. 18.3 CE sino los párrafos 1 o 4 del mismo precepto. Solo en los casos de inviolabilidad del domicilio o secreto de comunicaciones adquiere rango constitucional inderogable el presupuesto como requisito *sine qua non*, de una autorización judicial habilitante a falta de consentimiento de los afectados.

Las razones que fundan una previsión de permiso judicial en cuanto a la cesión de datos asociados a la comunicación radican en la afectación de derechos de nueva generación como son la autodeterminación informativa (*recht auf informationelle selbstbestimmung*) o el derecho a la identidad virtual - STC 173/2011 de 1 de noviembre-. En ningún caso, se incide en el derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 123/2002, de 20 de mayo y 70/2002, de 3 de abril).

CUARTO.- Despejadas esas cuestiones, nos adentramos ya en el tema de la alegada ilicitud de la comunicación de la IP por parte de DIRECCION000 .

Varias líneas argumentativas paralelas (algunas son objeto de desarrollo en las sentencias de instancia y apelación) conducen a rechazar la pretensión del recurrente centrada en la supuesta ilegitimidad de la



información sobre la IP (*Internet Protocol*) usada para las descargas y para alojar en la red las escenas pornográficas.

Primeramente, aunque no es la única ni la principal razón, el *principio de no indagación*. A tenor del mismo los distintos Estados y sus respectivas autoridades judiciales o gubernativas no pueden entrometerse en la legitimidad de la normativa de otros países, ni fiscalizar sus investigaciones tomando como parámetro la regulación interna propia, siempre que se ajusten a estándares mínimos compartidos, aunque en su desarrollo o concreción difieran las medidas o soluciones específicas. Se citan varias sentencias de esta Sala Segunda en las resoluciones impugnadas glosando ese axioma y concretando su alcance.

Tal principio no aboca a taparse los ojos ante cualquier afectación de un derecho fundamental por el simple hecho de aparentar conformidad con una determinada legalidad. Algunos de los precedentes que se evocan con transcripción de largos pasajes en las sentencias de instancia y apelación son elocuentes y expresivos en ese orden de cosas. Vulneraciones clamorosas, universales, cuya evidencia las hace intolerables, solo permiten una única respuesta: el rechazo tajante. Para ellas las fronteras están cerradas. Carecerán de toda eficacia transfronteriza. Está vedada su evaluación por mucho que hipotéticamente pudieran encontrarse amparadas por una legislación o praxis nacional foránea.

Pero en materias más versátiles y poliédricas (un ejemplo paradigmático puede ser la técnica de las entregas vigiladas; otro, el agente encubierto...) en que son constatables divergencias entre las distintas legislaciones que arbitran desarrollos diferenciados, no podemos instalarnos en una suerte de imperialismo o colonialismo jurídico imponiendo las soluciones adoptadas por nuestro legislador ordinario a los demás países como si fuesen las únicas aceptables; y negando, desde un infantil supremacismo, calidad democrática o déficit de tutela de derechos fundamentales a otros posibles y aceptables desarrollos legislativos, dentro de nuestro entorno jurídico y en el marco de una cultura de respeto a los derechos fundamentales.

Hay principios no negociables (prohibición de la tortura, secreto de las comunicaciones salvo autorización judicial...). Pero aparecen otras cuestiones, especialmente algunas atinentes a derechos de nueva generación (autodeterminación informativa, derecho al entorno virtual...), o en que confluyen derechos e intereses variados y contrapuestos (v.gr., infiltración policial como método de investigación) conformando una encrucijada susceptible de matices y modulaciones, en que las legislaciones nacionales presentan divergencias (quién debe autorizar la técnica del agente infiltrado -policía, fiscal o autoridad judicial-, v.gr). Estas propician mayor permeabilidad transfronteriza. No está legitimado un Estado para exigir que las actuaciones de otros países se atengan a su específica legislación cuando las soluciones admisibles, y respetuosas todas en lo esencial con la tutela del derecho fundamental, pueden ser variadas.

Nos enfrentamos aquí a una de esas temáticas. La obtención de la IP sin autorización judicial, se consideraba legítima bajo la normativa anterior a la ley de 2007 (vid. STS 1299/2011, de 17 de noviembre). Sigue siéndolo en determinadas condiciones (vid art. 588 ter k) y, *mutatis mutandi*, art. 588 ter l), lo que, por otra parte, resulta muy razonable en tanto sin graves dificultades cualquier particular puede sin habilidades especiales y sin clandestinidad alguna, acceder a ese dato que revela por sí solo muy poco. Solo son una clave en grupos de cifras. Como explica bien la circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado la IP por sí sola es muy poco invasiva, pues no identifica a nadie. Solo permite llegar a identificar cuando se interrelacione con otros datos cuya indagación exige ciertos presupuestos.

No es dable proyectar la vigencia de la actual legislación a actuaciones llevadas a cabo en otros países conforme a su normativa.

No se puede reclamar, por tanto, que en USA se aplique la norma española: el principio general no es presumir que las actuaciones en otros países están fuera de la ley salvo que se demuestre lo contrario. La presunción de inocencia obliga a no dictar sentencia condenatoria sin que medien pruebas de cargo suficientes que acrediten de forma concluyente la participación de una persona en una acción delictiva y su culpabilidad; pero no obliga a presumir que todas las pruebas de cargo son ilegítimas mientras no se demuestre lo contrario (STS 163/2013, de 23 de enero).

Para invalidar actuaciones procedentes de otro país, haría falta algo más que lanzar una pura suposición, carente de base, de que podrían no ajustarse a la legalidad, allí vigente; o que no se han acomodado a la norma de desarrollo del derecho fundamental vigente en España.

Es de advertir, más en concreto y a mayor abundamiento, que en la normativa interna para los usuarios de DIRECCION000 que el recurrente incorpora a sus alegaciones incluyendo el enlace que permite su consulta, se especifica que ajustan su política de facilitación de datos a autoridades encargadas del cumplimiento de la ley de acuerdo con la legislación aplicable, remitiéndose a la ley federal estadounidense de almacenamiento de datos ("Stored Communications Act", SCA), 18 USC, secciones 2701-2712.



QUINTO.- La autorización judicial no es una exigencia necesariamente constitucional. Se mueve en el plano de la legalidad. Y no es universal en el sentido de que no se exige para cualquier actividad de investigación policial en la red, o para cualquier identificación de una IP (vid arts. 588 ter 1) ó 588 ter k) LECrim y STS 173/2018 de 11 de abril).

Las exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, concernido de manera determinante, no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial en comparación a otros derechos como el secreto de las comunicaciones. No toda incidencia en ese derecho *-habeas data-* reclama inexorablemente desde una perspectiva constitucional habilitación judicial como demuestran nuestra historia legislativa y evolución jurisprudencial. Otra cosa es el plano de la legalidad ordinaria:

Ilumina en esta dirección el discurso que desarrollaba de la STS 1299/2011, de 17 de noviembre:

"...se denuncia también la ausencia de **control judicial** en la obtención por los agentes de la Guardia Civil de la **dirección IP**, de la denominación de usuario y demás datos que posibilitaron la identificación del acusado, por lo cual se considera vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y también el derecho a la intimidad personal (folios 33 y ss. del escrito de recurso).

Se denuncia por tanto la vulneración de los apartados 1 y 3 del art. 18 de la Constitución, al entender la parte recurrente que los agentes de la Guardia Civil, que iniciaron en este caso las investigaciones en virtud de una denuncia de un particular, obtuvieron por medios extrajudiciales el IP del acusado, infringiendo así la normativa que impone una autorización judicial para conocer la identidad de la persona a quien pertenece el IP que fue conocido a través de la navegación por Internet.

La supuesta infracción de derechos fundamentales con motivo de investigaciones de esa índole relacionadas con delitos de pornografía infantil ya ha sido tratada en algunos precedentes de esta Sala. Y así, en la **sentencia 680/2010, de 14 de julio** -que a su vez se remite a las sentencias 739/2008, de 12 de noviembre, 236/2008, de 9 de mayo, y 292/2008, de 28 de mayo-, se establece lo siguiente:

a) Los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (Internet Protocols) que habían accedido a los "hush" que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red es quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada queda registrada siempre y ello lo sabe el interesado.

b) Entender que conforme a la legalidad antes citada (Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación) se hace preciso, sin embargo, acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (*habeas data*)...

...La STS 292/2008, de 28 de mayo, ya declaró que cuando la comunicación a través de la Red se establece mediante un programa P2P, como en el DIRECCION002 o DIRECCION003, al que puede acceder cualquier usuario de aquella, el operador asume que muchos de los datos que incorpora a la Red pasen a ser de público conocimiento para cualquier usuario de Internet, como, por ejemplo el IP, es decir, la huella de la entrada al programa, que queda registrada siempre. Y fue este dato, el IP del acusado, el que obtuvo la Guardia Civil en su rastreo de programas de contenido pedófilo, dato que -conviene repetir y subrayar- era público al haberlo introducido en la Red el propio usuario al utilizar el programa P2P. Por ello, no se precisa autorización judicial para conocer lo que es público, y esos datos legítimamente obtenidos por la Guardia Civil en cumplimiento de su obligación de persecución del delito y detención de los delincuentes, no se encontraban protegidos por el art. 18.3 CE.

Y con el fin de aclarar todavía más una cuestión que siempre presenta un componente técnico de cierta complejidad, añade la referida sentencia 680/2010, remitiéndose a su vez a la 292/2008, que debe recordarse que el IP del acusado que averiguó la Guardia Civil no identifica la persona del usuario, para lo cual se precisa conocer el número del teléfono y la titularidad del contrato con la autorización judicial. Y si, como ha quedado razonado, la obtención por la Guardia Civil del IP del acusado -única actuación policial en todo el procedimiento de investigación no controlada y dirigida por la autoridad judicial-, no ha quebrantado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones proclamado en el art. 18.3 C.E, debemos ahora enfocar el problema desde la perspectiva de las disposiciones legales que tienen por finalidad desarrollar la protección de la intimidad de las personas que consagra el art. 18.1 C.E, y, en concreto, la protección de datos personales que afecten a esa intimidad (art. 18.4 CE).

En este ámbito normativo destacan, según la citada sentencia 680/2010, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su Reglamento de 21 de diciembre de 2007, que



entró en vigor el 31 de marzo de 2.008, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y su Reglamento de 15 de abril de 2005, de cuya normativa parece inferirse que la identificación del titular de una determinada terminal telefónica o usuario de Internet, únicamente podrá obtenerse legalmente con el consentimiento del afectado o por autorización judicial.

De otra parte, conviene también traer a colación la **Ley 25/2007, de 18 de octubre**, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, que desarrolla la Directiva de la Unión Europea 2006-24 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de marzo del mismo año, Directiva que a su vez modifica la 2002/28/CE. La referida ley pretende solucionar, armonizando las obligaciones de los proveedores de conservar determinados datos y de asegurar que estén disponibles, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de delitos graves.

Tal como se recuerda en la sentencia de esta Sala **247/2010, de 18 de marzo**, la Ley 25/2007 tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de Telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por estos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa, y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa (los datos que deben ser custodiados por los operadores de telecomunicaciones están ampliamente descritos en su art. 3º).

En efecto, en el art. 6 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, se dispone, en su apartado 1, que "Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial". Y en el art. 7, apartado 2, se preceptúa que "La resolución judicial determinará, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, los datos conservados que han de ser cedidos a los agentes facultados".

La rotundidad de la Ley 25/2007, en su artículo 6, en relación con el art. 3, provocó -dice la sentencia 247/2010- ciertas dudas entre los Magistrados que tenían que dictar sentencia en esta instancia, especialmente sobre su posible proyección al caso de autos, por lo que se estimó oportuno llevar a un Pleno no jurisdiccional la reserva atribuida a la autorización judicial para la obtención de datos con exclusión del Mº Fiscal.

En el Pleno celebrado el 23 de febrero de 2010 se acordó, con relación a la interpretación de los arts. 6 y 7 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, que era necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

Sin embargo, es importante subrayar que esa Ley no se hallaba en vigor cuando se perpetraron los hechos perseguidos en este procedimiento, ni tampoco cuando se llevó a cabo la actuación policial investigadora, en los primeros meses del año 2007". (énfasis añadido).

SEXTO.- No podemos dejar de ponderar -y es esta otra línea de argumentación que nos llevará a igual puerto: legitimidad de la actuación de la empresa- que quien efectuó la inicial denuncia conocía legítimamente la IP y estaba obligada a denunciar facilitando cuantos datos estuviesen en su poder. Eso cambia radicalmente el enfoque. No se trata de alguien que busca pruebas mediante metodología vulneradora de derechos fundamentales. Antes bien, transmite datos legítimamente adquiridos, y los transmite en virtud de una obligación legal y, además, amparada contractualmente. El usuario sabe -o tiene que saber- que conoce ese dato. Carece de toda fundada expectativa de privacidad respecto de ese concreto dato (IP); por otra parte, muy escasamente invasivo de la intimidad si no se acompaña de indagaciones posteriores, que se hicieron -éstas sí- con el exigible *plácet* judicial. Ese conocimiento legítimo -y asumido por quien hace uso de esa red- habilitaba a la empresa no para desvelar ese dato en cualquier caso y con cualquier motivo; pero sí para cumplir con una obligación legal que impone no ya solo denunciar delitos, sino más aún, abortar la perpetuación de esa infracción lesiva de derechos fundamentales de primer orden, (con menores afectados) lo que nos sitúa en un plano cualificado: no se trata únicamente de identificar posibles responsables de delitos cometidos, sino de evitar la pervivencia de sus efectos lesivos de la dignidad de unos menores.

La propia gestora de la red social (DIRECCION000) advierte públicamente a los usuarios de su política. Y entrando en sus protocolos de uso, accesibles para cualquiera a través del enlace que tanto la sentencia como el recurrente mencionan, se topa muy pronto con la siguiente advertencia " *Mostramos tolerancia cero con aquellas personas que comparten contenido sexual relacionado con menores*". Y en otro lugar al que se reenvía: " *No permitimos contenido que explote sexualmente a menores o que los ponga en peligro. Cuando detectamos*



un posible caso de explotación infantil, la denunciemos al DIRECCION004), de acuerdo con la legislación en vigor".

Por lo demás, las autorizaciones judiciales emitidas para obtener en España los datos necesarios que llevaron a identificar al acusado evaporan todo resquicio de antijuricidad.

Las manifestaciones prestadas en el plenario por el recurrente, a mayores, no estarían viciadas por no existir conexión de antijuricidad. Es justo, no obstante, reconocer que en tales declaraciones solo se admite el consumo de pornografía infantil; no su difusión, lo que arrastraría, de atenernos solo a ellas, a un cambio del título de imputación.

Por fin, otro elemento relevante es el marco: relaciones entre la empresa que gestiona una red social y un particular que contrata con ella con unas condiciones específicas. No es una relación entre autoridad y particular. Y no es la autoridad la que reclama en virtud de su potestas el dato. Esto introduce unos matices relevantes. Son analizados en la reciente STS 694/2020, de 15 de diciembre, que, además, contemplaba unos hechos en que aparecían concernidas no ya la intimidad o la autodeterminación informativa sino un derecho más blindado constitucionalmente como es el secreto de las comunicaciones.

Los motivos analizados fracasan.

SÉPTIMO.- El quinto motivo invoca la **presunción de inocencia** (art. 852 LECrim, 5.4 LOPJ y 24.2 CE): al no haberse ratificado los informes emitidos desde USA no podrían ser valorados. No fueron refrendados por sus autores. Eso supondría que solo hay prueba del consumo de pornografía infantil; no de su difusión.

La objeción es, rebatida con acierto por la sentencia de instancia: los informes están respaldados por muy robustos elementos corroboradores. El hallazgo por la policía de una imagen en el móvil del acusado coincidente con alguno de los vídeos es uno de ellos. No puede serlo, sin embargo, el reconocimiento inicial de éste que, según se explicó, se produjo no de forma espontánea sino inducido por los agentes que le preguntaron, lo que convierte ese material en inservible probatoriamente.

Constatada la veracidad sustancial de ese informe remitido por vía oficial desde una organización que actúa coordinada con las autoridades americanas, no hay razón alguna para pensar que la información allí contenida pudo ser tergiversada atribuyendo al usuario conductas diferentes a las realizadas. Ha sido contrastado -está admitido por el recurrente- que en las fechas y horas indicadas fue él quien se adentró en esa red con el Nick que se le atribuye en el informe y a través de la cuenta también identificada. No se sugiere razón alguna que pueda introducir alguna duda razonable sobre una eventual manipulación o deformación de los hechos imputando a ese usuario conductas (descarga, difusión) distintas de las realizadas (visualización únicamente, según su versión).

La presunción de inocencia puede considerarse legítimamente desactivada mediante ese informe con origen en DIRECCION000 , realizado por una ONG reconocida e identificada y trasladado por vía oficial a las autoridades nacionales.

OCTAVO.- El siguiente motivo del recurrente -quinto- versa sobre el principio de proporcionalidad: la pena impuesta (6 años) sería desproporcionada.

Tomando como guía la STS 710/2014 de 29 de octubre, debemos recordar que el principio de proporcionalidad no está expresamente proclamado en la Constitución Española aunque constituye una exigencia implícita en su art. 25 según tempranas declaraciones del Tribunal Constitucional. A partir de diciembre de 2009 un texto normativo de aplicación directa en nuestro ordenamiento lo consagra de manera expresa: el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.*

El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre y STS 466/2012, de 28 de mayo). A su criterio, trasladado a la ley, han de atenerse en el ejercicio de sus funciones los jueces y tribunales. En el discernimiento sobre qué sanciones son las más ajustadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser acatado. Esa libertad, empero, no es absoluta. La Constitución impone unos mínimos estándares de proporcionalidad que enlazan con los derechos proclamados en su art. 25.1. Esa estimación se ve en la actualidad reforzada por la vigencia del citado art. 49.3 de la Carta de Derechos de la Unión Europea. Desde este enfoque una ley penal puede ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional: tanto por resultar patentemente innecesaria una reacción de tipo penal; como por estimarse excesiva la carga afflictiva de la pena en relación con la entidad del delito.

En este segundo nivel, nos moveríamos en el territorio de lo que se ha denominado **desproporción en sentido estricto** (STC 136/1999, de 20 de julio).



Pero también el Tribunal Constitucional ha de partir del respeto a la potestad del legislador para elegir los bienes dignos de ser penalmente protegidos, y para definir los comportamientos penalmente reprobables y dosificar tipo y cuantía de las sanciones penales. Esas cautelas le confinan a una posición desde la que solo puede verificar que la norma penal no produce *"un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho"* (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º). La evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma corresponde al legislador: *"... sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa"* (STC 161/1997, de 30 de octubre).

Linderos todavía más angostos encorsetan la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria para valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad (STS 466/2012, de 28 de mayo). Ese principio no queda al margen de sus funciones. De un lado, dentro de los límites legales, el principio de proporcionalidad ha de presidir la tarea de individualización penológica en cada caso atendiendo a los criterios del Código que remiten a esos cánones de proporcionalidad. En este plano parece discurrir el argumentario del motivo.

De otra parte, en los casos excepcionales en que se detecte ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la ilegitimidad de la norma, podrán reenviar la cuestión al TC, único órgano con poderes constitucionales de enmienda del legislador. Por fin, y esa prescripción representa un indubitado eco legal del principio de proporcionalidad, pueden los órganos judiciales elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP).

Pues bien, en el presente supuesto no podemos sino atenernos al criterio del legislador que, además, en esa materia ha de operar con condicionantes derivados de obligaciones internacionales. Más allá de lo valorativo que puede rodear una cuestión de política criminal como es decidir qué sanción resulta ponderada para cada conducta, y de las muy diferentes y respetables opiniones que pueden emitirse al respecto, y constatado que la pena establecida no puede tildarse de desproporcionada, no corresponde a un órgano jurisdiccional ni emitir un juicio crítico; ni, por supuesto, inaplicar la norma aprobada por el Parlamento; ni, forzar la legalidad como coartada para dar primacía a los propios criterios de proporcionalidad sobre los manifestados por el Parlamento en forma democráticamente irreprochable, ni -y esto es lo reclamado en último término por el recurrente- arrogarse facultades de individualización que la ley pone en manos del Tribunal de instancia, y no en el de casación.

La constitucionalidad de la norma desde esa óptica no nos suscita ninguna duda.

Tampoco la legitimidad y legalidad de la concreción penológica efectuada a la instancia. Se ha impuesto la pena privativa de libertad en su extensión no mínima, pero sí elevada muy ligeramente. No es reprochable ese discreto incremento que justifica la Audiencia de forma totalmente razonable: pluralidad de descargas; y carácter de las escenas con un componente pornográfico fuerte y singularmente lesivas para la dignidad de los menores.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO.- La desestimación del recurso conduce a la condena en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

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 interpuesto por **Paulino** contra Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 25 de febrero de 2019 que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección Segunda) en el Procedimiento Abreviado 924/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria en causa seguida contra el recurrente por delitos de explotación sexual de menores (pornografía infantil).

2.- Imponer a Paulino el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Canarias y a la Sección segunda de la Audiencia provincial de Las Palmas a los efectos procedentes interesándoles acuse de recibo.



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.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ