



Roj: **AAP B 1278/2012 - ECLI: ES:APB:2012:1278A**

Id Cendoj: **08019370032012200235**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **26/03/2012**

Nº de Recurso: **336/2012**

Nº de Resolución: **363/2012**

Procedimiento: **Otros recursos**

Ponente: **JOSE GRAU GASSO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN TERCERA**

ROLLO Nº **336/2012**

DILIGENCIAS PREVIAS nº 823/2010

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 7 DE Cerdanyola del Valles

APELANTE: Caridad

*Magistrado ponente :*

**JOSE GRAU GASSÓ**

**A U T O 363/2012**

Ilmos. Srs.

D. JOSE GRAU GASSÓ

D. Josep Niubò i Claveria

Dña. María Jesús Manzano Meseguer

Barcelona, a veintiséis de marzo del dos mil doce.

## **HECHOS**

**PRIMERO** .- En las Diligencias Previas nº 823/2010 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Valles, se dictó auto el día 23 de noviembre del año 2010 en cuya parte dispositiva se acuerda denegar la solicitud efectuada por los Mossos d'Esquadra para que las operadoras de teléfonos móviles informen sobre los datos personales, relación de llamadas y datos bancarios asociados de las personas titulares o usuarios de líneas telefónicas que hayan estado activadas con el teléfono móvil objeto de las presentes actuaciones.

**SEGUNDO** .- Contra dicha resolución, la representación procesal de Caridad , interpuso el correspondiente recurso de apelación, que fue admitido y se tramitó conforme a derecho, elevándose posteriormente las diligencias a esta Audiencia Provincial de Barcelona.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación interpuesto.

**TERCERO** .- Recibidas las diligencias en esta Sección Tercera de la Audiencia, se dictó una Diligencias de Ordenación incoando el presente Rollo de Apelación, que fue numerado y registrado. Con arreglo al turno de reparto previamente establecido se me nombró magistrado ponente, y tras examinar la causa y los escritos presentados, se señaló el día de hoy para la deliberación y resolución del recurso.

Como **Magistrado Ponente** , en la presente resolución expreso el criterio unánime del tribunal.



## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** .- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Valles denegó la solicitud realizada por los Mossos d'Esquadra por entender que los hechos objeto del presente procedimiento, un delito de robo con violencia, no podían ser calificados como un delito grave, siendo este un presupuesto necesario, a tenor del art. 1 de la Ley 25/2007 , de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, para que dichas operadoras puedan ceder los datos mencionados a favor de la autoridad judicial.

La recurrente alega, en primer lugar, la falta de motivación del auto recurrido. Dicho motivo de impugnación no puede prosperar, toda vez que de la simple lectura de la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Valles se desprenden claramente los motivos que llevaron al Magistrado de instancia a denegar la petición formulada por los Mossos d'Esquadra: que el delito objeto de la presente investigación no puede ser calificado de grave y, por tanto, no es posible la cesión de los datos conservados por las operadoras de telefonía móvil por no concurrir los requisitos exigidos por el art. 1 de la Ley 25/2007 .

En segundo lugar, la recurrente considera que es aplicable al art. 1 de la Ley 25/2007 el concepto de gravedad de los delitos utilizado por el Tribunal Constitucional cuando ha tenido que analizar el requisito de la proporcionalidad en la intervención de las comunicaciones telefónicas. El Ministerio Fiscal, que se adhirió al recurso interpuesto, también cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional tiene sentada una doctrina constante y reiterada, que viene resumida con claridad en la Sentencia nº 104/2006 (reiterando un criterio ya defendido anteriormente, como es de ver en las SSTC 126/2000 , 299/2000 , 82/2002 , 167/2002 , etc.), en la que dijo que hasta que la necesaria intervención del legislador se produjera, correspondía a dicho Tribunal suplir las insuficiencias legales precisando los requisitos que la Constitución exige para la legitimidad de las intervenciones telefónicas y, en este contexto, recordó que "*las intervenciones telefónicas respetan el principio de proporcionalidad cuando su finalidad es la investigación de una «infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo» [ STC 166/1999, de 27 de septiembre ], de modo que la gravedad de la «infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquélla» ( STC 299/2000, de 11 de diciembre )*".

En aplicación de dicha doctrina, el Tribunal Constitucional ha validado y considerado que era proporcional en relación a la gravedad de los hechos la intervención telefónica acordada para la investigación de delitos tipificados como menos graves en nuestro Código Penal, como por ejemplo un delito de hurto continuado, un delito de contrabando de tabaco o en delitos contra la propiedad intelectual.

Ahora bien, la citada doctrina del Tribunal Constitucional partía del presupuesto de que nuestro ordenamiento jurídico no tenía una regulación expresa sobre los requisitos o condiciones en las que las operadoras de telefonía móvil tenían que conservar y ceder los datos a la autoridad judicial, pero una vez aprobada la Ley 25/2007, el principio de legalidad obliga a aplicar dicha norma con preferencia sobre la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada, precisamente, en un contexto de ausencia de norma legal que regulara dicha materia.

Así las cosas, el art. 1.1 de la Ley 25/2007 dispone lo siguiente: *Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y **enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales*** , siendo necesario poner de relieve que la propia Exposición de Motivos se encarga de recordar que en la Directiva comunitaria objeto de transposición (Directiva Comunitaria 24/2006) se dice expresamente que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de detección o investigación por **delitos graves, definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro** .

De todo lo expuesto, se desprende con claridad que la cesión de los datos conservados por las operadoras de telefonía móvil solo puede producirse cuando se está investigando un delito grave contemplado en el Código Penal o en alguna ley penal especial y por tal solo cabe entender, conforme a lo dispuesto en el art. 13 del Código Penal , las infracciones que la Ley castiga con pena grave, es decir, con pena de prisión superior a cinco años ( art. 33 del CP ), razón por la que el segundo motivo de impugnación alegado por la recurrente tampoco puede prosperar.



El Ministerio Fiscal recuerda que originariamente el Código Penal del año 1995 consideraba pena grave la prisión superior a los tres años y que la razón por la que se modificó dicho precepto legal nada tuvo que ver con criterios dogmáticos sobre el concepto de delito grave o menos grave, sino con la necesidad de diferenciar entre los delitos que eran competencia de la Audiencia Provincial, de los que eran competencia del Juzgado de lo Penal.

Aunque es cierto que, al parecer, la reforma del art. 33 del Código Penal nada tuvo que ver con criterios de dogmática penal, también lo es que, el legislador del año 2007 (fecha en la que se aprobó la ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones) tenía que ser pleno conocedor de que, conforme al Código Penal vigente en aquel momento, delitos graves eran aquellos que tenían una pena privativa de libertad superior a los cinco años de duración.

En este sentido, es necesario poner de relieve que el anteproyecto de la Ley 25/2007 remitido a las Cortes por el Gobierno optaba inicialmente por extender (según rezaba el artículo 1.1 del Anteproyecto de la Ley), el ámbito de la disponibilidad de los datos conservados a cualesquiera delitos, aunque siempre bajo la salvaguardia del pleno respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad ( art. 7.2 del Anteproyecto y 4.2 de la Directiva), de forma que sería la autoridad judicial quien, en última instancia habría de valorar, en función de los intereses públicos y privados en conflicto, si para avanzar en la investigación de un delito podía o no tenerse acceso, y en qué medida, a los ficheros de datos relacionados con las comunicaciones electrónicas conservados por las operadoras de telecomunicaciones.

Dicha decisión venía amparada en la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 123/2002, de 20 de mayo , que entendió que la afectación del derecho al secreto de la comunicaciones era mucho mas intensa en el caso de la intervención de las comunicaciones telefónicas frente a los supuestos de obtención de los datos conservados por las operadoras de telefonía móvil, en los que el agente no llegaba a conocer el contenido de la comunicación telefónica, sino determinados datos anudados a la misma.

Por el contrario, sería en la tramitación parlamentaria en el Congreso donde surgiría la idea definitiva de optar por el empleo de la voz literal utilizada por el legislador comunitario: El destino de la información tan solo «...con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales». Para ello, el legislador varió igualmente la Exposición de Motivos, tratando aparentemente de justificarse, relacionando la variación directamente con el tenor literal de la Directiva 2006/24/CE.

La decisión fue tomada por consenso por todos los grupos parlamentarios siendo evidente que optaron por una regulación mas restrictiva que la propuesta en el anteproyecto de la Ley, sin que exista razón alguna que justifique una interpretación del precepto contrario a su tenor literal. Por todo lo expuesto, es procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto y ratificar íntegramente la resolución impugnada, declarando de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

## PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Caridad , contra el auto de fecha 23 de noviembre del año 2010, dictado en las Diligencias Previas nº 823/2010 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Valles, CONFIRMAMOS dicha resolución. Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse durante la sustanciación del presente recurso.

Notifíquese el presente auto a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno.

Remítase al Juzgado de Instrucción de procedencia certificación de este auto, para su conocimiento y demás efectos legales, conservando en el presente Rollo testimonio del mismo.

Lo acordamos y firmamos los magistrados arriba expresados.

**DILIGENCIA** .- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.