



Roj: **STSJ NA 321/2019 - ECLI: ES:TSJNA:2019:321**

Id Cendoj: **31201310012019100019**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2019**

Nº de Recurso: **13/2019**

Nº de Resolución: **14/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 14

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. JOAQUÍN CRISTÓBAL GALVE SAURAS

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI

D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI

En Pamplona, a dos de julio de dos mil diecinueve.

Visto por la Sala de lo civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Navarra, como Sala de lo Penal, el recurso de apelación registrado en ella con el número **13/19**, contra la sentencia dictada el 15 de enero de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en la causa Procedimiento sumario ordinario número 443/16, dimanante a su vez del Procedimiento sumario ordinario nº 583/16 del Juzgado de Instrucción número 5 de DIRECCION000 por delitos de abusos sexuales sobre menores y tenencia de pornografía infantil.

Intervienen como APELANTES: el **Ministerio Fiscal y acusación particular** de don Jose Enrique, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Raquel Martínez De Muniaín Labiano y defendido por el Letrado D. Sergio Gómez Salvador.

Intervienen como parte acusada y APELADA: don Luis Angel, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Inmaculada Gil Gil y defendido por el Letrado D. Fernando Corral Sanz.

Ha sido ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 15 de enero de 2019, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra dictó en el citado procedimiento sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "**Fallo: Que DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS libremente a Luis Angel de los delitos de que, conforme a lo consignado en los antecedentes de hecho tercero y cuarto de esta sentencia, venían acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, con toda clase de pronunciamientos favorables y levantamiento de todas las medidas cautelares acordadas en su contra y declaración de oficio de las costas procesales correspondientes a este procedimiento**".

SEGUNDO . Notificada dicha resolución a las partes, interpusieron contra ella recurso de apelación el Ministerio Fiscal y la acusación particular personada, solicitando la nulidad de la sentencia con retracción de las actuaciones al momento anterior a la práctica de la prueba, y con composición distinta de la Sala, para que se acuerde la celebración de un nuevo juicio. Interesando subsidiariamente el Ministerio fiscal la celebración de vista en segunda instancia y la práctica de la prueba que se estime necesaria para resolver sobre la licitud de la prueba excluida y la posible contaminación de ulteriores pruebas de cargo. Interesándose igualmente se declare la pérdida de imparcialidad del Tribunal de instancia, por haber prejuzgado el fondo



TERCERO .- En el trámite del Art. 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la defensa presenta su escrito de alegaciones al recurso formalizado.

CUARTO .- Recibida la causa en este Tribunal Superior de Justicia, se formó rollo de apelación penal, al que correspondió el número 13/19, se conformó la Sala y se designó ponente conforme al turno establecido de composición del tribunal y reparto de ponencias; y se señaló para deliberación, votación y fallo de recurso el día 11 de junio de 2019.

QUINTO.- El Ilmo. Sr. Magistrado don FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, manifestó a lo largo de la deliberación su disconformidad con el voto mayoritario de la Sala, y en voto de disenso justifica las razones de su discrepancia.

II.- HECHOS PROBADOS

Los hechos declarados probados en instancia se incorporan a la sentencia según el siguiente tenor literal: *"Habiéndose declarado en el acto del juicio oral la ilicitud de todas las diligencias de investigación e instrucción realizadas en la presente causa procede declarar como probados los siguientes hechos: Sobre las 21.35 horas del día 14 de junio de 2016 el Agente de la Guardia Civil con TIP NUM000 , que se encontraba realizando Servicio de Atención al Ciudadano en el Puesto de la Guardia Civil de DIRECCION000 , recibió de Dña. Lourdes un bolso de hombre y una carterita que se había encontrado en el PASEO001 de la citada localidad, sin que conste si los encontró y entregó de forma separada o bien la mencionada carterita se hallaba dentro del bolso. En el interior de la carterita había una memoria USB y dos tarjetas SD, comprobando el citado Agente que la documentación que había en el interior del bolso pertenecía a Luis Angel . El referido Agente procedió igualmente a realizar una copia de salvaguarda de la memoria USB y de las tarjetas SD y a abrir los archivos que contenían, encontrando, de entre las muchas carpetas que había, una denominada "Trance". Al día siguiente, 15 de junio, el Agente de la Guardia Civil con TIP NUM001 hizo entrega a Luis Angel tanto del bolso como de la cartera con la memoria USB y las tarjetas SD. Tras la realización de diversas actuaciones de investigación, y a la vista de las imágenes contenidas en la copia de salvaguarda realizada, en fecha de 21 de junio de 2016, por parte de agentes de la Policía Judicial de la Guardia Civil de Navarra de DIRECCION000 (Navarra) se presentó ante Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 5 de DIRECCION000 oficio solicitando mandamiento para la entrada y registro en el domicilio de Luis Angel , sito en PASEO000 nº NUM002 , Esc. NUM003 , NUM004 NUM005 de DIRECCION000 , así como en los garajes y trasteros "afines". Así mismo se solicitó mandamiento para la intervención de ordenadores personales, discos duros, memorias digitales, CD, DVD u otros objetos susceptibles de haber sido usados para la ocultación de los ilícitos penales que motivan la petición o como medio para la perpetración de los mismos y documentación relacionada con cualquiera de tales efectos, en cualquier soporte en que se hallaran, bien sea documental o telemático, como ordenadores personales, teléfonos, agendas personales, etc.- Mediante Auto de fecha 21 de junio de 2016, por el referido Juzgado se acordó autorizar la entrada y registro en el domicilio, así como sus anexos (garaje, trastero), de don Luis Angel , sito en el PASEO000 nº NUM002 , Esc. NUM003 , NUM004 NUM005 de la localidad de DIRECCION000 (Navarra), por su participación en un presunto delito de agresión sexual. Todo ello al objeto de poder encontrar efectos e instrumentos del delito de agresión sexual, pornografía infantil, y cualquier otro contra la libertad e indemnidad sexual. Igualmente al objeto de poder hallar ordenadores, archivos, soportes informáticos, memorias de almacenamiento, documentos o cualquier material que permita la representación visual de menores o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. Igualmente se autorizó la extracción y exploración, tanto mecánica como manual, de toda la información contenida en dispositivos de almacenamiento de memoria (ordenadores, tablets, CD, DUD, dispositivos USB, etcétera) que se encuentren en el registro domiciliario. Tras la remisión al Juzgado por el Equipo de la Guardia Civil ya mencionado de diligencias ampliatorias nº 2016-101265-75, mediante providencia de 21 de julio de 2016, entre otros extremos y en respuesta al Oficio de la Policía Judicial de la Guardia Civil de DIRECCION000 nº 232/2016, se acordó librar oficio al Equipo de Delitos Tecnológicos (E.D.I.T.E) de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de Navarra, al objeto de que procedan, a la extracción y estudio de la información que pudiera estar contenida en el mismo: agenda de contactos, registro de mensajes de texto SMS, contenido multimedia (audio, video, imágenes), cuentas de correo electrónico y contenido de los mismos, conversaciones a través de aplicaciones de mensajería instantánea, redes WI-FI conectadas y posicionamientos GPS, etc. Todo ello en relación a los dispositivos de almacenamiento que se concretaban. Después de efectuarse una nueva solicitud de Entrada y Registro, y volcado de información de dispositivos de almacenamiento, y tras el pertinente informe del Ministerio Fiscal, se dictó Auto de 29 de agosto de 2016 autorizando de nuevo la entrada y registro en el domicilio, así como sus anexos (garaje, trastero), de don Luis Angel , sito en el PASEO000 nº NUM002 , Esc. NUM003 , NUM004 NUM005 de la localidad de DIRECCION000 (Navarra), por su participación en un presunto delito de agresión sexual, al objeto de poder encontrar efectos e instrumentos del delito de agresión sexual, pornografía infantil, y cualquier otro*



contra la libertad e indemnidad sexual. Igualmente al objeto de poder hallar ordenadores, archivos, soportes informáticos, memorias de almacenamiento, documentos o cualquier material que permita la representación visual de menores o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. Así mismo se acordó autorizar la extracción y exploración, tanto mecánica como manual, de toda la información contenida en dispositivos de almacenamiento de memoria (ordenadores, tablets, CD, DUD, dispositivos USB, etcétera) que se encuentren en el registro domiciliario y de toda la información contenida en dispositivos de almacenamiento que portaba en el momento de su detención (teléfono móvil, cámara CANON, memoria USB), acordada por Auto de 26 de agosto de 2016. Toda la instrucción posteriormente realizada deriva directamente de las diligencias y actuaciones que se acaban de reseñar".

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Ministerio Fiscal plantea en el motivo primero de su apelación, la infracción del Art. 24 CE , y 5.4 Lopj , por haberse conculcado el derecho a la práctica de los medios de prueba pertinentes admitidos y el derecho a un proceso con garantías, interesando la nulidad de la sentencia recurrida.

Se argumenta que la práctica de la prueba, solicitada por la acusación y admitida como pertinente, resulta necesaria para poder resolver tanto sobre la licitud del examen por la policía del contenido de la memoria USB perdida por el procesado, como para determinar la posible contaminación de otras pruebas de cargo. La prematura resolución de instancia en la fase preliminar del juicio ha cercenado a la acusación la posibilidad de acreditar en plenario, con contradicción e inmediatez, la legitimidad y pertinencia de las pruebas propuestas.

El motivo se inicia con una disquisición sobre la excepcionalidad de resolver *in voce* , en fase preliminar, un procedimiento ordinario por un mecanismo solo previsto para el procedimiento abreviado. Se argumenta no ser las cuestiones resueltas en sentencia absolutoria de exclusiva valoración jurídica, sino que presuponen también la exacta valoración de los hechos acaecidos. A juicio del Ministerio Fiscal, las dudas iniciales sobre la legitimidad del examen preliminar por la Guardia Civil del instrumento de información masiva del inculcado, así como las dudas sobre la contaminación del atestado y registro posterior en el domicilio del acusado, no se pueden dilucidar con carácter previo con la sola documental obrante en el procedimiento, sin ponderar el conjunto de la prueba propuesta, concerniente a las circunstancias de la entrega y examen del USB perdido y a los fundamentos y justificación de la autorización judicial de la entrada y registro del domicilio del inculcado.

Insiste en los mismos argumentos el motivo primero formulado por la acusación particular, que alega junto con la contravención de la tutela judicial efectiva, Art. 24 CE , la infracción de los Art. 238 y 240 Lopj , y Art. 101 y 109 Lecri. Recalca el motivo primero de la acusación particular la necesidad perentoria de valorar personalmente a la testigo Lourdes . Se aduce que la Sala de instancia ha visualizado las comparecencias del acusado, y en general toda la prueba, antes de la celebración del juicio oral, contradiciendo la igualdad de armas. Las apreciaciones fácticas contenidas en la sentencia se fundan en una documental fragmentaria e insuficiente, la absolución carece de racionalidad, pues se incorporan valoraciones de fondo sin practicar con inmediatez una prueba admitida, cuya práctica se califica de pertinente e imprescindible.

SEGUNDO .- Y dichos motivos deben ser estimados. El derecho a la prueba pertinente y necesaria se ha configurado por la jurisprudencia constitucional como parte del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE y 6.1 CEDH), en relación con la proscripción de la indefensión, el deber de motivación de las resoluciones judiciales y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9 CE): SSTC 36/1981, f. j. 3 º; 217/1989, f. j. 2 º; y 182/1989, f. j. 2 º. El Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 14-03-1991 , nº 59/1991 , recuerda que la nulidad de una sentencia por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 850.1 Lecri., por denegación o falta de práctica de una diligencia de prueba, exige que la misma sea pertinente, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del proceso con capacidad para haber alterado el destino de la resolución luego recaída. Recordando el Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 18-07- 2011, nº 126/2011 , la exigencia de motivación suficiente, si no se practica una prueba admitida.

El derecho a la prueba pertinente se analiza ordinariamente como parte del derecho de defensa del acusado, pero es notorio que existe también abundante jurisprudencia que lo examina de modo más genérico como parte del derecho a un proceso con garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. Y por su especial analogía con el presente procedimiento cabe traer a colación la STS 106/2017 de 21 de febrero , que cuestiona la declaración sumaria de ilicitud de una intervención telefónica y sus pruebas derivadas, sin practicar prueba propuesta y admitida que se estima relevante y pertinente para ponderar la legitimidad de dicho medio de prueba y la contaminación de las pruebas derivadas.

TERCERO .- Desde el punto de vista estrictamente formal, llama la atención que la resolución impugnada resuelve (oralmente en vista preliminar y por escrito en la sentencia), la cuestión previa y sumaria de ilicitud



de toda la prueba en su conjunto por contaminación. La sentencia incorpora un relato de hechos probados sin practicar las pruebas admitidas y desarrollar sobre ellas un debate contradictorio en igualdad de armas. En el punto decisivo del modo de la entrega del USB, que constituye una prueba relevante de cargo, afirma "que no le consta (sic) si los encontró y entregó de forma separada". La resolución no motiva además el porqué no practica una prueba que ha sido admitida, pues si la prueba era ilícita debió ser inadmitida en su día, y si no se practica una prueba admitida debe justificarse su irrelevancia, según la jurisprudencia citada.

Y centrada la resolución exclusivamente sobre la licitud de la prueba de cargo, la sentencia impugnada contradice la resolución sobre el mismo punto del auto 335/2016 de 19 de septiembre de 2016 de la sección primera de la Audiencia Provincial, ante quien se alega la ilicitud de las pruebas obtenidas en fase de instrucción. A nuestro entender la sección segunda en su sentencia contradice el criterio de la sección primera sin motivación suficiente, pues la sentencia impugnada dice en este punto que no se siente vinculada por la resolución porque "la fase de instrucción tiene por objeto fundamental la preparación del juicio oral (Art. 299 Lecri.), correspondiendo al plenario la práctica de las pruebas y la valoración de las mismas". Y la contradicción consiste en que no ha habido tal plenario. Efectivamente la sección segunda tendría plena competencia para contradecir el criterio de la primera sobre la licitud de las pruebas si hubiese valorado las pruebas en el juicio oral en unidad de acto y contradicción, pero sin la práctica de la prueba admitida, no parece fundado contradecir un criterio judicial motivado en resolución firme y motivada sobre el mismo objeto controvertido.

La STS 153/2015 de 18 de marzo, en relación al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en su proyección al derecho a una decisión fundada en derecho, que se proyecta sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, considera injustificada una declaración sumaria de nulidad de unas intervenciones telefónicas y recuerda que "informaciones" o "confidencias" ¿noticias casuales o anónimas? tienen la única virtualidad de iniciar una investigación policial sobre tales hechos de apariencia delictiva y será en el curso de ella, cuando se consigan los datos objetivos –verificables por el Juez y por terceros– acerca de la probabilidad de la existencia, tanto del delito investigado como de la implicación en dicho delito de la persona cuyo teléfono se solicita sea intervenido, cuando será necesaria la autorización judicial.

En este sentido entendemos que determinar si el origen de la intervención policial es un hallazgo no intencionado u ocasional no queda suficientemente resuelto en instancia, y en qué medida se afecta al derecho de intimidad (STC 241/2012 de 17 de diciembre, referida a información obtenida en un ordenador de uso común en la empresa sin clave de acceso, donde no se delimitaba un ámbito personal de confidencialidad y 170/2013 de 7 de octubre).

CUARTO .- En este punto la resolución impugnada de la sección segunda centra su argumentación en la analogía, del presente supuesto a la STDH en el Asunto *Trabajo Rueda C. España*, y procede analizar a los presentes efectos la doctrina de la citada sentencia.

En su epígrafe 26, dicha sentencia estima conforme con las exigencias de la jurisprudencia europea la normativa y jurisprudencia española que establece un principio de proporcionalidad, en los atentados contra la intimidad de las personas por razón de la defensa del interés público de perseguir los delitos. Se refiere, en concreto, a la sentencia *Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega* (nº 24117/08, de 14 de marzo de 2013). Precisa que, en esa sentencia, el TEDH concluye que el acceso al contenido de un ordenador personal por parte de las autoridades tributarias sin autorización judicial previa al objeto de obtener datos fiscales no ha acarreado violación del artículo 8 del Convenio. Deduce que, con mayor motivo, ninguna violación de esta disposición podrá ser declarada cuando el acceso al contenido de ordenador tenga como finalidad que no queden impunes actos criminales que atenten contra menores, como acontecería en el presente caso, y que "los niños y demás personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado en forma de una prevención eficaz que los ponga a resguardo de unas formas de injerencia tan graves en aspectos esenciales de su vida privada" (*Stubbings y otros c. Reino Unido*, 22 de octubre de 1996, § 64, *Compendio 1996-IV*).

Frente a este principio general, la *ratio decidendi* de la sentencia *Trabajo Rueda C. España* estima que en el caso concreto ha habido una injerencia injustificada, pues el acusado había simplemente solicitado que se le arreglase el ordenador y el posterior examen del ordenador, en su integridad, tanto por el taller de reparación como por la policía, era desproporcionado; y además este examen del ordenador fue la única prueba de cargo en aquel caso.

En el epígrafe 38 la citada sentencia afirma tajantemente que una injerencia sin autorización judicial en el ordenador puede ser legítima " si es proporcionada al fin legítimo que se pretende y si los motivos invocados por las Autoridades nacionales para justificarla se revelan "pertinentes y suficientes" ". Y en la rúbrica 42 y sigs se concluye que en ese caso la injerencia es ilegítima porque la entrega del ordenador por el acusado para su arreglo no justificaba por sí la inspección integral del contenido, no había urgencia en su examen y se pudo haber pedido con carácter previo la autorización judicial.



En sentencias posteriores la Sala Europea ha insistido en el deber de valorar este juicio de proporcionalidad, entre la tutela de la intimidad y el deber de perseguir los delitos. En la S 27-09-2018, nº 57278/2011, en el procedimiento *Brazzi C. Italia*, estima injustificado el examen de los ordenadores del inculpado de una defraudación, con el solo fin de obtener información tributaria, pero recuerda la diferencia entre las actuaciones meramente administrativas y las penales, en las cuales la proporcionalidad justifica una mayor injerencia en la intimidad, y se afirma también que ante unos indicios se puede interesar una autorización judicial *ex post facto* sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida, con cita expresa en su epígrafe 45 de la sentencia *Trabajo Rueda C. España*. Y del mismo sentido en la S 13-02-2018, nº 61064/2010, procedimiento *Ivashchenko C. Rusia*, respecto de un periodista que cruza la frontera rusa proveniente de una zona conflictiva, y al que se examina un archivo en su ordenador denominado *terrorismo*, la corte insiste en el juicio de proporcionalidad; y que la injerencia policial del contenido de su ordenador en la frontera sería legítimo si existiese una sospecha previa y fundada de acción criminal.

El juicio de proporcionalidad se ha consolidado en una arraigada y reiterada jurisprudencia Europea que afirma el deber del Estado de garantizar el derecho de las víctimas, particularmente en las agresiones sexuales, que puede justificar medidas atentatorias contra derechos individuales (X y Y contra los Países Bajos sentencia del 26 de marzo de 1985, y August contra el Reino Unido, S. 21 de enero de 2003). En MC contra Bulgaria Sentencia TEDH del 4 de diciembre de 2003 se afirma el deber del Estado de proveer una protección eficaz y una tutela judicial efectiva en una violación, aunque ello implique una injerencia, si bien debe ser proporcionada en la intimidad de los investigados. En K.U. contra Finlandia, 2872/02, S. 2 de diciembre de 2008, en el caso de la dirección de un menor en una Web de citas se afirma que la seguridad del menor debe prevalecer sobre el secreto de comunicaciones y la privacidad de la información.

En la ponderación del derecho del empresario al examen del contenido del ordenador de la empresa utilizado por un empleado, el asunto *Barbulescu* de la Gran Sala en S. 5-09-2017, referente al comunicaciones que el trabajador demandante había mantenido con su hermano y su novia, y al que se había prohibido expresamente la utilización del ordenador con fines personales se sientan *parámetros de inexcusable respeto* para declarar una injerencia ilegítima a la luz del derecho al respeto de la vida privada garantizada por el artículo 8 del Convenio, ponderado un justo equilibrio con los intereses de la empresa empleadora; y refiere la posible existencia de sospechas fundadas, la naturaleza y circunstancias del modo de acceso a la información personal, si el trabajador puede reclamar un ámbito objetivo de intimidad, y si la información se obtiene por la empresa dentro del propio uso natural y regular dentro de la utilización de una red común. Distinguiendo la búsqueda irregular intencionada de información de la obtenida naturalmente en el uso ordinario de una red empresarial.

A juicio de la Sala, la resolución recurrida de la audiencia, realiza un juicio *a priori* de la ilegitimidad del acceso al USB del encausado, y de la contaminación de las posteriores evidencias inculpatorias, sin realizar este juicio de proporcionalidad que entendemos presenta sombras de incerteza sin el examen y ponderación de la prueba que fue admitida y no practicada, y en particular del modo de la entrega al agente del USB perdido por el acusado, y del modo y manera en que se produce el examen por la policía del material referido, pudiéndose contradecir con ello el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de un acto delictivo especialmente repugnante, por afectar a menores.

QUINTO.- En base a esa misma jurisprudencia, también a juicio de la Sala, la prueba admitida y no practicada, pudiera ser relevante para valorar las circunstancias en que se producen los registros domiciliarios, y apreciar la contaminación del examen de los ordenadores y USB incautados al acusado. El juicio de proporcionalidad entendemos existe también a la hora de valorar la posible contaminación de pruebas posteriores, y la posible existencia de concausas o la autonomía de la nueva prueba hallada en los ordenadores y *usb* incautados.

La conexión de antijuridicidad constituye una cuestión sumamente compleja en que la regla de exclusión no es absoluta, y la contaminación de pruebas posteriores (obtenidas en los registros domiciliarios) exige también la ponderación de una directa relación de causalidad y proporcionalidad, que en el presente caso dudamos que se pueda concluir *a priori* de modo sumario sin el examen de la prueba propuesta y admitida.

El nexo jurídico de ilicitud debe ser concatenado y no se extiende a pruebas obtenidas de un modo independiente (Sentencia TC 86/1995, de 8 de julio), lo que no se aplica al hallazgo casual, ocasional o inevitable, o a la ilicitud originaria atenuada. Y en el mismo sentido de limitar las consecuencias de la contaminación. La STC 22/2003, de 10 de febrero concluye que "La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental".



Recordemos que la jurisprudencia europea admite de modo indubitado la utilización de pruebas obtenidas de modo casual, anónimo o sin declaración de sus fuentes, también la obtenida por el policía infiltrado e incluso provocador (si existen sospechas razonables previas y control judicial), *Teixeira de Castro c. Portugal S 9 de junio de 1998*. Y tampoco se pondera en la sentencia recurrida, a efectos de contaminación, si los registros domiciliarios pudieron responder a otras concausas (puede haber otros indicios independientes contra el encausado).

La ruptura de la relación de causalidad con un origen ilícito se mantiene en la jurisprudencia constitucional europea en relación con la utilización de la lista Falciani, que como es sabido se obtiene por un robo de información confidencial en un banco suizo, y cuya legitimidad no se pone en cuestión en la jurisprudencia europea. La exclusión por contaminación de pruebas posteriores a la prueba ilícitamente obtenida sólo es imperativa - razona el Tribunal Constitucional alemán y en términos similares otros tribunales constitucionales europeos- en aquellos casos en que medie una seria, deliberada o arbitraria quiebra de las reglas de procedimiento, que haya llevado a un sistemático olvido de las garantías constitucionales por el ordenamiento del foro. Los recurrentes - K.S y M.S - demandaron a Alemania ante el TEDH. La sentencia 6 de octubre de 2016 rechazó la demanda y negó cualquier vulneración del Convenio.

SEXTO .- La eficacia del consentimiento del acusado a efectos de remediar cualquier ilegitimidad originaria de la prueba obtenida, ha sido, por otra parte, objeto de un intenso desarrollo jurisprudencial.

En la Sentencia TC 86/1995, de 8 de julio, se dice expresamente que "Entre las evidencias derivativas, no viciadas por la ilegalidad original, figura en el presente caso la propia confesión del coprocesado, hoy recurrente, Maximiliano, quien pudiendo negarse a declarar, o limitarse a alegar su desconocimiento de los objetos incriminatorios intervenidos en su poder, reconoció paladina y reiteradamente haber sido detenido cuando conducía el vehículo propiedad del coimputado Nemesio, en cuyo interior llevaba un bolso grande que contenía veinticinco kilogramos de hachís, prensado en tabletas, que transportaba por cuenta del otro procesado y siguiendo sus instrucciones". Se concluye que la confesión del acusado purifica cualquier ilegalidad que pudiera existir en las escuchas telefónicas que iniciaron las diligencias policiales, y frente al argumento de que no hubiera confesado si no existiese una prueba ilegitimamente obtenida se contesta que "la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención".

En la STC 161/1999 se declara prueba válida una confesión del inculpado por la droga hallada por un registro domiciliario declarado ilegal, y en el mismo sentido STC 8/2000. El Tribunal Constitucional, en STC 173/2011, de 7 de noviembre, proclama que "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado". Lo que se desarrolla también en detalle, con amplia referencia a la doctrina constitucional en la STS 786/2015, 4 de diciembre.

Habiéndose negado la eficacia sanadora de la confesión en la jurisprudencia europea solo en supuestos de contaminación de la prueba ligada en su origen a una tortura (*HASKI c. BELGICA*, S. de 18 de marzo de 2013), que se dice priva al procedimiento en su conjunto de equidad (parágrafo 85), o ante un delito provocado (*RAMANAUSKAS c. LITUANIA* S. 5 de febrero de 2008 (parágrafo 72)).

En conclusión, queda la cuestión centrada en si la prueba propuesta y admitida era pertinente y necesaria no solo para la valoración de la culpabilidad del imputado, sino también para la ponderación de la posible ilicitud del examen del USB del imputado en dependencias policiales, de la posible contaminación de la prueba obtenida con las dos entradas y registros del domicilio del inculpado, y de las circunstancias en las que el acusado consintió, ante el juez y en presencia de su abogado, al examen del USB que le había sido incautado. Encontramos verosímil concluir que quedan elementos de incertidumbre en el relato fáctico que solo se pueden resolver de modo categórico con el examen en plenario de la prueba propuesta y admitida y que se ha conculcado el derecho de la acusación a practicar una prueba pertinente.

SEPTIMO .- El Ministerio Fiscal plantea también, en el motivo segundo de su apelación, la misma infracción del derecho a la práctica de la prueba y el derecho a un proceso con garantías, Art. 24 CE, y 5.4 Lopj. Se argumenta que la resolución impugnada no ha establecido correctamente, mediante prueba idónea, la base fáctica necesaria. Aprecia contravención del Art 11 Lopj y Art. 588 Lecri, e interesa la nulidad de la sentencia recurrida.

Se reiteran los mismos argumentos del motivo primero. El Ministerio Fiscal considera que ante la pérdida de un USB sin encriptar, su examen por el agente de la autoridad no se puede presumir ilícito, sino ha de considerarse, a falta de prueba en contrario, un acceso rutinario para comprobar la titularidad e identidad de personas y documentos que aparecen en los archivos. Se cita jurisprudencia sobre la presunción de inocencia, que no puede presumir la culpabilidad del agente de la autoridad.



Se argumenta que si el acceso a la información se puede considerar casual, no rige la exigencia de recabar autorización judicial para el examen del USB en el término perentorio de 24 horas (Art. 588, *sexies c*, Lecri). Se aduce en extenso jurisprudencia sobre hallazgos casuales de una nueva evidencia contra persona o delito no comprendida en una autorización judicial previa (principio de especialidad), en registros domiciliarios o en escuchas telefónicas; y se constata jurisprudencialmente que la policía, hasta valorar nuevos indicios hallados, no está sometida a dar cuenta al Juez en un plazo perentorio. Seis días es en todo caso un plazo prudencial, muy inferior al de los casos jurisprudenciales que se citan.

En opinión del Ministerio Fiscal, aunque hubiera habido un incumplimiento del deber de dar cuenta a la autoridad judicial del examen del USB en las 24 siguientes a su entrega, lo que no se admite de ningún modo, en todo caso no se han sentado tampoco las bases fácticas de la contaminación posterior de las intervenciones autorizadas judicialmente en el domicilio del imputado, y mucho menos de la ineficacia de la expresa autorización que el procesado prestó para el examen del USB en su comparecencia judicial del Art. 505 Lecri, en presencia de su abogado y con todas las garantías legales.

La acusación particular insiste en los mismos argumentos. Distingue entre violación de la intimidad y violación de correspondencia, e incautación y hallazgo casual. Compara el hallazgo de un USB al encuentro de una carpeta con fotografías, cuyo examen para identificar al propietario de ningún modo se entendería como violación a la intimidad, sino como una actuación necesaria, rutinaria y legal. Y se desglosa en un nuevo motivo, tercero, la argumentación sobre la contaminación de las pruebas de cargo obtenidas en los registros domiciliarios y por la autorización del examen de su USB por el propio imputado, recordando que existen además otros inicios independientes de actuaciones penales, como lo son la denuncia de la madre de una de las criaturas abusadas.

OCTAVO .- Y estos motivos referidos más específicamente al Art. 588, *sexies c*, Lecri y Art 11 Lopj deben igualmente ser acogido por sus mismos principios.

El convenio Europeo de derechos humanos, en su Art. 8.2, prevé la legitimidad de una ingerencia en el área de la intimidad personal cuando "constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para [...] la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, [...] o la protección de los derechos y las libertades de los demás". La jurisprudencia europea pone de manifiesto que toda obtención y utilización de pruebas supone de algún modo una invasión de esfera de la identidad personal y familiar, la legitimidad de la ingerencia debe ponderarse en función de la importancia del derecho que ha sido conculcado y de la necesidad de proteger los principios de convivencia de una sociedad democrática (Z c. FINLANDE, S. 25 de febrero de 1997). Copiar en un USB el contenido de un ordenador, en presencia de su propietaria y sin su negativa expresa, es en sí mismo legítimo en el contexto de una investigación por calumnia (parágrafo 57 de la sentencia); pero siempre y cuando la recogida de información se limite a los hechos que son objeto de persecución (SAINT-PAUL LUXEMBOURG SA. c. LUXEMBURGO, S. 18 de abril de 2013). Y se estima legítimo el control de un ordenador de la empresa y la sanción de un empleado de la SNCF, por tener material pornográfico en la extensión que utilizaba con carácter personal (LIBERT c. FRANCIA S. 22 de febrero de 2018).

El Art. 11 Lopj proclama la falta de efectos de las pruebas obtenidas violentando derechos. Creemos que la determinación de la legitimidad de su copia y examen de su contenido, en aplicación del principio de proporcionalidad antes reseñado, se debe determinar si su examen y copia por agente de la Guardia Civil se ha obtenido violentando ilegítimamente derechos del acusado. Y recordemos que, según reiterada jurisprudencia, nos encontramos ante cuestión que afecta al derecho a la intimidad y no a la inviolabilidad de las comunicaciones (SSTC 173/2011 de 7 de noviembre , 115/2013 de 9 de mayo referente al acceso por agentes de la policía nacional a los números de teléfono de la agenda de un teléfono móvil incautado. SSTS 204/2016, de 10 de marzo , 342/2013 de 17 de abril). Y la STS 287/2017 de 19 de abril admite como prueba de un delito de abuso de un padre sobre su hija las fotos sin encriptar, obtenidas por la madre en un ordenador familiar.

Y entiende la Sala, como se ha dicho en la resolución del primer motivo, que para determinar si el acceso de la Guardia Civil al contenido del USB y dos SD del acusado fue en sí ilegítimo, el examen de la prueba admitida y no practicada pudiera ser necesario para ponderar la proporcionalidad de la ingerencia, e igualmente para ponderar la extensión de la contaminación a pruebas posteriores. Entendemos que la apreciación con carácter previo de la ilegitimidad de toda la prueba de cargo, pudiera llegar a afectar al derecho de la acusación a la prueba pertinente y necesaria, y a la racionalidad de la sentencia. Se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, pues sólo cuando la rechazada o no practicada puede alterar el signo del fallo se vulnera el derecho fundamental a la prueba. Lo que en este caso parece concluirse pues solo de la práctica de la prueba declarada pertinente pudiera precisarse adecuadamente los hechos probados en cuanto a determinar la ilicitud de la actuación del agente de la guardia civil o de la contaminación de las pruebas posteriores y autorización del imputado al examen del usb incautado.



NOVENO .- En efecto, se establece como hecho probado y no impugnado que Doña Lourdes entregó en el servicio de atención ciudadana de la Guardia Civil de DIRECCION000 un bolso y una carterita que contenía una memoria USB y dos tarjetas SD, y que dentro del bolso se encontrada la documentación del acusado. Es de destacar que el agente de la Guardia Civil recibe el bolso y los dispositivos de almacenamiento masivo en razón de su cargo, que comporta un deber de diligencia, en conservar lo entregado, y en identificar y restituir lo perdido a su legítimo propietario.

El atestado policial redactado en la inmediatez de los hechos establece que la carterita y el bolso fueron entregados por separado; en declaración de doña Lourdes posterior a los hechos, se refiere que la carterita estaba dentro del bolso, encontrado por unos niños. Entendemos que debe ponderarse, y ello solo es posible con el examen de la prueba propuesta, cómo fueron perdidos en el parque y posteriormente encontrados los dispositivos de almacenamiento masivo, y si el testimonio en este punto de la Sra. Lourdes, madre de los niños que encontraron los objetos perdidos, pudiera ser impreciso por el trascurso del tiempo o contaminado por ser ciudad pequeña y afectar a unos graves delitos de abuso de menores. Y debe determinarse si el examen de su contenido y su copia por agentes de la autoridad de DIRECCION000 es en todo caso ilegítimo, o si en relación a las circunstancias de su entrega en el servicio de atención ciudadana y de su recogida por el imputado, pudiera existir una duda razonable sobre si el titular del bolso fuera también titular de los dispositivos de almacenamiento masivo.

DECIMO .- El Art. 588 sexies c, Lecri, exige la autorización judicial para el examen de los dispositivos masivos *incautados o aprehendidos*; y en el presente caso los presupuestos de hecho no se ajustan exactamente a los presupuestos normativos que previenen la autorización judicial, referidos a una ocupación coactiva (SSTS 489/2018 de 23 de octubre 204/2016 de 10 de marzo). Por ello entendemos también relevante el examen de la prueba propuesta para poder determinar si se ha incumplido la preceptiva solicitud temporánea de autorización judicial, si no en su texto literal si en sus principios rectores, aplicables por analogía, y si se ha atentado desproporcionadamente contra el derecho a la intimidad del acusado.

Recordemos que según la jurisprudencia española y europea citada, una diligencia que afecta a la intimidad del investigado se encuentra autorizada a las fuerzas del orden siempre que resulte justificada con arreglo al requisito de proporcionalidad en la valoración de los intereses en juego en una sociedad democrática (Art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Para la ponderación de indicios casuales u ocasionales no se aplica, en principio, el plazo perentorio de veinticuatro horas (SSTS 786/2015 de 4 de diciembre y 45/2014 de 7 de febrero). Las fotos de desnudos casuales de niños en el ámbito familiar no son infrecuentes (espacios familiares, playa, etc.). Entendemos que pudiera ser relevante determinar si el posible examen del contenido de los dispositivos de almacenamiento masivo puede ser considerado en su origen un hallazgo casual de material indeterminado, que exige un examen técnico y pormenorizado para poderse valorar como evidencia incriminatoria.

DECIMO PRIMERO .- La contaminación de las pruebas posteriores (los registros domiciliarios y el consentimiento expreso del acusado el 29 de agosto ante el Juez y en presencia de su abogado), como se ha dicho, también entendemos que esta ligada a circunstancias de hecho en aplicación del principio de proporcionalidad, que deja elementos de sombra e incerteza sin el examen de la prueba propuesta, referida a las causas y circunstancias de los registros domiciliarios. Si existió un incumplimiento de un deber de comunicar temporáneamente al juez competente el examen de unos USB y SD, debe ponderarse en que medida ello pudo contaminar una prueba obtenida del examen de los ordenadores del acusado, que pudiera constituir prueba de cargo autónoma y suficiente.

Argumenta el Ministerio fiscal que no puede aceptarse como principio que todo examen por la policía del contenido de un dispositivo de almacenamiento masivo en caso de pérdida contamine todas las pruebas posteriores, pues entonces bastaría que cualquier delincuente dejase abandonados sus dispositivos, para contaminar cualquier investigación de una acción criminal. Y habiéndosele incautado de nuevo en el segundo registro domiciliario un USB con material sensible, queda la duda de si pudiera existir un nuevo acto antijurídico incriminatorio en el acusado, que justifique la autonomía de una prueba de cargo.

DECIMO SEGUNDO .- Interesa igualmente el Ministerio Fiscal, a tenor del Art. 792.2 párrafo 2º Lecri, que la declaración de nulidad de la sentencia y retroacción de las actuaciones exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden a un nuevo enjuiciamiento de la causa por haber perdido la Sala sentenciadora la imparcialidad. Contaminación que también se mantiene en el recurso de la acusación particular, por haber valorado la prueba sin haberse practicado esta.

Y tal pretensión debe ser igualmente estimada pues entendemos que se ha valorado sobre el fondo al no haberse practicado la prueba y se vierten además afirmaciones en la sentencia que entendemos puede



interpretarse que suponen una toma de posición sobre el fondo controvertido, en tema de imparcialidad en el que la contaminación se funda en las apariencias y en entenderse anticipada la resolución de fondo

DECIMO TERCERO .- No apreciándose motivos que justifiquen su imposición, declaramos de oficio las costas causadas en la sustanciación de los presentes recursos, en aplicación del artículo 240.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

IV.- FALLO

La Sala acuerda por mayoría estimar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, contra sentencia 9/2019, dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, de fecha 15 de enero de 2019, en el Rollo de Sala número 443/2016 , dimanante del Sumario número 538/2016 del Juzgado de Instrucción num. 5 de DIRECCION000 .

Y en su virtud procede ANULAR dicha Sentencia para que se practique en vista oral la prueba admitida, que deberá realizarse con una nueva composición de la Sala de instancia en la Audiencia Provincial, y a cuyo efecto se devolverán las actuaciones a dicho Tribunal, para que con libertad de criterio dicte nueva sentencia sobre la licitud de la prueba de cargo y sobre el fondo controvertido.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, junto con el voto particular discrepante, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** , en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes al de la última notificación.

Y firme que sea, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución.

Así por esta nuestra Sentencia y su voto particular, de la que se unirán testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular

que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ URZAINQUI, disintiendo de la sentencia mayoritaria dictada por la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Penal, en el recurso de apelación núm. **13/2019** interpuesto contra la sentencia núm. 9/2019 dictada el 15 de enero de 2019 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra en el procedimiento de sumario ordinario núm. 443/2016

Con total respeto al parecer mayoritario de la Sala expresado en la sentencia de que se disiente, no puedo dejar de manifestar mi discrepancia con el fallo estimatorio de los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Aceptando expresamente los antecedentes de hecho de la resolución mayoritaria, pese a disentir de la calificación como "hechos probados" de lo que en rigor constituye una mera relación de antecedentes de la declaración de ilicitud de la prueba, al haber sido excluida por vulneración de derechos fundamentales la totalidad de la prueba de cargo sobre los hechos a enjuiciar, sustento mi voto particular en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de primera instancia y los recursos de apelación.

Resolviendo el 23 de mayo de 2018 en el acto del juicio la cuestión previa planteada en sus preliminares por la defensa del acusado acerca de la ilicitud, ya anticipada en conclusiones, de la totalidad de la prueba de cargo, tanto originaria como derivada, obtenida en el presente procedimiento, por vulneración del derecho a la intimidad, que la parte proponente entendió producida al abrir y copiar sin autorización judicial la Guardia Civil el contenido de un dispositivo de memoria USB entregado en sus dependencias con la carterita que lo contenía junto a un bolso con documentación personal hallados por unos niños en el PASEO001 de DIRECCION000 , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, tras oír a las partes acusadoras sobre la cuestión y suspender el acto para deliberación durante una hora y media, declaró motivadamente in voce la nulidad de todas las pruebas que sustentaban la acusación pública y particular, sin llegar a practicar



ninguna de las propuestas y admitidas para el plenario, acordando la absolución del acusado y su inmediata puesta en libertad. En correspondencia con este pronunciamiento oral, la Sala dictó el 15 de enero de 2019 la sentencia 9/2019 en la que, tras un extenso desarrollo argumental de las razones ya anticipadas en la resolución oral para "excluir, por su ilícita obtención y procedencia, todo el material probatorio obrante en la causa", reiteró la procedente absolución del acusado, al no haber quedado desvirtuada por tal prueba la presunción constitucional de su inocencia.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular recurren en apelación la expresada resolución, solicitando de este Tribunal Superior de Justicia el pronunciamiento de una sentencia que declare la nulidad de la recurrida y retrotraiga las actuaciones al momento en que debió iniciarse la práctica de la prueba en el juicio oral a fin de proceder a la celebración de un nuevo juicio con magistrados distintos de los que han participado en esta causa. Fundan, en síntesis, las dos partes acusadoras sus respectivos recursos a) en la vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española -a la que la acusación particular agrega la de los artículos 101 y 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - por la estimación de la cuestión previa planteada y el pronunciamiento de la sentencia absolutoria apelada sin la práctica de la prueba admitida para el plenario, tras expulsar o excluir del contradictorio la totalidad de la obtenida no sólo en el inicio del proceso sino también en su desarrollo, y b) en la infracción de las mismas normas constitucionales ya citadas, y en la de los artículos 588 sexies b) y c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al fundar la ilicitud de la prueba en la de estas últimas disposiciones, cuando las mismas no eran de aplicación al supuesto aquí enjuiciado, inicialmente ajeno a cualquier investigación judicial o policial, y cuando su eventual ilicitud tampoco habría llegado a transmitirse a posteriores actuaciones sin conexión de antijuridicidad con ella.

SEGUNDO. La denuncia de la ilicitud de la prueba como cuestión previa en la audiencia preliminar del juicio oral en proceso ordinario.

La eventual "vulneración de algún derecho fundamental", también la producida en la obtención de las pruebas, se encuentra entre las cuestiones previas de posible planteamiento en el turno de intervenciones que el Juez o Tribunal ha de abrir, a instancia de parte, en los preliminares del juicio oral. Es cierto que dicha audiencia se halla prevista en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras la reforma de la Ley 13/2009) únicamente para el "procedimiento abreviado", pero también lo es que, aunque su regulación legal en ese solo proceso llegó a objetarse en su día a su pretendida aplicación en el ordinario (SSTS 625/1996, de 24 septiembre ; 808/1997, de 7 junio y 1270/1998, de 31 octubre), la jurisprudencia ha terminado también por admitir "que en el procedimiento ordinario pueda celebrarse una audiencia preliminar para resolver cuestiones previas, por analogía con el trámite prevenido en el procedimiento abreviado" (STS 722/2012, de 2 octubre); confirmando esta aplicación, entre otras, las SSTS 809/2012, de 26 octubre ; 195/2014, de 3 marzo ; 706/2014, de 22 octubre y 839/2014, de 2 diciembre . Como dice la STS 1393/2000, de 19 septiembre , la posibilidad que en nuestro sistema procesal introduce la regulación del procedimiento abreviado (en el art. 793, hoy 786 de la LECrim) de "sanear el proceso de cualquier incidencia que pudiera evitar la entrada en el fondo de la cuestión o que obligase a dictar una sentencia absolutoria... puede aplicarse también al procedimiento ordinario, ya que entre ambas fórmulas de investigar y enjuiciar, existe una interrelación que permite, extender y complementar las omisiones que se observen en uno u otro procedimiento y que estén encaminadas a salvaguardar más eficazmente los derechos y garantías de los justiciables".

TERCERO. La resolución de la cuestión previa al término de la audiencia preliminar.

Pudiendo pues considerarse hoy inconcusa o pacífica la posibilidad de plantear como cuestión previa, en los preliminares del juicio oral dentro del proceso ordinario, la ilicitud de pruebas admitidas para tal acto por vulneración de derechos fundamentales, la primera interrogante que el recurso y la decisión oral -luego trasladada a la sentencia recurrida- suscitan es si la resolución de dicha cuestión debe adoptarse al término de la audiencia preliminar en la iniciación de la vista oral o ha de serlo tras su celebración y conclusión en la sentencia que se pronuncie.

Hay cuestiones como la competencia del órgano, las causas de suspensión del juicio o el contenido y finalidad de las pruebas propuestas para su práctica en él, que requieren inexorablemente una respuesta previa a su celebración. Pero no puede decirse lo mismo, al menos no en todo caso, de la alegada ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales, en la que pueden hallarse inescindiblemente involucradas cuestiones de hecho precisadas de una valoración de pruebas periféricas a practicar en el juicio o asociadas complejas cuestiones de derecho de difícil resolución con la premura que esta audiencia previa requiere. En principio, como advierte la STS 195/2014, de 3 marzo , "el proceso penal, en el momento en que se adentra en la fase de plenario y de valoración probatoria por el órgano jurisdiccional debería hallarse ya depurado de las posibles nulidades probatorias" y "esta idea debería servir de inspiración para la solución de los supuestos en que este debate se suscite". Siendo posible dar respuesta jurídica fundada a la cuestión con los elementos de juicio reunidos en la causa al inicio del acto, lo más acorde a la exigencia de inutilizabilidad de



la prueba ilegítimamente obtenida (art. 11.1 de la LOPJ) es su resolución al término de la audiencia preliminar de referencia, evitando que la fuente de prueba inconstitucional se incorpore al proceso contaminando su contenido. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de que la resolución oral declarando la nulidad de la prueba y su exclusión del proceso se reitere y motive más ampliamente en la sentencia que haya de pronunciarse.

Pero esto no siempre será posible por las razones ya antes apuntadas. Cuando así suceda, lo pertinente será el aplazamiento de la decisión a la sentencia que se dicte a la conclusión del juicio oral. Y la jurisprudencia así lo tiene reconocido. El artículo 786.2 de la LECrim dispone que "el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas". Pero, tal como advierten las SSTS 1290/2009, de 23 diciembre ; 818/2011, de 21 julio y 195/2014, de 3 marzo , el precepto legal no obliga a "pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en ese momento concreto, pues lo que se exige por el mismo es la necesidad de resolver en el acto lo procedente, y lo procedente es también acordar ese aplazamiento para la sentencia final". En consonancia con ello, el Tribunal Supremo declara con reiteración que "aunque la decisión sobre la posible vulneración de derechos fundamentales o la licitud de una prueba puede adoptarse en la iniciación de la vista oral, conforme al artículo 786.2 de LECrim , también es correcto aplazar tal decisión hasta el momento de dictar sentencia, siempre que existan razones objetivas suficientes para ello" (SSTS 330/2006, de 10 marzo ; 25/2008, de 29 enero ; 1290/2009, de 23 diciembre ; 10/2010, de 21 enero ; 818/2011, de 21 julio ; 401/2012, de 24 mayo ; 611/2013, de 11 julio ; 195/2014, de 3 marzo ; 434/2015, de 25 junio , 650/2016, de 15 julio y 422/2017, de 13 junio).

La opción por uno u otro momento procesal no es pues para el tribunal de instancia discrecional o libre, porque -como se desprende de la doctrina reiterada que acaba de extractarse- esa posibilidad de aplazamiento de la decisión está condicionada por la jurisprudencia citada a la existencia de "razones objetivas suficientes para ello". Compendiando esta doctrina constitucional y jurisprudencial se ha comentado que "en casos de patente claridad, debe rechazarse la admisión de la prueba, y sólo en caso de cierta duda, puede admitirse, practicarse y valorarse en sentencia, donde en su caso se dará lugar a un pronunciamiento excluyente de la prueba". De no concurrir pues razones objetivas bastantes que justifiquen tal diferimiento de la decisión a la sentencia, lo procedente y ajustado a Derecho es en suma adoptarla tras la audiencia preliminar en que se plantee la ilegitimidad de la prueba, expulsándola del proceso si su ilicitud fuera apreciada.

Siendo claro que la Sala de primera instancia resolvió in voce la cuestión en ese trámite preliminar, pese a haber vuelto sobre ella en la sentencia absolutoria dictada para motivar más ampliamente su procedencia, la segunda interrogante que tal decisión y los recursos que la impugnan suscita es si en el presente caso existían razones objetivas suficientes para aplazar o posponer su decisión a la celebración del plenario, con la práctica de las pruebas propuestas y demás actuaciones inherentes a él.

CUARTO. La declaración de ilicitud de todas las pruebas en la audiencia preliminar sin practicar las propuestas y admitidas para el plenario.

Es evidente, a la vista de la motivación de la resolución oral estimatoria de la cuestión previa planteada y de la argumentación desarrollada en la sentencia recurrida, que el tribunal a quo no consideró necesario ni objetivamente justificado aquel aplazamiento, porque las actuaciones policiales y judiciales obrantes en la causa ofrecían -a su entender- por sí solas elementos de juicio suficientes para poder declarar en esa audiencia preliminar "la ilicitud de todas las diligencias de investigación e instrucción realizadas en la presente causa" (HP, in limine) y "excluir como ilícitos todos los medios probatorios propuestos por las acusaciones", considerando que "todos ellos proceden de forma encadenada del vicio de origen de la actuación de la Guardia Civil, que no cabe catalogar como una mera irregularidad y que se transmite sin solución de continuidad a la primera actuación llevada a cabo (auto 21 junio 2016), así como a todas las posteriores, por la ilicitud de la original fuente de prueba aportada al procedimiento, sin que, por lo demás, pueda apreciarse la quiebra de esa conexión de antijuridicidad" (FD 3º, pág 89).

Los recursos fundan la pretensión de anulación del fallo absolutorio dictado sin la celebración del juicio oral, en que habían de realizarse las pruebas propuestas para el plenario, en la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la utilización de los medios de prueba y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE).

Debiéndose pues analizar la conformidad a Derecho de la resolución adoptada en la fase preliminar del juicio desde la óptica de estos derechos fundamentales, a la luz de la doctrina constitucional y jurisprudencial, parece oportuno recordar:

a) Que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, que constituye una de las garantías del proceso (STS 987/2016, de 11 enero) y, en cuanto incide en la defensa de las partes, se halla asimismo comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 189/1996, de 25 noviembre), no tiene un carácter absoluto e ilimitado (STC 199/1996, de 3 diciembre), ni priva o desapodera a los tribunales para examinar la necesidad



y pertinencia de la prueba (STC 170/1998, de 21 julio), así como su licitud (STC 70/2002, de 3 abril y STS 146/2019, de 18 marzo), y rehusar las pruebas que no reúnan tales requisitos.

b) Que la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 8/2000, de 17 enero), en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (SSTC 49/1999, de 5 abril y 28/2002, de 11 febrero), pues la imposibilidad de admitir una prueba obtenida violentando un derecho fundamental deriva no sólo de la posición preferente de estos derechos en el ordenamiento y de su inviolabilidad (art. 10.1 CE y STC 114/1984, de 29 noviembre), sino también, en el plano de la legalidad ordinaria, de la disposición contenida en el art. 11.1 de la LOPJ (STC 85/1994, de 14 marzo), que hace extensiva la ineficacia probatoria a todas las pruebas logradas a partir de otra anterior ilícita y contaminadas por su ilegitimidad.

c) Que las exigencias derivadas de tales derechos sí reclaman en cambio para la denegación de las pruebas propuestas una motivación razonada y razonable, pudiendo por ello resultar vulnerados cuando se inadmitan o no se practiquen pruebas relevantes para la resolución final sin motivación o con una motivación insuficiente o que suponga una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 86/2008, de 21 julio y 102/1987, de 17 junio), y

d) Que para que se pueda apreciar la vulneración del derecho a la prueba es necesario que la falta de la actividad probatoria interesada se haya traducido en una efectiva indefensión material de la parte (STC 170/1998, de 21 julio), pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 de la Constitución únicamente cubre los supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC 80/2011, de 6 junio). Tal vulneración exige en consecuencia que el recurrente acredite la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, y justifique argumentalmente que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una influencia decisiva para el sentido de su resolución (STC 130/2017, de 13 noviembre) y favorable a la estimación de sus pretensiones (STC 77/2007, de 16 abril).

La resolución in voce -ratificada y ampliada luego en la sentencia- expulsando del proceso por su ilegitimidad la totalidad de las pruebas y absolviendo de inmediato al acusado, sin dar lugar a la celebración del juicio ni a la práctica prueba alguna, cumple las exigencias de motivación, de palabra (13:03:05 a 13:14:50) y por escrito (págs. 24 a 27 y 79 a 100).

La decisión tomada, tanto en lo concerniente a su alcance y efectos, como en lo relativo al momento procesal de su adopción, tiene por su parte apoyo en la legalidad constitucional y ordinaria, que proscribe la admisión y recepción de pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales (SSTC 114/1984, de 29 noviembre , 107/1985 de 7 octubre y 85/1994, de 14 marzo), sanciona con su ineficacia e inutilizabilidad las obtenidas ilegítimamente y las adquiridas a partir del conocimiento derivado de ellas con conexión de antijuridicidad (art. 11.1 LOPJ ; SSTC 28/2002, de 11 febrero y 197/2009, de 28 septiembre y SSTS 370/2008, de 19 junio y 793/2013 de 28 octubre) y posibilita el examen y la declaración de su ilicitud en la audiencia preliminar del juicio oral (art. 786.2 LECrim y STS 195/2014, de 3 marzo).

Esto sentado, la cuestión a resolver en esta apelación es si la apreciación de la ilicitud de la prueba de cargo planteada en la audiencia previa exigía la práctica de las pruebas propuesta por las acusaciones apelantes para la vista del juicio oral, porque los hechos que con ellas pretendían acreditar tenían relevancia para aquella apreciación y, de haberse probado, habrían conducido a la adopción de una decisión distinta de la acordada en la resolución recurrida, evidenciando que la misma fue prematura y hubiera debido posponerse a la conclusión del juicio y a la práctica de las pruebas a desarrollar en él para apreciar con certidumbre la licitud o ilicitud de la prueba de cargo propuesta.

A mi juicio, la respuesta procedente a esta cuestión debía ser negativa: la Sala de primera instancia contaba ya en la audiencia preliminar del juicio oral con evidencias o elementos objetivos de juicio documentados en la causa lo bastante sólidos y elocuentes como para resolver inmediatamente, en el acto, sobre la ilicitud de las pruebas de cargo reunidas y apreciar la contaminación de todas ellas por la conexión de antijuridicidad con la fuente originaria. Y los recursos -a mi personal entender- no alcanzan a acreditar argumentalmente con la claridad y suficiencia que a sus promotores incumbía, que las pruebas propuestas y no practicadas en el plenario, podrían haber llegado a arrojar resultados reveladores de la legitimidad del primer descubrimiento y de la licitud de las diligencias de investigación y actuaciones judiciales practicadas a partir del mismo o a proporcionar elementos de juicio acreditativos de la desconexión e independencia de alguna o algunas de ellas, al punto de dotarlas de eficacia probatoria procesal.

QUINTO. La apertura, visualización y volcado del contenido del dispositivo de memoria por el agente que lo recibió como objeto perdido y su análisis policial.



Consta en el primer atestado de la Guardia Civil y en los ampliatorios de aquél que a las 21,35 horas del día 14 de junio de 2016 la vecina de DIRECCION000 cuya identidad se reseña en ellos entregó en el Servicio de Atención al Ciudadano del Puesto de DIRECCION000 un bolso de hombre con diversos efectos (incluida documentación personal) y una carterita con cremallera en cuyo interior había una memoria USB y dos tarjetas SD que sus hijos habían hallado mientras jugaban en un Paseo de la ciudad. El agente que los recibió comprobó que la documentación del bolso correspondía al vecino de DIRECCION000 hoy acusado en este proceso, infiriendo que el resto de los efectos del bolso serían de su pertenencia. Pero -según la afirmación del agente- al no poder determinar si también la carterita y los efectos en ella contenidos podían ser del propietario del bolso "realizó una copia de salvaguarda de la memoria USB y las tarjetas SD a los efectos de determinar a través de su visionado la titularidad de la misma" y "tras abrir los archivos pudo comprobar que una de las carpetas denominada 'Trance'... (contenía) diversas fotografías en formato .jpg de alto y explícito contenido sexual en las que se observaba al que previamente había identificado como titular de la documentación hallada en el bolso... con un niño menor de edad entre las cuales habría algunas en las que estaría realizando penetraciones anales al menor". Bloqueado por el hallazgo dejó todos los efectos en la oficina a la espera de tomar una determinación sobre la forma de actuar. Pero, concluido su servicio a las 22 horas, el agente que lo prestaba en la mañana del siguiente día 16 y desconocía el contenido de la memoria USB, entendiéndolo que ésta y el bolso pertenecían al mismo titular y que estaban dispuestos para su entrega, efectuó ésta al hoy acusado, que, tras pasar por la Policía Municipal, fue informado por ella del hallazgo de sus efectos y de su depósito en el Puesto de la Guardia Civil. A las 14 horas de ese día 15 el agente que efectuó el volcado del contenido de la memoria y las tarjetas puso en conocimiento del Equipo de Policía Judicial de DIRECCION000 los hechos y le entregó la copia realizada; iniciándose a partir de ese momento la investigación policial de los archivos y precisas indagaciones sobre su contenido que desembocaron en la solicitud el 21 de junio de 2016 de un mandamiento de entrada y registro en el domicilio del hoy acusado-recorrido para la intervención de sus ordenadores y demás dispositivos de almacenamiento masivo de memoria, y determinaron la incoación e instrucción del presente procedimiento penal.

Tanto el dispositivo de memoria portátil USB como las tarjetas de memoria SD son dispositivos de almacenamiento masivo de información (dispositivos de memoria sólida) susceptibles de albergar y conservar datos de muy diversa naturaleza que en todo caso pueden afectar al núcleo más profundo y reservado de la personalidad de su titular (ideologías políticas, creencias religiosas, actividades profesionales, relaciones personales, orientaciones sexuales, estado de salud, situaciones familiares...). La necesidad de dotar de un tratamiento unitario a la diversidad de las informaciones que almacenan y de los derechos fundamentales convergentes en su tutela, con regímenes de protección diferenciados para cada uno (STS 489/2018, de 23 octubre), condujo a la jurisprudencia a la generalización del concepto de "entorno virtual" para designar y definir el derecho que es objeto de protección constitucional en ellos (SSTS 342/2013, de 17 abril ; 173/2018, de 11 abril y 489/2018, de 23 octubre) y declarar sujeta toda injerencia inconstitucional en dicho entorno a la habilitación judicial (SSTS 342/2013, de 17 abril ; 786/2015 de 4 diciembre y 204/2016, de 10 marzo).

Aunque la colisión con derechos constitucionalmente protegidos de medidas de investigación de delitos que llevan aparejado el acceso al contenido de instrumentos y dispositivos propios de las nuevas tecnologías venía siendo ya objeto de consideración por la doctrina constitucional y la jurisprudencia, con el requerimiento de distintas exigencias que hicieran compatibles los fines de la investigación con la tutela de los derechos fundamentales afectados, el vacío normativo de que adolecía este ámbito de actuación era patente y motivó la extensa regulación que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre, introdujo en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde, junto a unas disposiciones comunes a todas las medidas desarrolladas (Cap. IV), abordó en el Capítulo VIII el "registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información". En él estableció la indispensable necesidad de una resolución judicial, de motivación individualizada (respecto de la autorizante del registro domiciliario) para el acceso a la información contenida en los dispositivos incautados en el curso de un registro domiciliario o con independencia del mismo (arts. 588 sexies a y b), así como para la ampliación del registro y el copiado de los datos informáticos (art. 588 sexies c. 1 y 3) y permitió, en los casos de urgencia en que concurra un interés constitucional legítimo, el examen policial directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de 24 horas al juez competente, haciendo constar las razones justificativas de la medida, la actuación realizada, la forma en que se efectuó y su resultado (art. 588 sexies c. 3 in fine y 4).

1. La cuestionada infracción del art. 588 sexies c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La sentencia recurrida considera infringida esta disposición legal en la actuación policial desplegada a raíz de la recepción de los dispositivos contenidos en la carterita entregada por una vecina como objeto perdido junto con un bolso de hombre; siendo esta apreciación impugnada por los recursos, al reputar inaplicable aquella disposición a un acceso casual y ajeno a cualquier investigación de delitos, por lo que -a juicio de las partes apelantes- la actuación examinada no precisaba la autorización judicial.



Es cierto que, por su ubicación sistemática en el Título VIII rubricado "De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución ", los artículos 588 sexies a , b y c, son de aplicación a los registros de dispositivos acordados o realizados en el curso de una "investigación" por delitos. Es precisamente esa aplicación instrumental la que justifica su inserción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal , junto a otras diligencias de instrucción, en el Libro II "Del sumario". Pero también lo es:

a) Que el hecho de que la citada regulación procesal se refiera a los requisitos para el acceso al contenido de estos dispositivos en el desarrollo de una investigación o persecución de delitos, no significa ni quiere decir que sólo en este concreto ámbito procedimental penal se encuentre la autoridad pública -la judicial y la policial- sujeta a límites y requerimientos para la apertura de tales dispositivos y la visualización y volcado de los archivos que almacenan, y mucho menos, que fuera de él no opere en ese "entorno virtual" el derecho de exclusión de su titular con todas las garantías requeridas para la salvaguarda de su privacidad. La tutela de este derecho fundamental se extiende a cualquier actividad u operación de las autoridades públicas o de particulares, aun no relacionada con la investigación criminal. Su desconexión de una eventual investigación sustraerá la actuación a las normas de procedimiento de los artículos 588 sexies de la Ley procesal penal , pero no a las también rigurosas exigencias impuestas por la doctrina y la jurisprudencia europea y nacional para la tutela de esa privacidad y el control de los actos que la lesionan o ponen en riesgo, entre los que desde luego se incluye el acceso a la información contenida en esos dispositivos de memoria sólida, y

b) Que, en buena medida, el contenido normativo del capítulo VIII, como el de las disposiciones comunes a los siguientes del capítulo IV, se hacen eco, incorporan y desarrollan en la ley principios, límites y garantías que la doctrina constitucional y jurisprudencial española, con recepción de la europea del TEDH, venía considerando de necesaria observancia para la preservación de la privacidad que ampara la información contenida en ordenadores y dispositivos de memoria (SSTS 204/2016, de 10 marzo y 489/2018, de 23 octubre , para la que "en buena medida tal legislación se limita a conferir formato normativo a ideas ya presentes y exigidas en jurisprudencia precedente"); de modo que, aun haciendo abstracción de exigencias procedimentales específicas de la investigación criminal, del tenor de esas disposiciones legales y del fundamento y la razón que las inspira se desprenden otras más sustanciales, que resultan de necesaria observancia también en actuaciones no sujetas a la citada normativa procesal en la protección de los derechos fundamentales, no por aplicación directa, inmediata e imperativa de esas disposiciones legales, sino por mor de los principios constitucionales y jurisprudenciales que las mismas incorporan y sancionan (cfr. SSTS 204/2016, de 10 marzo y 723/2018, de 23 enero).

2. El acceso al contenido de dispositivos de memoria en actuaciones ajenas a la investigación criminal.

Del contenido sustancial de esas disposiciones y de la doctrina constitucional y jurisprudencial que las inspira se desprende, en lo que a la resolución de esta apelación más interesa:

a) Que el acceso de la policía a los contenidos de un ordenador o dispositivo de almacenamiento masivo de información ha de contar, en todo caso, con el presupuesto habilitante y formal de una resolución judicial (SSTS 342/2013, de 17 abril ; 204/2016, de 10 marzo y 723/2018, de 23 enero), de no mediar el consentimiento expreso o tácito del propietario (STC 173/2011, de 7 noviembre , y SSTS 786/2015, de 4 diciembre ; 287/2017, de 19 abril y 489/2018, de 23 octubre).

b) Que, incluso en las aprehensiones producidas en el curso de una investigación criminal, la resolución judicial autorizante del acceso a la información contenida en los dispositivos ha de ser objeto de una motivación individualizada, sin que sea suficiente para su cobertura legal la eventual autorización general de la entrada y registro en que tales dispositivos hayan podido ser ocupados (SSTS 342/2013, de 17 abril ; 786/2015, de 4 diciembre y 864/2015, de 10 diciembre).

c) Que la realización de copias de datos informáticos requiere una autorización judicial que no está de entrada embebida en la del acceso a la información contenida en los dispositivos (art. 588 sexies.c.1 LECrim); lo que evidencia que el volcado o copiado del contenido comporta una injerencia aún más acusada en el entorno virtual protegido.

d) Que con independencia, al margen o fuera del desarrollo de una investigación criminal, los agentes de policía que no cuenten con el consentimiento del titular ni con la autorización judicial, tan sólo pueden acceder al contenido de los dispositivos de memoria que obren en su poder por incautación u otra causa ajena a la investigación o persecución de delitos, en casos de urgencia, al amparo de una disposición legal o un interés constitucional legítimo que habilite la injerencia, siempre que ésta, por su excepcionalidad, se revele imprescindible y proporcionada a la finalidad perseguida con ella. Y si de resultas de dicho acceso se obtuviere información relevante de orden penal su hallazgo debe comunicarse inmediatamente al Juez para conocimiento, control y, en su caso, convalidación de dicha actuación. Así resulta de los principios y exigencias



derivadas de la tutela de los derechos fundamentales que inspiran y desarrollan en el ámbito procesal penal los artículos 588 bis.a y 588 sexies.a, b y c, y de la jurisprudencia europea y nacional que los han sancionado.

Si el acceso policial al contenido del dispositivo no cuenta con una resolución judicial habilitante y no se considera sujeto a lo dispuesto en el artículo 588 sexies.c.4 de la citada Ley, por no producirse en el seno de una investigación criminal abierta, ha de hallarse legitimado o fundado en otra "norma legal habilitante" o amparado por un "interés constitucional legítimo" (SSTEDH 12 enero 2010 -Gillan y Quinton- y 13 febrero 2018 -Ivashchenko-; SSTC 207/1996 de 16 diciembre , 70/2002, de 3 abril , 115/2013, de 9 mayo y 199/2013, de 5 noviembre y STS 444/2014, de 9 junio). En todo caso -dada su "excepcionalidad"- la apertura policial del dispositivo ha de revelarse "urgente" y "necesaria" para la consecución del fin previsto (SSTC 143/1994, de 9 mayo ; 186/2000, de 10 julio y 70/2002, de 3 abril y SSTS 493/2010 de 25 abril ; 1148/2010, de 12 diciembre y 746/2017, de 21 noviembre), y la injerencia que representa en la privacidad del titular ha de mostrarse "proporcionada" al objetivo que se persigue o pretende alcanzar con ella (STC 115/2013, de 9 mayo y SSTS 1129/2006, de 15 noviembre ; 444/2014, de 9 junio , 204/2016, de 10 marzo). En palabras de la STS 204/2016, de 10 marzo , -referidas a un supuesto en que tampoco era aplicable el artículo 588 sexies.c.4, allí por razones temporales- "el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado por la Policía Judicial sólo puede realizarse en los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida"; y, en todo caso, como recuerdan las SSTC 281/2006, de 9 octubre y 173/2011, de 7 noviembre , "la intervención policial inmediata sin autorización judicial... ha de respetar también el principio de proporcionalidad".

Es de todo punto lógico que si la resolución judicial habilitante del acceso al contenido de estos dispositivos dotados de privacidad constitucionalmente protegida ha de observar en una investigación criminal los requisitos de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad (art. 588 bis.a.1 LECrim), no menor ha de ser su exigencia en una actuación policial ajena a ella y emprendida sin aquella habilitación; una observancia que la Policía debe justificar de forma motivada en la comunicación que para su control y convalidación dirija al Juzgado. Como señala, entre otras, la STC 206/2007, de 24 septiembre , "la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

La concurrencia de estos requisitos (base legal, excepcionalidad, necesidad, urgencia y proporcionalidad) en la intervención practicada ha de valorarse "ex ante", aunque su control judicial pueda realizarse "ex post" (SSTC 70/2002, de 3 abril y 206/2007, de 24 septiembre y SSTS 97/2015, de 24 febrero y 864/2015, de 10 diciembre); esto es, su valoración ha de hacerse en contemplación al fin que se proponía alcanzar y a la naturaleza y alcance de la injerencia que la intervención suponía en el derecho constitucionalmente protegido, y no en función de los resultados, hallazgos o descubrimientos obtenidos por la actuación policial. Más en concreto, como señala la STC 123/2002, de 20 mayo , "el juicio de proporcionalidad ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho individual, pues, como también advierte la STS 489/2018, de 23 octubre , "la ilegitimidad no deriva del contenido obtenido... sino del mismo acceso in consentido".

Y, reproduciendo palabras de la STC 70/2002, de 3 abril , ha de recordarse que "la constatación 'ex post' de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad (implica) la vulneración del derecho fundamental y (tiene) efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales".

3. La violación del derecho fundamental a la privacidad del entorno virtual en el acceso policial al contenido de los dispositivos visualizados, copiados y analizados.

En el caso que nos ocupa, la Guardia Civil, tras hacerse cargo de los dispositivos de memoria entregados junto con otros efectos como objetos perdidos y hallados en una vía pública de DIRECCION000 , procedió "de propia autoridad" a la apertura y visualización del contenido de estos dispositivos, a su volcado en una copia de seguridad y al posterior análisis de los archivos que almacenaban, sin esperar al eventual consentimiento del titular que los perdió o extravió, ni recabar la oportuna autorización judicial para tales operaciones y actuaciones.

Este proceder no se atiene o ajusta en absoluto a los requerimientos que acaban de expresarse.

a) No consta -ni se invoca- disposición legal alguna que, en el depósito (aun necesario) de efectos perdidos realizado en dependencias policiales, autorice o faculte a los agentes depositarios para la apertura y examen del contenido de los dispositivos de almacenamiento de información depositados en ellas y mucho menos para su clonado o copiado. No puede olvidarse la prohibición general de la injerencia en los derechos del



artículo 18 de la Constitución con "investigaciones meramente prospectivas basadas en la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o de despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación penal" (SSTC 259/2005, de 24 octubre y 150/2006 de 22 mayo y STS 13/2018, de 16 enero) que el artículo 588 bis a.2, in fine, de la Ley procesal penal ha terminado por sancionar.

b) Tampoco cabe reconocer un interés constitucionalmente legítimo que ampare dicha actuación en la mera indagación del titular de los dispositivos depositados como objetos perdidos, ni en la adecuada salvaguarda de su contenido frente a una eventual pérdida, deterioro o degradación del mismo; a lo que ha de agregarse que ninguna de las dos supuestas razones o finalidades haría tampoco del acceso a la información contenida y su volcado en copia de seguridad una medida urgente y necesaria, y mucho menos una medida idónea y proporcionada al sacrificio de la privacidad del entorno virtual que la amplia injerencia realizada representaba.

-La primera (la indagación del titular), porque si el agente que accedió a la información almacenada tenía dudas de la pertenencia de los dispositivos al mismo propietario del bolso entregado que portaba su documentación personal -dudas que no tuvo, o llegó a despejar, en el momento de su entrega, el agente que la efectuó al día siguiente- bien podía haber esperado a la comparecencia de su reclamante para preguntarle por las características externas de los dispositivos o de la carterita perdida por el compareciente, o solicitarle el consentimiento para comprobar con su apertura si contenían algún archivo expresivo de su titularidad o que el compareciente identificara en el acto como almacenado por él, a fin de asegurarse de que era su verdadero propietario. Tampoco puede olvidarse que entre los archivos guardados en el dispositivo USB había algunos cuyo nombre era por sí solo expresivo del almacenamiento en su interior de documentos que comúnmente identifican y están solamente a disposición del titular ("DNI", "foto DNI", "currículum" o "currículum vitae", "carta de presentación", "vida laboral", "padrón municipal"), por lo que bastaba el acceso a ellos para verificar la correspondencia o no al mismo propietario del bolso ya identificado.

-La segunda (la salvaguarda del contenido), porque, en dispositivos de almacenamiento masivo de información hallados en espacios públicos y entregados en dependencias policiales como objetos perdidos, la obligación del servicio público y sus agentes se cumple con la custodia del dispositivo depositado (del continente) sin que alcance a la salvaguarda también de la información almacenada (del contenido) frente al riesgo de pérdida, deterioro o degradación de sus archivos, al punto de justificar su volcado en una copia de seguridad; máxime cuando en una ciudad como DIRECCION000 podía razonablemente preverse la denuncia de la pérdida o la reclamación por el dueño de su hallazgo en un corto lapso de tiempo.

c) Pero a la irregular apertura y copiado de los dispositivos hallados y a una visualización no limitada a los archivos cuyo contenido -por su nombre- podía más fácilmente identificar al titular, se añade que, tras la detección de las primeras imágenes reveladoras de eventuales acciones delictivas contra la libertad e indemnidad sexuales, la Guardia Civil no dio cuenta inmediata de ella al Juzgado, solicitando autorización para el examen y registro de sus contenidos, sino que inició su labor investigadora, con el análisis de todos los archivos copiados, hasta la confección del atestado policial motor de este proceso y su presentación al Juzgado seis días y medio después, junto con la solicitud de la entrada y el registro en el domicilio del titular, extensiva al registro de los ordenadores, dispositivos y soportes informáticos que en él fueran ocupados.

Aunque el plazo de veinticuatro horas del artículo 588 sexies.c.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no fuera directamente aplicable a este hallazgo, por haberse producido en operaciones o actuaciones de la policía ajenas a la investigación criminal que se regula en el Título VIII, su inaplicación no legitimaría la amplia e intensa actividad investigadora emprendida y desarrollada sin autorización judicial. Como acaba de verse, la doctrina del TC y del TS como la del TEDH en que se inspira la citada norma legal (STC 70/2002, de 3 abril y SSTS 204/2016, de 10 marzo y 489/2018, de 23 octubre), han permitido de manera excepcional prescindir de esa autorización previa a reserva del ulterior control judicial, pero solamente en situaciones de "urgente necesidad" y observando la exigencia de "proporcionalidad". La STEDH de 30 mayo 2017 (Rueda c. España) reprocha que "lejos de limitarse a comprobar la veracidad de los hechos puestos en su conocimiento accediendo a la carpeta 'mis documentos', la policía procedió a una inspección integral del contenido de los archivos del ordenador abriendo y examinando igualmente el fichero 'Incoming' del programa 'eMule', todo esto sin haber obtenido previamente la autorización judicial requerida, lo que sólo hubiera estado justificado en su caso por una necesidad urgente". Tras advertir que "no existía ningún riesgo de desaparición de ficheros ya que se trataba de un ordenador intervenido y retenido por la policía y no conectado a la red de Internet", el Tribunal no aprecia "las razones por las que la espera de una previa autorización judicial, que podía obtenerse con relativa rapidez, habría obstaculizado la investigación llevada a cabo por la policía", y concluye que "la intervención y el examen por la policía de los archivos del ordenador, tal y como fueron realizados no eran proporcionados a los fines legítimos que se pretendían y por tanto necesarios en una sociedad democrática con arreglo al artículo 8.2 del Convenio".



En el caso aquí examinado la obtención y retención por la Guardia Civil de una copia de seguridad de los archivos almacenados en los dispositivos de memoria portátil devueltos a su titular garantizaba plenamente su conservación en tanto era obtenida la autorización judicial para su completo examen y análisis, por lo que la investigación íntegra desplegada tras su detección sin contar con dicha habilitación no cumplió las exigencias de necesidad urgente que pudieron haber legitimado su proceder.

Pues bien, la evidencia documentada de estas irregularidades es tal que el resultado de las pruebas personales propuestas para el juicio oral y no practicadas por la declaración de ilicitud de la Sala de primera instancia difícilmente podrían alterar dicha apreciación. Y los recursos no llegan a justificar argumentalmente de manera sólida en qué sentido las posibles respuestas a las preguntas que ad exemplum se mencionan en el recurso del Ministerio Fiscal podrían alterar el juicio de ilicitud realizado a partir de los concluyentes datos ya conocidos y constatados, que acaban de examinarse.

4. La aplicación de la doctrina del descubrimiento casual o fortuito.

Se baraja también en los recursos la eventual legitimidad de la actuación con amparo en la doctrina del "descubrimiento casual" o "fortuito". Pero el hallazgo que se examina, ciertamente inopinado, imprevisto o sorpresivo, no resulta subsumible en esa figura, tal como aparece definida legal y jurisprudencialmente.

El artículo 588 bis i de La LECrim se remite para "las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales" a lo dispuesto en el artículo 579 bis, que permite su "utilización como medio de investigación y prueba en otro proceso penal" (ap. 1), siempre que se cumplan los requisitos establecidos para acreditar la legitimidad de la injerencia (ap. 2) y se autorice por el Juez competente la investigación del delito casualmente descubierto" (ap. 3). Tienen la consideración de "descubrimientos casuales" los ocasionales conocidos de resultados de una intervención legítimamente practicada en la investigación de unos hechos distintos o afectantes a personas diversas de las investigadas en el procedimiento en que se produjeron (cfr. SSTS 103/2015, de 24 febrero ; 400/2017, de 1 junio y 669/2017, de 11 octubre). El concepto elaborado en la contemplación de intervenciones judicialmente autorizadas en una investigación oficial podría hacerse extensivo a los hallazgos, asimismo inopinados, obtenidos en una operación autorizada por el afectado para un fin u objetivo distinto de la búsqueda que determinó su descubrimiento o emprendida por la Policía con amparo en una norma legal o en la atención urgente de un interés constitucional legítimo que la haga imprescindible.

Pero esta doctrina descansa sobre la legitimidad de la búsqueda o intervención en que tiene lugar el hallazgo (cfr. SSTS 350/2018, de 11 julio y 377/2018, de 23 julio). Como dice la STS 400/2017, de 1 junio , a propósito de un registro domiciliario, "la validez del hallazgo casual presupone que el descubrimiento... ha de producirse durante el desarrollo de una diligencia de registro no afectada de nulidad. Carecería de sentido que el hallazgo casual que aflora durante el desarrollo de un registro ilegal tuviera virtualidad para convertir una vía de hecho inicialmente nula en un registro domiciliario constitucionalmente válido". Incluso en intervenciones consentidas por el afectado, se vulnera el derecho fundamental a la intimidad "cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento" (SSTC 206/2007, de 24 septiembre y 70/2009, de 23 marzo y STS 287/2017 de 19 abril).

Es precisamente la ilicitud de la apertura, visualización y copiado del contenido de los dispositivos, que en el caso posibilitó el descubrimiento de los archivos delictivos almacenados en ellos, lo que impide apreciar en él la figura del descubrimiento casual. En palabras de la STS 489/2018, de 23 octubre , "lo que vicia la prueba es el acceso no legítimo... Determinados espacios de privacidad (el domicilio, los aparatos de almacenamiento masivo de datos) se blindan legalmente con murallas que constituyen la materialización de la protección del derecho fundamental... Estas murallas sólo ceden en virtud del consentimiento del afectado o de autorización judicial".

No creo que el supuesto aquí examinado guarde semejanza con los de hallazgo de archivos en ordenadores por los técnicos a quienes sus dueños o usuarios encargaron la reparación (cfr. SSTS 786/2015, de 4 diciembre y 307/2009, de 18 febrero y STC 173/2011, de 7 noviembre), pues en ellos el acceso del técnico a su contenido se hallaba implícitamente consentido por sus respectivos comitentes aunque lo fuera con el alcance requerido por la reparación. Y tampoco se asemeja a los casos de descubrimiento por la empresa de archivos y correos privados en ordenadores cedidos para uso laboral a los trabajadores en que el empresario se reservó la posible inspección y advirtió de ella a los usuarios, pues en ellos la cesión del uso llevaba aparejado aquel posible control (cfr. STEDH 5 septiembre 2017 -Barbulescu-, SSTC 241/2012, de 17 diciembre y 170/2013, de 7 octubre , y SSTS 489/2018, de 23 octubre y las de la Sala 4^a que en ella se citan).

La información documentada en la causa es por su elocuencia suficiente para justificar en suma el rechazo de la figura del hallazgo casual sin necesidad de recabar el testimonio de los agentes que intervinieron al inicio y en el curso de aquella operación. Tampoco sobre este particular se advierte en qué sentido las respuestas a las



preguntas que podrían haberse formulado a los agentes intervinientes hubieran podido permitir la calificación del hallazgo como un descubrimiento casual lícito.

5. La buena fe de los agentes intervinientes en las operaciones.

Siguiendo cierta corriente jurisprudencial norteamericana se ha sostenido, como pone de relieve la STS 489/2018, de 23 octubre, que "no sería ilícita a estos efectos la acción, ni por tanto la prueba, cuando se ha actuado de buena fe, con la convicción de que la conducta se ajustaba al ordenamiento y sin indiligencia, indiferencia o desidia reprobables". La STC 22/2003, de 10 febrero, abrió paso en nuestro ordenamiento a esa orientación, pero lo hizo en un supuesto en que el origen de la vulneración se hallaba en la "insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento", donde se actuaba por los órganos investigadores "en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución". Pero no es éste el caso. Cuando en el mes de junio del año 2016 se actuó sobre los dispositivos de memoria hallados y depositados en el Puesto de la Guardia civil existía ya una precisa y rigurosa normativa legal protectora de la privacidad de la información almacenada en estos elementos y una jurisprudencia plenamente asentada acerca de la necesidad del consentimiento del titular o de la autorización judicial para el acceso a su contenido, que hacía más que cuestionable su licitud sin tal habilitación. En ese contexto, como también ocurría en el analizado por la STS 489/2018 para el examen por la empresa de un ordenador personal del acusado, la iniciativa tomada no dejaba de constituir "cierto atrevimiento". Que el agente la hubiera emprendido de buena fe, no obstante su irregular proceder, puede excusar su responsabilidad, pero no transformar en lícito lo que en Derecho no lo era. La buena fe del agente no excluye la vulneración del derecho fundamental en su actuación. Así lo puso de manifiesto la STC 22/2003, de 10 de febrero respecto del hallazgo de una pistola en un registro que los policías creyeron consentido por la autorización de la esposa del imputado de la que se hallaba separado. Según reconoce la sentencia, "podría afirmarse que los agentes policiales...actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente, e incluso que su error era objetivamente invencible... pero, pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional... el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio... de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio".

Aunque el agente que recibió en depósito los efectos hallados no ejerciera en ese momento funciones de investigación, no cabe asimilar su actuación a la de un particular. Como señala la STS 116/2017, de 23 febrero, a propósito del valor probatorio de la "Lista Falciani" "es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del 'ius puniendi', se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios... no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de pruebas incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado".

No parece por ello necesario indagar mediante el testimonio personal del agente en el juicio, la conciencia, formación, disposición de ánimo, representaciones y convicciones que le movieron a actuar como lo hizo, pues de la constatación de su buena fe no se derivaría una distinta valoración jurídica de su proceder en relación a la licitud de la prueba obtenida desbordando un marco jurídico que por su función no debería haber ignorado o minusvalorado.

SEXTO. La contaminación indirecta del resto de las pruebas por la ilicitud de la fuente originaria.

Las normas que regulan la actividad probatoria son normas de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del ius puniendi del Estado (STS 805/2016, de 27 octubre) y, por ello, el ordenamiento procesal y, más en particular, el artículo 11.1 de la LOPJ dispone que "no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". La jurisprudencia ha declarado con reiteración que "cuando la prueba de unos hechos ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, los efectos contaminantes de esa infracción se proyectan respecto de aquellas otras pruebas conectadas antijurídicamente con la fuente probatoria irregularmente obtenida" (STS 793/2013 de 28 octubre). De dicha jurisprudencia se desprende: a) que las pruebas obtenidas directamente violentando derechos o libertades fundamentales no pueden ser valoradas como medios de prueba, ni ser utilizadas legítimamente como medios de investigación criminal o datos para iniciarla u orientarla, - STS 214/2018, de 8 mayo - y b) que las obtenidas a partir del conocimiento o la información derivada de otras incursas en tal vulneración, aunque por sí mismas o aisladamente consideradas no merezcan reproche alguno, constitucional o legal, quedan contaminadas por la ilicitud de la fuente de prueba y alcanzadas por sus efectos inhabilitantes; aunque para ello exige la jurisprudencia que, más allá de la "conexión causal" entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella, sea apreciable la denominada "conexión de antijuridicidad" - STS 25/2008, de 29 enero -, constituida por



la persistente conculcación en la prueba derivada de "la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuridicidad que la tutela de aquel derecho esta llamada a proscribir" (STS 499/2014, de 17 junio). Esta conexión de antijuridicidad, como dice la STS 805/2016, de 27 octubre , "debe ser suficientemente amplia, pues en caso contrario constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo e incluso una incitación a la utilización de procedimientos que indirectamente surten efectos en el proceso".

Pues bien, las diligencias de entrada y registro practicadas sucesivamente en el domicilio del acusado; las incautaciones de ordenadores, cámaras de fotos, dispositivos de memoria portátil, terminales móviles, tablets y demás instrumentos informáticos realizadas en ellas, y los análisis de los archivos que almacenaban mantienen con la ilícita apertura, visualización y volcado del contenido de los dispositivos hallados y entregados a la Guardia civil una conexión causal y de antijuridicidad que transmite a las pruebas adquiridas la ilicitud constitucional de la fuente de prueba generada por la referida actuación policial, en cuanto de ella derivó el conocimiento de la presunta pero probable participación del hoy acusado-recurrido en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que condujo a la práctica de dichas diligencias para la comprobación de su realidad y alcance, posibilitando y orientando la investigación desarrollada con ellas. La ampliación del ilícito registro originario a otros instrumentos y dispositivos del imputado dio continuidad a la conculcación del derecho constitucional infringido con el primero, de modo que la conexión de los sucesivos registros con el ilegítimo inicial no se limitó a la meramente "causal" sino que alcanzó también a la de "antijuridicidad", determinando su definitiva contaminación.

Basta remitirse al texto de las solicitudes de aquellos sucesivos registros para constatar que en la justificación de su necesidad y demás requisitos legales se refieren a hallazgos anteriormente obtenidos que se remontan a la ilícita indagación del contenido de los dispositivos recibidos y la información obtenida con el análisis de la copia de sus contenidos. La realización de nuevos registros y la ampliación de la investigación a los instrumentos incautados en ellos fueron causalmente debidas y se hallan encadenadas a los resultados de la primera e ilícita investigación, incidiendo con su continuidad en la misma lesión constitucional.

Para la apreciación de esta conexión de antijuridicidad resulta ya suficiente el examen documental de las actuaciones, por lo que tampoco para ella está justificada la práctica de distintas pruebas personales en el juicio oral, pues no se advierte en qué medida el testimonio de los agentes puede modificar lo que directamente resulta del expresado contraste documental.

SÉPTIMO. La existencia de prueba independiente: el consentimiento del imputado al registro de un dispositivo ya incautado.

Se baraja también la valoración como prueba independiente y sin conexión de antijuridicidad con la actuación policial originaria del consentimiento prestado por el entonces imputado para el volcado del contenido de un dispositivo de memoria portátil que le fue incautado en el segundo registro domiciliario.

Pero la incautación del dispositivo se halla ya documentada en la diligencia de detención del imputado (ff. 201, 210 y 213); la manifestación de éste accediendo al volcado de su contenido está grabada en soporte audiovisual (f. 214 y 11:59:10) y la exclusión de este dispositivo de la orden general de extracción y exploración del contenido de todos los ocupados en su vivienda en razón a aquel consentimiento se halla también documentada en el auto del Juzgado instructor que la acordó (ff. 225v. y 226), por lo que la valoración acerca de la desconexión de antijuridicidad de la prueba que el dispositivo representa por efecto de tal manifestación no requiere la práctica de otras pruebas sobre el particular para su valoración.

Y la documentación y grabación procesal referidas no acreditan la desconexión e independencia de la prueba a que se refieren.

Es cierto que la declaración confesoria del encausado, realizada en presencia judicial y con asistencia de letrado, sobre hechos averiguados merced a una actuación vulneradora de un derecho fundamental, ha sido considerada en diversas ocasiones por la doctrina constitucional y la jurisprudencia como prueba independiente sin conexión de antijuridicidad con la infracción originaria. Pero comúnmente lo ha sido desde la premisa de su informada, libre y espontánea o voluntaria prestación, con consciencia de la autoinculpación que representa en relación a unos hechos cuyas pruebas no ignora el manifestante que adolecen de una declarada o probable ilicitud; y lo ha sido porque, al descansar en la libre decisión o determinación del imputado de declarar (incluso contra sí), la validez y eficacia probatoria de su confesión aparece desconectada de la inicial lesión de derechos fundamentales, deviniendo admisible como prueba independiente de la ilícita originaria (SSTC 8/2000, de 17 enero ; 184/2003, de 23 octubre ; 136/2006, de 8 mayo y SSTS 1129/2006, de 15 noviembre ; 91/2011, de 18 febrero y 499/2014, de 17 junio) o, en palabras de la STC 161/1999, de 27 septiembre , porque "la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental, que justificarían su exclusión probatoria,



ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental".

En el consentimiento analizado no es sin embargo -a mi juicio- apreciable una ruptura de la conexión de antijuridicidad que permita calificar el contenido del dispositivo a que se refería como una prueba autoincriminatoria independiente de las contaminadas por la ilicitud inicial.

No se trata de una confesión de hechos o una declaración libre y espontánea del encausado, que acababa de negarse a declarar ante la Policía (f. 206) y en el Juzgado (11:59:10), sino de la respuesta (lacónica) a una única pregunta que el Instructor le formuló, hallándose ya detenido, e inmediatamente antes de comenzar la audiencia de las partes acerca de su situación personal. Y la pregunta no le invitaba a declarar sobre los hechos investigados, sino que se limitaba a recabar su autorización para el volcado de un dispositivo de memoria que acababan de incautarle (11:59:12 "Una pregunta le voy a hacer: en el momento de la detención le han incautado un dispositivo de memoria USB ¿Autoriza el volcado de ese dispositivo?").

Se trataba de un dispositivo aprehendido por la Policía en el curso de la detención practicada (f. 210) por orden judicial (auto de 26-8-2016, ff. 184-185), a la vista de los resultados proporcionados por la información extraída de equipos ocupados en el primer registro domiciliario; por lo que la incautación del dispositivo quedaba alcanzada por la misma ilicitud predicable de las actuaciones previas conducentes a su detención. El dispositivo cuya exploración motivaba la solicitud de la autorización a que se refería la pregunta procedía pues de una incautación material y jurídicamente conexa a actuaciones contaminadas por la ilicitud de la originaria que determinó la instrucción del proceso y transmitió por tal causa también a dicha prueba su ilegitimidad.

Además, la autorización recabada del detenido resultaba irrelevante a los efectos de conformar una prueba incriminatoria, porque ya con anterioridad había sido suplida en dos ocasiones (21 junio 2016 y 21 julio 2016) por la autorización judicial que de nuevo se reiteró para la extracción y exploración de la información contenida en los demás equipos ocupados en la detención y en el registro domiciliario del siguiente día en el auto de 29 agosto 2016 (ff. 224-226), donde se razonaba la innecesariedad de la autorización para examen del dispositivo en cuestión, incautado en la detención por haber sido consentido su volcado.

No puede consiguientemente calificarse el contenido de ese dispositivo USB como prueba independiente del conjunto de las ilícitas obtenidas por derivación o a partir del conocimiento proporcionado por la irregular fuente originaria.

OCTAVO. Conclusión.

Me parece que no está de más reproducir en la conclusión de este voto particular la reflexión contenida en la STS 489/2018, de 23 octubre, varias veces citada en él: "En el origen del discurso sobre la inutilizabilidad de la prueba obtenida con violación de derechos se situaba una finalidad disuasoria y profiláctica: una protección eficaz de los derechos fundamentales exige esa drástica medida. La mejor garantía para proteger los derechos fundamentales, y soslayar los riesgos de que el celo investigador acabe ignorándolos, es negar todo valor a las pruebas que se alcancen vulnerando esos derechos. Así, el Estado, el agente de la autoridad y también el particular, percibe nítidamente la inutilidad de esa actuación y se estimula el escrupuloso cumplimiento de todas las garantías por quienes toman parte en una investigación. Puestos en la balanza los valores enfrentados, merece la pena sacrificar la eventual 'injusticia' que representa no castigar a ciertos culpables para dotar de mayor efectividad a la protección de los derechos fundamentales... Ante la disyuntiva entre el derecho del Estado a sancionar al autor de un delito y la eficaz protección de los derechos fundamentales se opta por esto último: es un valor preferible frente a la sanción en todo caso y a toda costa de todos los responsables penales".

En razón a las consideraciones expuestas entiendo procedente la desestimación de los recursos interpuestos y la confirmación de la sentencia recurrida.

Tal es mi opinión, que como justificación de este voto de disenso se publicará y notificará con la sentencia mayoritaria.

En Pamplona, a 02 de julio del 2019.