



Roj: SAP M 1/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1
Id Cendoj: 28079370052015100001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 17/2013
Nº de Resolución: 1/2015
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: PASCUAL FABIA MIR
Tipo de Resolución: Sentencia

Sección nº 05 de la Audiencia Provincial de Madrid
C/ Santiago de Compostela, 96, 914934574/73 - 28071

Teléfono: 914934574/73, 914933800

Fax: 914934716

7051530

NIG.: 28.079.00.1-2013/0034213

Procedimiento sumario ordinario 17/2013

Delito: Abusos sexuales

P. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 07 de Valdemoro

Procedimiento Origen: Sumario (Proc. Ordinario) 2/2013

P.O.17/2013

SENTENCIA Nº 1/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN QUINTA

Ilmos./as Sres./as:

Presidenta

Dª. Paz Redondo Gil

Magistrados

D. Pascual Fabiá Mir

D. Jesús María Hernández Moreno

En Madrid, a 9 de febrero de 2015

Vista en juicio oral y público ante la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de Madrid la Causa, P.O. nº 17/2013, procedente del Juzgado de Instrucción nº 7 de Valdemoro, seguida por delitos de abusos sexuales, provocación sexual y corrupción de menores contra Agustín , nacido en Madrid el NUM000 de 1965, hijo de Dimas y de Dulce , D.N.I nº NUM001 , con antecedentes penales susceptibles de cancelación y privado provisionalmente de libertad por estas actuaciones desde el 26 de junio de 2012; en la que han sido partes el Ministerio Fiscal, representado por la Iltrma. Sra. Dª. María Concepción Pedraza Campos, la acusación particular formulada en nombre de Landelino , presentada por el Procurador D. José Luis Rodríguez Pereita y asistida de la Letrada Dª. Marta Sanz Heredero, la acusación particular formulada en nombre de Sixto , representada por la Procuradora Dª. Raquel Nieto Bolaño y asistida de la Letrada Dª. Raquel Vega Suso, la acusación particular formulada en nombre de Pedro Miguel , representada por la Procuradora Dª. Paloma Sabadán Chaves y asistida de la Letrada Dª. Miriam Rodríguez Herranz, y el citado acusado, representado

por la Procuradora D^a. Reyes Virginia García de Palma y defendido por la Letrada D^a. Marta María González Blanco; siendo Ponente el Il^{mo}. Sr. Magistrado D. Pascual Fabiá Mir.

I- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los

A) Los cometidos sobre Epifanio : un delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1.a) y 3.a) y 74 del Código Penal .

B) Los cometidos sobre Julián ; un delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1.a) y 3.a) y 74 del Código Penal .

C) Los cometidos sobre Sixto , según la legislación vigente al tiempo de los hechos; un delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1.a) y 3.a) y 74 del Código Penal , un delito continuado de abuso sexual, de los artículos 181.1 y 2 y 74 del Código Penal , y un delito de exhibición de material pornográfico del artículo 186 del Código Penal .

D) Los cometidos sobre Luis Antonio : un delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1.a) y 3.a) y 74 del Código Penal , o, subsidiariamente, un delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 6 del Código Penal .

E) Los cometidos sobre Basilio : un delito de exhibición de material pornográfico del artículo 186 del Código Penal ,

F) Los cometidos sobre Faustino : un delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1.a) y 3.a) del Código Penal ,

G) Los cometidos sobre Landelino : un delito continuado de abuso sexual, de los artículos 181.1 y 2 y 74 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

H) Los cometidos sobre Mateo : un delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, del artículo 189.1.a) del Código Penal , o, subsidiariamente, un delito contra la intimidad, de los artículos 197.1 y 5 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, y un delito de exhibición de material pornográfico, del artículo 186 del Código Penal .

I) Los cometidos sobre Luis María : un delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1 a) y 3.a) del Código Penal , o, subsidiariamente, un delito contra la intimidad, de los artículos 197.1 y 5 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, y un delito de exhibición de material pornográfico, del artículo 186 del Código Penal .

J) Los cometidos sobre Pedro Miguel : un delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1.a) y 3.a) del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, o, subsidiariamente, un delito contra la intimidad, del artículo 197.1 y 6 del Código Penal .

K) Los cometidos sobre Borja : un delito continuado de abuso sexual, de los artículos 74 , 181.1 y 2 y 182.1 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, y un delito contra la intimidad, de los artículos 197.1 y 5 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

L) La mera posesión de material pornográfico de menores en cuya realización no intervino el acusado: un delito del artículo 189.2 del Código Penal .

Para el cómputo de la prescripción sería de aplicación la norma contemplada en el artículo 132,1, segundo inciso, del Código Penal , en relación a delitos cometidos sobre víctimas menores de edad, en tanto que introducida en el Código Penal por Ley Orgánica de 30 de abril de 1999, vigente desde el 21 de mayo de 1999, posteriormente modificada por Ley Orgánica de 9 de junio de 1999, vigente desde el 10 de junio de 1999.

De los anteriores delitos debía responder en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el acusado, Agustín , para quien interesó las siguientes penas:

1) Por los delitos cometidos sobre Epifanio : por el delito de los artículos 189.1 a), 3 a) y 74, la pena de nueve años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, diez años de libertad vigilada, conforme al artículo 192.1 del Código Penal , e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.3 del Código Penal), y, por el delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 6 del Código Penal , la pena de cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio

pasivo durante el tiempo de condena, y la pena de veinte meses de multa, con una cuota al día de 6 euros, y aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago.

2) Por los delitos cometidos sobre Julián : por el delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1 a) y 3ª) y 74 del Código Penal , la pena de ocho años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y diez años de libertad vigilada, conforme al artículo 192.1 del Código Penal , e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años del artículo 192.3 del Código Penal .

3) Por los delitos cometidos sobre Sixto según la legislación vigente al tiempo de los hechos: por el delito continuado de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, de los artículos 189.1 a) y 3ª) y 74 del Código Penal , la pena de ocho años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal); por el delito contra la intimidad del artículo 197.1 y 5 del Código Penal , la pena de cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y la pena de veinte meses de multa, con una cuota al día de 6 euros, y aplicación de responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago; por el delito continuado de abuso sexual de los artículos 181.1 y 2 del Código Penal , la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal); y por el delito de exhibición de material pornográfico del artículo 186 del Código Penal , la pena de ocho meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal).

4) Por los delitos cometidos sobre Luis Antonio : por el delito de los artículos 189.1 a), 3ª) y 74 del Código Penal , la pena de siete años y seis meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y diez años de libertad vigilada, conforme al artículo 192.1 del Código Penal , e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.3 del Código Penal).

5) Por los cometidos sobre Basilio , exhibición de material pornográfico del artículo 186 del Código Penal : la pena de ocho meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal).

6) Por los delitos cometidos sobre Faustino ; por el delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años, la pena de cinco años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y diez años de libertad vigilada, conforme al artículo 192.1 del Código Penal , e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.3 del Código Penal).

7) Por los delitos cometidos sobre Landelino , delito continuado de abuso sexual, de los artículos 181.1 y 2 y 74 del Código Penal : la pena de dos años y seis meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal).

8) Por los delitos cometidos sobre Mateo : por el delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, la pena de tres años y seis meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192,2 del Código Penal), o, subsidiariamente, por el delito contra la intimidad de los artículos 197.1 y 5 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de veinte meses, con una cuota al día de 6 euros, y aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago; y por el delito de exhibición de material pornográfico del artículo 186 del Código Penal , la pena de ocho meses de prisión, con accesoria del inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal).

9) Por los delitos cometidos sobre Luis María : por el delito de utilización de menores de trece años para la elaboración de material pornográfico, la pena de cinco años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal), o, subsidiariamente, por el delito contra la intimidad de los artículos 197.1 y 5 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de veinte meses, con una cuota al día de 6 euros, y aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago; y por el delito de exhibición de material pornográfico del artículo 186 del Código Penal , la pena de ocho meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal).

10) Por los delitos cometidos sobre Pedro Miguel , delito de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico con menores de 13 años: la pena de cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal).

11) Por los delitos cometidos sobre Borja : por el delito continuado de abuso sexual, la pena de diez años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal); por el delito continuado de elaboración de material pornográfico con menores del artículo 189.1 a) vigente al tiempo de los hechos, la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.2 del Código Penal); y por el delito contra la intimidad de los artículos 197.1 y 5 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, la pena de tres años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de veinte meses, con una cuota al día de 6 euros y aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago.

12) Por el delito del artículo 189.2 del Código Penal : la pena de un año de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e inhabilitación especial para profesión relacionada con menores por tiempo de tres años (artículo 192.3 del Código Penal) y libertad vigilada por cinco años, conforme al artículo 192.1 del Código Penal .

Además, con arreglo al artículo 127 del Código Penal , procedía imponer el comiso de los equipos y dispositivos informáticos y de almacenamiento intervenidos, por contener las imágenes obscenas de menores, e, igualmente, procedía imponer al acusado el pago de las costas.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado debía indemnizar a las víctimas y caso de ser menores, a través de sus representantes legales en las siguientes cantidades, con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil :

- A Epifanio , en la cantidad de 6.000 euros.
- A Julián , en la cantidad de 2.000 euros.
- A Sixto , en la cantidad de 9.000 euros.
- A Luis Antonio , en la cantidad de 3.000 euros.
- A Basilio , en la cantidad de 500 euros.
- A Faustino , en la cantidad de 2.000 euros.
- A Landelino , en la cantidad de 3,000 euros.
- A Mateo , en la cantidad de 3.000 euros.
- A Luis María , en la cantidad de 3.000 euros.
- A Pedro Miguel , en la cantidad de 1,000 euros.
- A Borja , en la cantidad de 12,000 euros.

SEGUNDO.- la acusación particular formulada en nombre de Landelino , en el mismo trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de pornografía infantil, previsto y penado en el artículo 186 del Código Penal ; un delito continuado de corrupción de menores, previsto y penado en el artículo 189.1 a), en relación con el artículo 189.3.a) del Código Penal ; un delito continuado de corrupción de menores, previsto y penado en el artículo 189.1 b) del Código Penal ; y un delito continuado y agravado de abusos sexuales, previsto y penado en los artículos 181.1 y 181.5, en relación con el artículo 180.1 , 3 del Código Penal , delitos de los que debía disponer en concepto de autor, en virtud del artículo 28 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal el acusado, Agustín , para quien pidió la imposición de las penas de un año de prisión por el delito de pornografía infantil, cuatro años de prisión por el primer delito de corrupción de menores, ocho años de prisión por el segundo delito de corrupción de menores y tres años de prisión por el delito de abusos sexuales, con pena accesoria, además de las previstas en la ley, de prohibición de comunicarse con Landelino , así como con sus familiares directos, como padres y hermanos, y de aproximación a su domicilio o lugar de trabajo a una distancia inferior a 500 metros, por un tiempo de cinco años, y a que indemnizara a Landelino en la cantidad de 12.000 euros en concepto de daños y perjuicios morales causados al menor.

TERCERO.- La acusación particular formulada en nombre de Sixto , en el mismo trámite, calificó los hechos del mismo modo y efectuó idéntica petición de penas que la anterior acusación particular, salvo la prohibición de aproximación y comunicación, e interesó que la indemnización a Sixto por los daños y perjuicios morales causados como consecuencia de la conducta del acusado fuera de 10.000 euros.

CUARTO.- La acusación particular formulada en nombre de Pedro Miguel , en el mismo trámite, se adhirió a la calificación y peticiones del Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La defensa de Agustín , también en trámite e conclusiones definitivas, completadas por las alegaciones de su informe, pidió su libre absolución, por cuanto no podía sostenerse la acusación, ya que las pruebas se sabían obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la defensa y a un proceso con todas las garantías. En este sentido, se alegó que la entrada y Registro en el domicilio era nula, así como también los datos obtenidos a partir de la misma, pues el auto que la autorizó se había basado en meras conjeturas y sospechas largas, sin que existieran datos objetivos suficientes para la autorización, de modo que se concurrían los requisitos de proporcionalidad, idoneidad e inexistencia de otros medios menos gravosos; se introdujeron dispositivos electrónicos que vulneraban la integridad de los equipos informáticos; se utilizó un software, del que se desconocen delitos y que impide asegurar la integridad de las pruebas; hubo ruptura en la cadena de custodia de las pruebas, pues diversos agentes de la policía, sin ser acompañados por la Secretaría Judicial y sin resolución judicial autorizante, regresaron de nuevo al domicilio del detenido, al parecer, a recoger pruebas que se habían olvidado, con lo que se desvirtúa la integridad de las pruebas y se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio; se manipularon las evidencias digitales, pues ha de clonarse el contenido extracto del ordenador para asegurar la integridad de aquéllas; el acta de registro era ambigua, no era clara ni comprensible y faltaba información sobre los medios e instrumentos utilizados y el estado de los mismos; el acusado no fue informado de forma inmediata de las razones de su detención ni de sus derechos, lo que le causó indefensión y que declarara sin asistencia letrada, desconociendo sus derechos, contestando y cooperando con los agentes y facilitándoles el material que precisaban, pone a estar ya privado de libertad; y, finalmente, no existen videos de carácter pornográfico en los que participen los menores que Se citan en el escrito de acusación ni tampoco de su exposición resultan indicios de abuso sexual.

II. HECHOS PROBADOS

En el presente procedimiento, ha sido acusado Agustín , mayor de edad, privado provisionalmente de libertad por estas actuaciones desde el 26 de junio de 2012 y ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 15 de septiembre de 1994 del Juzgado de lo Penal nº 14 de Madrid, Juicio Oral 179/1994, a las penas de cuatro meses de arresto mayor y multa de 500.000 pesetas, por delito contra la libertad sexual.

En el curso de la investigación llevada a cabo sobre un delito de corrupción de menores por posesión de pornografía infantil, el Grupo de Delitos Tecnológicos de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid, mediante oficio de fecha 21 de junio de 2012, solicitó del Juzgado de Instrucción de Guardia de Valdemoro mandamiento de Entrada y registro en el domicilio del acusado, sito en nº NUM002 , NUM003 escalera, piso NUM004 , de la DIRECCION000 de Valdemoro.

En el oficio remitido, se informaba del escrito del Grupo 1º de Protección al Menor de la Brigada de Investigación Tecnológica, en el que se daba cuenta de la Comunicación procedente de "INTERPOL

OTTAWA" (Canadá), por la supuesta Comisión en España de varios delitos relativos a la prostitución y corrupción de Menores.

En concreto, en lo que se refería al partido judicial de Valdemoro, se expresaba que el acusado podía haber comprado material con contenido explícito de pornografía infantil en la web "AZOVFILMS", siendo la evidencia de la adquisición del material pornográfico la factura de compra que se acompañaba y habiéndose comprobado que Agustín residía en el domicilio que constaba en la factura.

La factura, cuyo importe era de 143,70 dólares, indicaba, que los contenidos adquiridos podían ser descargados durante siete días y que tales contenidos eran tres películas, visionadas por la Policía de Canadá, tituladas "SKATEBRATS", "SNOWBALLERS" y "SPRING", y fotogramas de las mismas. Según la nota de del detective Teodoro , en la película "SPRING" no había escenas de pornografía infantil. En los fotogramas adjuntados desde Canadá se observaban escenas de varones adolescentes y preadolescentes desnudos, que no estaban realizando actos sexuales.

El Juzgado de Instrucción nº 7 de Valdemoro, a la vista de lo informado por la fuerza policial solicitante, autorizó la entrada y registro en el domicilio del acusado por auto de 26 de junio de 2012 .

A las 09:30 horas de ese mismo día comenzó el registro autorizado, que finalizó a las 13:45 horas, y, en el curso del mismo, se hallaron diferentes equipos informáticos, de los que era usuario el acusado, y se intervino material informático y electrónico, que contenía numerosos archivos de fotografía y vídeo y catálogos fotográficos almacenados y ordenados, en los que aparecían menores de edad realizando distintas prácticas sexuales o exhibiendo sus órganos genitales.

Igualmente, durante el registro se encontró un diario personal, en el que el acusado documentaba sus actividades con menores, y una carpeta con información de los miembros y actividades del club ciclista que dirigía ("CIEN PROMESAS"), documentación a través de la cual se identificó a algunos de los menores que aparecían en el material intervenido, quienes no habían denunciado con anterioridad al acusado.

Agustín fue detenido a las 13:40 horas, ante las evidencias encontradas, posteriormente, el Juzgado de Instrucción autorizó el volcado y copia de los datos informáticos par a su análisis y conservación.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La relación de hechos probados se ha fijado en atención a las pruebas practicadas directamente en el plenario y a las reproducidas en dicho acto y, entre ellas, se consideran relevantes la solicitud de entrada y registro y documentación acompañada a la misma (folios 3º a 37º de las actuaciones), las resoluciones dictadas por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Valdemoro (folios 38º a 44º y 126º a 127º), el acta de entrada y registro (folios 45º a 49º), los informes periciales emitidos sobre el material informático intervenido (folios 84º a 113º, 176º a 192º, 245º a 313º, 524º a 548º, 551º a 569º, 589º a 653º, 999º a 1142º y 1161º a 1190º), las declaraciones de los funcionarios policiales que llevaron a cabo las investigaciones y la entrada y registro en el domicilio del acusado y las manifestaciones de los perjudicados.

SEGUNDO.- Conforme a doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Dicho principio extiende su garantía tanto a la existencia de los hechos punibles que se dicen acaecidos como a la participación que en ellos tuvieron los acusados. Tanto una cosa como otra ha de quedar debida y legítimamente acreditada para que pueda sostenerse que el principio de presunción de inocencia ha quedado enervado (vid. SSTC 189/1998, de 28 de septiembre , 120/1999, de 28 de junio , 249/2000, de 11 de noviembre , etc). Así pues, la presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada por pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías y no las reúnen aquéllas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, que parecen de eficacia probatoria (vid. STC 14/1984).

Por ello, atendida la naturaleza y trascendencia de la alegación de la defensa de que no existen pruebas válidas para condenar al acusado, debe examinarse, ante todo, si, como dice, las existentes se han obtenido con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y si, en consecuencia, es nula la entrada y registro y las demás pruebas derivadas de la misma.

TERCERO.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos proscribe en el artículo 12 las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la ley contra las mismas. En la misma forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

fundamentales dispone en su artículo 8 que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia y que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto la injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

A su vez, la Constitución Española declara en su artículo 18.2 que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

La norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución).

Se trata de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los casos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de la autoridad pública. El objeto de protección no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (vid. SSTC 17-2-1984 , 26-4-1999 , 24-5-2001 , 17-1-2002 , 10-2-2003 , etc.)

Sin embargo, el derecho no es absoluto y puede sufrir restricciones ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática (vid. STC 160/1991 y STS 30-4-2007), de modo que, aparte de los casos de flagrante delito son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento del titular del domicilio o al amparo de una resolución judicial (vid. STC 17-2-1984 , 17-1-2002, 10-2-2003, etc.).

CUARTO.- La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho y no -como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución- a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho ¿el artículo 18.2 de la constitución u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos (vid. SSTC 18-1991, 10-2-2013 , etc.).

La resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (vid. SSTC 27-10-1994 , 23-2-1995 , 25-7-1995 , 24-2-1998 , 22-7-1999 , 27-9-1999 , 17-1-2000 , 29-5-2000 , 10-2-2003 , etc). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el artículo 18 de la Constitución y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental (vid. STC 27-9-1999 , 17-1 -2000, etc.).

La regla de proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la motivación de un derecho fundamental (vid. SSTC 26/1981 y 13/1985), de manera que, para ser suficiente, la motivación debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 Oct . 13/1985, de 31 Ene .; 151/1997, de 29 Sep . 175/1997, de 27 Oct . 200/1997, de 24 Nov . 177/1998, de 14 Sep . 18/1999, de 22 Feb .). La proporcionalidad de la entrada y registro se determina con relación a la gravedad del delito (vid. STS 28-12-2002).

En la ponderación de la proporcionalidad de la medida, el Juez que dicta la resolución sólo; puede haber tenido en cuenta las informaciones conocidas (vid. STC 9/1999, de 5 de abril). Por tanto, en la revisión de la proporcionalidad de la medida, no se ha de tomar en consideración ninguna circunstancia sabida con posterioridad al momento en que se adoptó la medida restrictiva del derecho fundamental (vid. STC /2000, de 17 de enero). Es decir, la valoración de indicios debe hacerse desde la perspectiva "ex ante", sin que el éxito de la operación pueda justificar "a posteriori" la restricción de un derecho fundamental que en el momento de ser acordada no encontraba fundamento constitucionalmente aceptable, como tampoco puede justificar injerencia la aportación de datos posterior al dictado del auto (vid. SSTs. 22-3-2010 y 5-9-2010).

No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de omisión de un delito, bastando una "notitia criminis" alentada por la sospecha fundada la circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión (vid. STC 239/1999, de 20 de diciembre). Desde luego, no integran la categoría de indicios las meras sospechas o hipótesis subjetivas

que no cuenten con un cierto fundamento objetivado, material e identificable susceptible de una eventual verificación. El indicio de delito que aporte al juez la solicitud policial es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito. Se necesita que la sospecha sea "fundada", es decir, apoyada en datos concretos y objetivos, por mínima que sea su entidad, que permitan al juez realizar sobre ellos un juicio de racionalidad sobre su eficacia indiciaria respecto del delito de que se trata (vid STC 49/1999 y SSTs 10-2-2001 , 1-3-2001 y 21-2-2011).

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

QUINTO.- Atendidas las anteriores declaraciones jurisprudenciales, consideramos que en el caso aquí enjuiciado se vulneró el artículo 18 de la Constitución , porque el Registro se practicó entrando en un domicilio particular sin la cobertura de autorización judicial válida, deduciéndose la invalidez de la autorización concedida de que la restricción del derecho fundamental no guardaba proporción con la gravedad del hecho delictivo conocido y de que eran insuficientes los datos que obraban en el informe policial sobre la existencia del delito y la participación del acusado (base indiciaria).

Así, debe tenerse en cuenta que el delito por el que se autorizó la entrada y registro era, según el auto del Juzgado de Instrucción, un delito de corrupción de menores por posesión de pornografía infantil (supuesta adquisición de tres películas y fotogramas con contenido explícito de pornografía infantil), conducta de mera posesión de material pornográfico que el artículo 189.2 del Código Penal castiga tan sólo con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

No cabe duda de que ese comportamiento típico es merecedor del reproche penal, pero no puede hablarse de unos hechos delictivos, en principio, graves, sobre todo, cuando no constaba que el acusado estuviera compartiendo o poniendo archivos pornográficos a disposición de otros usuarios, es decir, no había actividad de publicación de imágenes que hubiera que tratar de evitar, y, todo ello, sin perjuicio de lo acontecido con posterioridad a la autorización, cuando en el curso del registro ya se encontraron elementos acreditativos de conductas de especial gravedad, porque, como antes hemos señalado, el juicio que se requiere de la autoridad judicial debe verificarse "ex ante", valorando los hechos que le ofrece la Policía en apoyo de la petición.

Por otro lado, consideramos que no existían evidencias sólidas de la comisión del delito por el acusado. Los datos en que se basó la autorización de entrada y registro en el domicilio de Agustín , acordada en el auto de 26 de junio de 2012 , eran exclusivamente los facilitados por la policía canadiense, siendo la única diligencia que aparece efectuada por la fuerza policial solicitante la comprobación en el Padrón Municipal de Valdemoro de que Agustín estaba empadronado en el domicilio facilitado por el adquirente del material pornográfico.

Sin embargo, en la información de "INTERPOL OTTAWA" no constaba si las tres películas y los fotogramas adquiridos habían sido realmente descargados en algún terminal informático del acusado, lo único que decía la orden de encargo, o "factura", era que el material podría ser descargado durante siete días ("LINKS WILL BE VALID FOR: 7 days"). Los fotogramas aportados, como hemos señalado en la relación de hechos probados", contenían algunas escenas de desnudos de varones adolescentes y readolescentes, pero no reflejaban la práctica de actos sexuales, es más, según la policía de Canadá, una de las tres películas encargadas (cuyo título era "SPRING"), no contenía escenas de pornografía infantil ("This video depicts 5 males both pubescent and prepubescent as they build a fire, sauna and play a short game of twister. There are o scenes of child pornography."), Además, la policía española no comprobó si el material había sido descargado ni cuál era el contenido del mismo.

Por tanto, aun cuando existían razones para iniciar y desarrollar la investigación, en momento en el que se solicitó del Juzgado de Guardia el mandamiento de entrada y Registro ni había confirmación de la descarga ni podía vincularse indubitadamente el Material adquirido a la persona del acusado, pues como manifestaron en el plenario los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía nº NUM005 , NUM006 y NUM007 "no había motivos bastantes para efectuar la detención hasta bien avanzado el registro", "no había evidencias de que el material estuviera en el domicilio y hubiera sido voluntariamente contenido por el acusado", "cuando se encontraron pruebas suficientes se procedió a la detención", "sólo tenían la información que les había pasado la Policía de Canadá", "no aparecía plenamente identificada la persona del comprador", "estuvieron

por el domicilio y preguntaron a vecinos", "no comprobaron si se había pagado ni los contratos de telefonía del acusado", etc.

Así pues, entendemos que la petición policial en la que se apoyaba la resolución judicial no se encontraba suficientemente fundada, pues carecía de verdaderos indicios o sospechas suficientes y el juez se limitó a convalidar la petición policial, cuando, a la vista de las carencias de la solicitud, hubiera debido interesar de los solicitantes una ampliación de la información con ulteriores y posibles comprobaciones para cerciorarse de la verosimilitud de las imputaciones (antecedentes penales del sospechoso, confirmación de si vivía sólo en su domicilio o lo hacía con otras personas, examen del material adquirido, verificación de su descarga en el ordenador y del pago efectuado, actividades desarrolladas por el acusado relacionadas con menores de edad, etc.), que, posiblemente, habrían contribuido a sustentar el carácter estrictamente necesario de la medida para alcanzar el fin pretendido, sin que, como hemos apuntado, el vacío indiciario pueda ser subsanado con el resultado de la diligencia practicada, ya que la legalidad de una resolución judicial limitativa de los derechos fundamentales y libertades básicas del individuo no viene condicionada por el ulterior éxito policial, sino por la adecuación de aquélla a las exigencias establecidas en la Constitución como garantía y protección de tan trascendentes valores.

SEXTO.- La vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio conduce a la imposibilidad constitucional, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, de valoración judicial a efectos probatorios de todo elemento que se deba a dicha irregular actividad (vid. STC 126/1995, de 25 de julio). Tal ilicitud impide valorar como pruebas de cargo las que constituyen la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental y tampoco cabe valorar aquellas otras que, aún cuando por sí mismas no constituyan la materialización de la vulneración, se obtuvieron en el momento de practicarse el registro o se adquirió el conocimiento en el mismo acto (vid. SSTC 94/1999, de 31 de mayo , 39/1999, de 22 de julio , 161/1999, de 27 de septiembre , etc.).

En el mismo sentido, el artículo 11,1º de la LOPJ dispone que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, prohibición que, según la doctrina del Tribunal Supremo, alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues solo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están jurídicamente contaminados (vid. SSTC 29-4-1993 , 3-10-1996 , 17-2-1998 , 14-1-1999 , 27-9-1999 , etc.).

Por tanto, la ilicitud a la que nos hemos referido en el fundamento jurídico anterior, que ha lesionado los derechos constitucionales del acusado, comporta la nulidad del auto que autorizó la entrada y registro en su domicilio e impide la valoración de la prueba de cargo practicada, pues entendemos que toda ella, de un modo u otro, deriva del registro que hemos declarado nulo y se encuentra en conexión de antijuricidad con el mismo, conexión que se produce cuando una prueba es obtenida con fuerte violación constitucional y los demás medios de prueba están conectados causalmente a la fuente vulneradora y no son ajenos a la vulneración constitucional (vid. STC 4-11-2009),

De este modo, las declaraciones en el juicio oral de los funcionarios policiales y de los perjudicados, en las que relataban los hallazgos efectuados y describían los comportamientos desarrollados por el acusado, no pueden subsanar la nulidad de la entrada y registro, pues son pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal, habiendo sido obtenida la información a través de las medidas instrumentales restrictivas de derechos que se han declarado nulas.

No puede desconocerse que el único delito del que inicialmente se conocía que podía haber cometido el acusado era el de posesión de determinado material de pornografía infantil y que los elementos acreditativos de ese y de los demás delitos que se le atribuyen se dedujeron claramente de la entrada y registro, tratándose de hechos que no habían sido denunciados con anterioridad por las víctimas y que, en muchos casos, habían acontecido bastante tiempo atrás, identificando la Policía a los perjudicados por el examen del material informático y demás documentos personales de Agustín .

En consecuencia con lo argumentado, al haberse estimado la primera de las impugnaciones de la defensa, no resulta necesario entrar en el examen de las demás y, ante la falta de material probatorio válido y suficiente sobre la comisión de los delitos enjuiciados, entendemos que no se ha enervado la presunción de inocencia del acusado procede dictar una sentencia absolutoria a su favor.



SÉPTIMO.- Se declaran de oficio las costas procesales causadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 240.2º.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y se deben dejar sin efecto las medidas cautelares, personales o reales, que hayan sido adoptadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 742 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Agustín de los delitos de abusos sexuales, provocación sexual y corrupción de menores de los que ha sido acusado.

Se declaran de oficio las costas procesales causadas.

Déjense sin efecto las medidas cautelares adoptadas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ