



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL

ORDEN PENAL

Nº 3 ABRIL 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- Requisitos para condenar penalmente en segunda instancia cuando ha habido previa sentencia absolutoria por no quedar probados los hechos: necesidad de celebrar el Tribunal de segunda instancia una vista, sin que baste el visionado de la grabación del juicio oral.

STEDH, Sección 3ª, de 29 de marzo de 2016, procedimiento 61112/12, "*Gómez Olmeda contra España*".

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. LUIS CÁCERES RUIZ, Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 2 de Badajoz

2.- Estimación de recurso de casación interpuesto contra la declaración de nulidad de entrada y registro en delito de pornografía infantil. Necesidad de la medida.

STS Sala Segunda, de 9 de diciembre de 2015
Nº Sentencia: 811/2015
Nº Recurso: 551/2015

Comentario realizado por la Ilma. Sra. Dª. TERESA DAPHNE CALAMITA YÁÑEZ, Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 5 de Fuenlabrada

1.- STEDH SECCIÓN 3ª DE 29 DE MARZO DE 2016

PROCEDIMIENTO Nº 61112/12 “GÓMEZ OLMEDA CONTRA ESPAÑA”

LUIS CÁCERES RUIZ

El recurrente fue condenado delito de desobediencia grave y absuelto de los delitos de injurias, calumnias y encubrimiento. Se le acusaba de que era administrador de un foro en Internet en el que se habían realizado comentarios difamatorios por terceros desconocidos. Agentes policiales le requirieron para que no borrara los comentarios, pero a pesar de ello los borró. No se le condena por injurias ni calumnias porque no se estima probado que conociera dichos comentarios difamatorios. En apelación no se realizó vista (ninguna parte la solicitó). La Audiencia estimó probado que el acusado si conocía los comentarios y era responsable de lo publicado conforme al artículo 30 del Código penal, condenando por los delitos de calumnias e injurias. La Sentencia de TEDH estima que no puede realizarse una nueva valoración de los hechos sin haberse realizado una vista con audiencia al acusado. Se declara vulnerado el artículo 6.1 (derecho a un juicio justo) del Convenio. Se condena además a España al pago de indemnización por daño moral y costas.

COMENTARIO

El acusado era administrador de un foro en internet en la que se habían vertido comentarios bajo seudónimo, realizando insultos e imputando delitos a terceros. La Guardia Civil informó al acusado que estaba siendo investigado por un supuesto delito de calumnias e injurias, indicando éste que no tenía acceso a las direcciones IP ni a la identidad de los autores de los comentarios, instándole los agentes a que no modificase ni alterase ninguno de los mensajes. No obstante, el acusado eliminó el foro. La empresa que gestionaba el sistema informó que el administrador del foro (el acusado) podía conocer las direcciones de IP desde las que se publicaron los mensajes del foro.

Fue condenado por el Juzgado de lo Penal de Plasencia como autor de un delito de desobediencia grave y absuelto por los delitos de calumnias, injurias y encubrimiento que se le imputaban. La absolución se los delitos de calumnias e injurias se basaba en que el imputado no conocía lo escrito en el foro.

Se recurrió la sentencia en apelación. La Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres 185/2011, de 16 de mayo, revoca parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal y condena al acusado como autor responsable de un delito continuado de calumnias e injurias con publicidad de los artículos 205 y siguientes del Código Penal. Se resolvió sin celebrarse vista, que no había sido solicitada por ninguna de las partes. En los antecedentes de hecho se recoge que se había proyectado la grabación del acto del juicio oral de primera instancia.

Se basa la Sentencia de la Audiencia Provincial en que sí considera probado que el acusado conocía lo escrito en el foro, valorando su declaración: había reconocido que había borrado algunos mensajes insultantes, luego los conocía. Además se establece que era su obligación conocer lo publicado en el foro como creador y administrador y responsable penalmente conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Código penal.

Es relevante destacar que la alteración de los hechos por parte de la Sentencia de segunda instancia es mínima. Se parte de los mismos hechos probados y se añade que el acusado conocía los mensajes; además de la valoración jurídica de que era su obligación y es responsable conforme al artículo 30 del Código penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera que es necesaria una nueva vista con el fin de examinar y evaluar de nuevo los hechos probados en primera instancia si se desea imponer una

condena respecto de un asunto en el que previamente existió una absolución, siempre que la cuesti3n debatida no fuere esencialmente jur3dica, estimando que se ha vulnerado el art3culo 6.1 del Convenio (derecho a un juicio equitativo).

La doctrina que fija el TEDH es clara: no puede haber condena penal en segunda instancia basada en una nueva interpretaci3n de las pruebas fijando nuevos hechos sin que haya audiencia en que sea o3do el acusado aunque dicha audiencia no haya sido solicitada por ninguna de las partes, ya que supone una vulneraci3n del art3culo 6 del Convenio.

En la propia Sentencia del TEDH se hace referencia a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 120/2009 de 18 de mayo). La jurisprudencia constitucional es menos estricta, ya que establece que “desde una perspectiva de delimitaci3n negativa, hemos de recordar que, por el contrario, no ser3 aplicable el canon expuesto y, por tanto, “no cabr3 efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelaci3n (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelaci3n empeora su situaci3n) no altera el sustrato f3ctico sobre el que se asienta la sentencia del 3rgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteraci3n, 3sta no resulta del an3lisis de medios probatorios que exijan presenciar su pr3ctica para su valoraci3n o, finalmente, cuando el 3rgano de apelaci3n se separe del pronunciamiento f3ctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelaci3n, pero a partir de los cuales el 3rgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el 3rgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediaci3n, es plenamente fiscalizable por los 3rganos que conocen en v3a de recurso sin merma de garant3as constitucionales” (STC 272/2005, de 24 de octubre)”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres parece seguir dicha doctrina, ya que se limita a no compartir la valoración que realiza el Juez de lo Penal del testimonio del propio acusado, considerando que queda probado que conocía los mensajes difamatorios porque él mismo reconoció que había borrado algunos. Además es interesante destacar que la condena en segunda instancia se basa también en un juicio estrictamente jurídico, como es la atribución de responsabilidad por aplicación del artículo 30 del Código penal.

No obstante, la legislación ha sido modificada para adaptarla a la jurisprudencia del TEDH. El artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente cuando se dictó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres permitía declarar probados los hechos acusados en segunda instancia, revocando un previo pronunciamiento absolutorio y condenando en segunda instancia. Dicho precepto y concordantes ha sido modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril (BOE 28-5-2015). El precepto vigente impide “condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2”, obligando en esos casos a anular la sentencia y remitirla al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.

Nos encontramos por tanto con que la SAP Cáceres, Sección Segunda, 185/2011, de 16 de mayo, incumplía el artículo 6 del Convenio porque aplicó la legislación vigente en ese momento, que era la que verdaderamente vulneraba el Convenio, razón por la que dicha legislación ha sido totalmente modificada.

2.- STS SALA SEGUNDA DE 9 DE DICIEMBRE DE 2015

Nº SENTENCIA: 811/2015

Nº RECURSO: 511/2015

TERESA DAPHNE CALAMITA YÁÑEZ

La sentencia estima los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, y popular, contra la sentencia dictada por la Audiencia provincial de Madrid, sección 5, de 9 de febrero 2015 que declaraba nula la diligencia de entrada y registro en domicilio acordada por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Valdemoro en un asunto de pornografía de menores.

COMENTARIO

El primer motivo por el que el Supremo anula la sentencia de la Audiencia implica recordar la distinción entre la protección del derecho a la inviolabilidad de la morada y el secreto de las comunicaciones que permite que la diligencia de entrada y registro sea utilizada para la investigación con un menor rigor que las intervenciones telefónicas, la propia sala recuerda la diferencia entre ambas en la doctrina jurisprudencial, y hace mención a la Ley orgánica 13/2015 de reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal. La sentencia señala que la propia norma viene ahora a distinguir de forma clara, por un lado dejando el contenido del artículo 558 Lecriminal que alude a la necesidad de decisión judicial autorizante con las previsiones legales y jurisprudenciales y la regulación de la interceptación de las telecomunicaciones que recoge en la reforma la gravedad punitiva como un elemento determinante, (ahora 588 bis a). La lectura del del artículo 588 ter de la reforma, plantea dudas ya que parece que el legislador ha incluido la autorización de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas cuando se investiguen delitos a que se refiere

el 579.1 de la ley (es decir doloso con limite máximo de al menor tres años de prisión, en el seno de organización criminal o terrorismo) O delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. La conjunción O parece habilitar para la interceptación en los casos de utilización de medios informáticos aun cuando no se alcance la pena del 579.1., si bien la exposición de motivos de la ley señala que “el nuevo texto autoriza la intervención y registro de comunicaciones de cualquier clase que se realicen por teléfono o cualquier medio de comunicación telemática, lógica o virtual. Pero somete la interceptación de todas ellas a lso principios generales que el texto proclama. Se pretende que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que esta siendo investigado determine el alcance”. Entiendo que debe seguirse aplicando los principios generales a la hora de autorizar dichas interceptaciones (artículo 588 bis a).

En la mayoría de los supuestos de autorizaciones de entrada y registro para la investigación de este tipo de delitos de tenencia de material referente a pornografía infantil la pena no es grave, y suele tratarse en principio de supuesto de mera tenencia, pero atendiendo los criterios fijados por la sentencia se facilita sin duda la investigación de este tipo de delitos, y la necesidad de que se trata de delitos cometidos utilizando equipos informáticos siendo la diligencia de ocupación y examen de los mismos medida necesaria y proporcionada.

Este tipo de delitos conlleva una gran dificultad de persecución penal al utilizarse nuevas tecnologías e internet y afectar a víctimas especialmente vulnerables que en raras ocasiones se descubren por denuncias de menores siendo la mayoría de los casos descubiertos por las descargas de material por el autor. El Tribunal constitucional (S 98/2000 o 70/2009), recoge la dificultad de esa investigación y una vez

vez aprehendida queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. Su contenido no puede degradarse a la simple condición de instrumento que contiene datos que afectan a la intimidad del usuario. El acceso al contenido debe ser debidamente autorizado judicialmente.

La reforma de ley 13/2015 recoge expresamente la necesidad de autorización para su acceso, artículo 588 sexies a), autorización con la que se contaba en el supuesto analizado, recogiendo ahora el propio artículo la necesaria habilitación concreta, a excepción de los casos de urgente que menciona el apartado 4, (cuando se aprecie un interés constitucional legítimo), y comunicando la Policía el hecho en veinticuatro horas.

En cuanto al segundo motivo en este caso la Sala no considera necesario la practica de ninguna diligencia más a fin de obtener datos que justifiquen la autorización, si bien, no hubiera estado de más que la Policía española aportara imágenes por ellos obtenidas sobre el contenido de los videos a que se hacía referencia aportando al parecer en el oficio imágenes que habían sido facilitadas por la Policía canadiense, con menores desnudos pero no realizando practicas sexuales, diligencia que la propia Audiencia Provincial indicaba en la sentencia. Se recoge también que en esta clase de delitos la volatilidad de las pruebas documentales que aconseja claramente una rápida intervención tendente a su pronta ocupación, se tiene de nuevo en cuenta la urgencia en cuanto a asegurar las pruebas en este tipo de delitos. Igual urgencia se ha apreciado por ejemplo en algún supuesto en el que avisada la policía por técnico encargado de reparar un ordenador y al comprobar que esta correctamente arreglado descubre fotografías o videos de contenido pornográfico con menores, siendo visionado por los agentes sin autorización, apreciando el Tribunal Constitucional dicha urgencia (STC 173/2011 de 7 de noviembre).

ROJ: **STS 5213/2015** - ECLI:ES:TS:2015:5213