

## **RESUMEN**

**El tribunal supremo estima que no existe vulneración en las conversaciones registradas en una sesión de Chat almacenada en un equipo informático intervenido en la diligencia de entrada y registro, ya que la autorización judicial para ésta comprende la diligencia.**

### **I. ANTECEDENTES**

A) El acusado Juan Luis durante el año 2004 ha sido usuario de internet desde el terminal de ordenador que tenía en su propio domicilio sito en la CALLE000 (en la actualidad DIRECCION000 ) nº NUM000 - NUM001 . NUM002 de la ciudad de Barcelona, con la conexión de ADSL de su número de teléfono NUM003 . Dicha conexión tenía asignada la dirección IP (Internet Protocol) nº NUM004 .

B) Se considera probado que el acusado el día 26 de septiembre de 2004 se conectó con la dirección Web <http://groups.msn.com/fotobaby> y publicó en dicha web cuarenta y cuatro fotografías en las que aparecen retratados niños y niñas menores de edad, muchos de ellos menores de trece años, ejecutando actos de contenido explícitamente pornográfico, entre sí y con otros hombres mayores de edad, incluyendo masturbaciones, felaciones, penetraciones vaginas y anales y otros actos de idéntico y inequívoco contenido sexual.

C) No se considera probado que el acusado el día 29 de enero de 2005, publicara, "colgara" o "subiera" otras cinco fotografías en la dirección web <http://groups.msm.com/losniossonlosmejoresparacogerquelindo>, en las que aparecen menores de edad ejecutando tales actos sexuales.

D) El día 31 de mayo de 2005, se efectuó, con la correspondiente autorización judicial, una entrada y registro en el citado domicilio del acusado, interviniéndosele, entre otros efectos, dos torres de ordenador, en cuyos discos duros guardaba dos mil seiscientos seis archivos de imagen y novecientos noventa y cinco archivos de vídeo de contenido pornográfico infantil, con la intención de difundirlos también en la red. Además, tenía otros cincuenta y tres archivos de vídeo y cinco archivos de fotografía de idéntico contenido, preparados ya en lo que se conoce técnicamente como archivos compartidos, y cuya finalidad es que en sus conexiones otros usuarios puedan disponer de los mismos".

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

#### **PRIMERO.-**

Entiende que los policías que, actuando en cumplimiento del mandamiento judicial entraran en su domicilio, se limitaron a incautar los ordenadores, y los policías peritos a quienes se encomendó el volcado o vaciado de los mismos lo único que afirman es que desde ese ordenador se ha hecho una visita a una página o foro, pero se desconoce si se colgaron las 44 fotografías pornográficas. En la extracción de datos contenidos en el ordenador se interviene un programa denominado Ares, similar al E- Mule, que se usa para intercambiar archivos a través de carpetas compartidas.

No obstante reconoce que el único dato probatorio que da soporte al hecho declarado probado con la letra B) es la relación o escrito de la Cia. Microsoft Ibérica que informó en C.D.-Rom remitido a la policía, encontrando el origen de las imágenes publicadas, pero tal prueba, que es un escrito o documento solicitado o remitido a la policía, carece de valor probatorio, constando únicamente la referencia que a él hace el policía nº NUM005 que declara en juicio.

La policía conoce y observa en la página Web <http://groups.msn.com/fotobaby> las 44 fotografías referidas a actos pornográficos de menores y con el fin de identificar el origen en la red de tales fotografías interesa a la autoridad judicial mandamientos para que la Cia. Telefónica facilite la titularidad de la terminal de ordenador, que tenía conexión con el número de teléfono NUM003 , al que se asignó la dirección IP (Internet protocol) nº NUM004 .

Tal prueba es plenamente válida, desde el momento que pudo dar razón de tal diligencia y su autenticidad el policía que la practicó cuando después declaró en juicio. Además, el documento no ha sido tachado de falso por ninguna de las partes, ha tenido un acceso legítimo a las actuaciones y el tribunal sentenciador ha podido acudir a él.

Pero a mayor abundamiento existieron otras pruebas corroboradoras, pues al intervenir los discos duros y archivos que tenía en su poder el recurrente apareció multitud de material pornográfico referido a menores, según el testimonio de los policías que practicaron la diligencia de entrada y registro y de los que volcaron el contenido de los archivos.

Dentro de este material también aparece el contenido de unas conversaciones (chat), grabadas y guardadas en dichos ordenadores, que revelan que el acusado participa como parte activa en el intercambio de archivos, ficheros y documentos de contenido pornográfico infantil.

## SEGUNDO.-

1. El recurrente nos explica que el auto acordando la entrada y registro en su domicilio, de fecha 31 de mayo de 2005 , en su fundamento jurídico primero señala: "Que los hechos tienen su base en la presunta participación de los identificados en una red dedicada a la prostitución, así como en los presuntos delitos de agresión sexual y lesiones graves..." y en el fundamento jurídico tercero se hace referencia a "la participación del encartado en el delito reseñado", y es el caso que el presente procedimiento no se ha seguido por ninguno de aquellos delitos a los que se refiere el auto.

Considera del mismo modo que la fundamentación del auto es manifiestamente insuficiente, al no precisar los indicios racionales en que se asienta como previos a la valoración de los intereses en juego, ya que para acordar la entrada y registro en el domicilio de un ciudadano no bastan las meras sospechas o conjeturas.

El juez debía acordar la medida por varias razones. En primer lugar para confirmar el hecho delictivo y averiguar la autoría del mismo; en segundo término para evitar que siguieran publicándose imágenes de tal naturaleza; en tercer lugar obtener pruebas que avalaran la investigación desplegada hasta el momento y por último comprobar si existían otras imágenes en disposición de ser servidas a otros usuarios que integraran el mismo delito, así como la cantidad de archivos, de fotografías o vídeos de carácter delictivo que estaba poseyendo el presunto autor y su propósito de difundirlos.

### TERCERO.-

Nos dice el impugnante que las conversaciones en sesión de "chat" almacenadas en los equipos informáticos intervenidos en la diligencia de entrada y registro fueron aperturadas y seleccionadas por los agentes designados para la emisión del informe pericial y no por la autoridad judicial.

El acusado entiende que debieran respetarse las siguientes condiciones:

a) el auto motivado de la autoridad judicial debe determinar las comunicaciones que deben ser registradas.

b) el interesado debe ser citado para presenciar la apertura y registro.

c) la apertura debe ser practicada directamente por el Juez, bajo la fe pública del Secretario, seleccionando lo que interese a la causa.

A su juicio el auto de 31 de mayo de 2005 no cumplía con tales requisitos y debe reputarse insuficiente a estos efectos. Tampoco puede considerarse el material obtenido fruto de un hallazgo casual, puesto que dichas conversaciones están grabadas y así se recoge en el informe pericial en una carpeta predeterminada con el nombre de "logs", carpeta en la que quedan grabadas las conversaciones, así como la recepción y envío de información producidas durante una sesión de chat.

La Audiencia distinguió con acierto entre "comunicación ex novo" y "comunicación concluida", al recoger la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, lo que supondría un distinto régimen jurídico.

**En nuestro caso se trataba de unas comunicaciones por Internet, ya celebradas y concluidas, de tal suerte que sólo constituía material de archivo.**

**La Audiencia Provincial entiende y lo hace con acierto que el auto de entrada y registro comprende esta diligencia, por cuanto a la vista de la naturaleza del delito que se investigaba la policía estaba autorizada a recoger los objetos o instrumentos de los que pudiera deducirse la comisión del delito y que fueran hallados en el recinto registrado, y en este sentido se intervienen los ordenadores y su disco duro.** No fueron los mismos policías los que realizaron el volcado, resultando lógico encomendarlo a la policía judicial experta en estas materias, a cuyo efecto fueron designados otros policías peritos, los cuales por providencia del juez instructor la llevaron a cabo responsablemente (providencia de 3 de junio de 2005 , folio 157 de las actuaciones).

### CUARTO.-

Emplear el mismo término que utiliza el tipo delictivo no prejuzga si el mismo, como es el caso, tiene un sentido vulgar o común perfectamente conocido y no sustituye o encubre los actos que debieran constituir el delito. Almacenar en los archivos imágenes de vídeo "de contenido pornográfico infantil, con intención de difundirlos en la red", está refiriendo una conducta que puede integrar un delito de corrupción de menores.

## QUINTO.-

El error invencible, que a su juicio concurre, integrado por la "creencia equivocada de obrar lícitamente", se desprendería de ciertos datos harto elocuentes que concurrieron en los hechos enjuiciados, entre los que se pueden destacar el informe pericial sobre el material intervenido en el que se afirma:

- a) el IP de origen del ordenador no aparece ni encriptado ni ocultado ni manipulado.
- b) el acusado no ocultó ninguna de las tres capas de investigación (teléfono de origen/cuenta de acceso a internet/servidor que obtiene las cuentas de acceso).
- c) ni tan siquiera intentó ocultar su identidad en la red, actuando siempre con su propio nombre (no olvidemos que incluso su dirección de correo electrónico es " DIRECCION001 ").

El conocimiento de la legislación punitiva por parte de los ciudadanos de un país debe partir de una serie de coordenadas, de las que se puede inferir que la ilicitud de un acto que ataca bienes jurídicos fundamentales no puede ser ignorado por personas, normalmente capacitadas, que convivan en esa sociedad. Lo excepcional, que debe ser objeto de acreditamiento, es que por diversas circunstancias en casos particulares ciertas personas no tengan o puedan tener la conciencia de la ilicitud de una conducta que lesiona groseramente bienes jurídicos cuya estima y predeterminación forma parte del marco cultural común de una comunidad.

- a) el acusado tarda un cuarto de hora en abrir la puerta a la policía en un intento de eludir la acción de la justicia, lo que no hubiera ocurrido de no existir ninguna razón para impedir el acceso policial, dato revelador de que el acusado sabía que realizaba una actuación prohibida y consciente de las consecuencias que el hallazgo del material pornográfico conllevaría.
- b) en las conversaciones en clave de "chat" en las que participa el acusado, en los que utiliza como "nickname" su propio nombre Juan Luis, admite a su interlocutor que tiene miedo de las consecuencias de su proceder, signo evidente de que conocía que su conducta era relevante penalmente.
- c) el tipo penal por el que se le condena en su moderna redacción estaría vigente desde 1999, y personas que padecen transtorno sexual pedófilo, según el dictámen pericial, y ese era el caso del recurrente, debían necesariamente estar al día de las conductas a las que eran propensos.

## SEXTO.-

1. La queja del recurrente la ciñe a la falta de identificación de persona (menor o incapaz) que se corresponda con las imágenes intervenidas, pudiendo tratarse de meras composiciones, sin referirse a un menor real. Partiendo de ese dato la pornografía ficticia o virtual no podría reputarse material típico a que se refiere el art. 189 , porque debe tratarse de menores reales y concretos.

Las imágenes eran reales y no trucadas, sin que sea preciso que se lleve a identificar a los menores, al no exigirse ese dato el tipo delictivo; basta con llegar al convencimiento de que no alcanzan los 13 años, circunstancia que fue comprobada de visu por el tribunal, conforme a su criterio valorativo racional y de experiencia.

### **III. FALLO**

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Juan Luis, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que le condenó por delito consumado de corrupción de menores.