



Roj: **AAP M 7/2015 - ECLI: ES:APM:2015:7A**

Id Cendoj: **28079370042015200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/02/2015**

Nº de Recurso: **39/2015**

Nº de Resolución: **131/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE JOAQUIN HERVAS ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ Santiago de Compostela, 96, 914934570 - 28071

Teléfono: 914934570,914934427,4606,4571

Fax: 914934569

JEO

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0000691

Recurso de Apelación 39/2015

Origen: Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid

Diligencias Previas Proc. Abreviado 3841/2014

Apelante: D./Dña. Frida P

rocurador D./Dña. JOSÉ ANDRÉS CAYUELA CASTILLEJO

Letrado D./Dña. MARÍA BRAVO

Magistrado ponente: lltmo. Sr. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

AUTO Nº 131/15

MAGISTRADOS

D. JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

D. IGNACIO SÁNCHEZ YLLERA

D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ

En Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil quince.

HECHOS

PRIMERO. El Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid dictó auto de 5 de noviembre de 2.014 , en sus diligencias previas nº 3841/2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Se admite la querrela interpuesta por la representación procesal de Frida , en relación con las expresiones proferidas por el usuario de Internet DIRECCION000 , por la comisión de una presunta falta de injurias.

Se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa por falta de autor conocido oficiándose, no obstante, al Cuerpo Nacional de Policía (Brigada de Delitos Telemáticos) para que efectúe todas las diligencias posibles



para averiguar la persona que pudo cometer la infracción perseguida sin poderse utilizar la investigación tecnológica tan aludida.

Todo ello, sin perjuicio del derecho de la perjudicada Frida a ejercitar ante los órganos de la Jurisdicción Civil las acciones de protección del Honor, de la Intimidación Personal y Familiar, y de la Propia Imagen que le pudieren corresponder, ante la posibilidad de que el titular o responsable del foro en el que se vertieron dichas presuntas injurias no hubieren adoptado todas las medidas a su alcance para evitar la publicación y divulgación de los comentarios insertados en la página web, lo que, en su caso, habrá de ser valorado por el Juzgado de Primera Instancia correspondiente."

SEGUNDO. Frente a dicho auto se interpuso por el Procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo, en nombre y representación de Frida , recurso de reforma y subsidiario de apelación, siendo desestimado el recurso de reforma principalmente interpuesto por nuevo auto de 22 de diciembre de 2.014 , en el que se acordaba dar trámite al recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Y, tras los correspondientes traslados, se remitieron las actuaciones a este Tribunal, formándose el oportuno rollo con el nº 39/15, que ha quedado pendiente de resolución tras haberse procedido a la correspondiente deliberación y votación.

TERCERO. Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. En la querrela que da inicio a la presente causa la querellante afirma que está siendo calumniada e injuriada en el denominado "Foro Celebrities" de la edición digital de la revista "Vogue". Relata, en esencia, que tras haber sido involuntaria protagonista de la crónica social en reiteradas ocasiones y en diferentes medios de comunicación durante los últimos meses, con motivo del divorcio de su expareja y la custodia del hijo común, ha podido comprobar que en el aludido foro se estaban vertiendo graves injurias y calumnias hacia su persona, su situación personal y su familia, por diferentes usuarios que utilizan determinados seudónimos o "nicknames", con los que quedaban ocultas sus identidades.

Por el Juzgado de Instrucción se acordó fraccionar la causa en tantos procedimientos como usuarios del foro que supuestamente habrían injuriado o calumniado a la querellante, por lo que, tras tal fraccionamiento y desglose, quedaron como únicos hechos a investigar en el presente procedimiento las expresiones o manifestaciones realizadas en el citado foro, los días 18 de marzo y 2 de junio de 2.014, por el usuario que utilizaba el seudónimo de " DIRECCION000 " .

El día 18 de marzo de 2.014, el usuario " DIRECCION001 " escribió en el foro lo siguiente: "... es incompatible hacerse risitas y poner una denuncia falsa por maltrato para quitarle el hijo a un padre ". Y, haciéndose eco de tal comentario, el usuario " DIRECCION000 " incluyó en el foro, a su vez, el siguiente comentario: "Hombre, yo soy la primera en ponerla a parir por la pinta de zorra inmundada que tiene, pero esta tía vive de su imagen en la tele y en un blog. Le pagan por ser japi guay. No se yo muy bien el contrato con Hola en que se basa, pero supongo que va de que cuente su vida en plan arco iris...con lo cual, si a lo perra que es le sumamos eso, veo totalmente normal que se haga fotos sonriendo. Por un lado para ganarse el pan y por otro para darle por culo a su ex".

El día 2 de junio de 2.014, el usuario DIRECCION000 también escribió en el foro lo siguiente: "Esto es muy fuerte, esta tía es mas tonta aun de lo que pensaba. Ya es triste moderar tu blog para que solo se vean los comentarios de "oh, si como te queremos rubia. Te adoramos. Te dedicamos la metabolizaciones nocturnas. Tengo a foto en la mesilla de noche. " Y patético, muy patético buscar tu nombre en internet para ver que se dice de a en foros y publicaciones. Pero llamar a tu abogado y decirle que se ponga a remover Roma con Santiago porque en un foro de opinión no gustas. PETARDA. " .

SEGUNDO. Por el Juzgado de Instrucción se entendió en el auto de 5 de noviembre de 2.014 , que es objeto de recurso, que los comentarios antes referidos, escritos en el foro por el usuario DIRECCION000 , no eran constitutivos de delito de calumnia del artículo 205 del Código Penal ni de delito de injuria del artículo 208 del mismo cuerpo legal , sino que, a lo sumo, podrían ser constitutivos de una falta de injurias. Y, partiendo de esa calificación, dicho Juzgado acuerda el sobreseimiento provisional de la causa por falta de autor conocido, toda vez que la identificación de dicho usuario por medio de un seudónimo impedía conocer su identidad y, además, no se podía acudir a la investigación tecnológica para averiguarla porque, ajuicio del Instructor, ello venía impedido por lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre de 2.007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que sólo autorizaría tal tipo de investigación en caso de delitos graves.

Partiendo de ese planteamiento, debemos señalar que la referida Ley 25/2007, de 18 de octubre de 2.007, establece, en su artículo 1º, que su objeto es 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 y la de cederlos 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; y se añade en el apartado 3. del precepto que se excluye del ámbito de aplicación de la Ley el "contenido" de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas.

La Disposición Final Primera de esta misma Ley dio nueva redacción al artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el que, bajo la rúbrica de "secreto de las comunicaciones", se señalaba que los operadores estaban obligados a realizar las interceptaciones que se autorizasen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y se añadía que los sujetos obligados debían facilitar al agente facultado los datos indicados en la orden de interceptación legal, indicando que la identidad o identidades del sujeto objeto de la medida de interceptación sería uno de esos datos a facilitar, así como la identidad o identidades de otras personas involucradas en la comunicación electrónica.

Es de notar que ese artículo 33 de la Ley 32/2003 no hacía referencia alguna a la gravedad del delito que se investiga, limitándose a remitirse a lo dispuesto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y, tras la derogación de dicha Ley por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, el contenido de ese precepto se mantiene en el artículo 39 de esta última, hoy vigente.

A la vista de este panorama normativo y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la posibilidad de limitar derechos fundamentales con la finalidad de esclarecer conductas delictivas, no podemos compartir el criterio interpretativo seguido por el Juez "a quo", conforme al cual los artículos lo, 6o y T de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, habrían establecido una rigurosa limitación en lo que se refiere a los delitos para cuya investigación y esclarecimiento resulta posible acudir al uso de la investigación tecnológica limitadora de la intimidad o del secreto de las comunicaciones de los usuarios de los servicios o redes de comunicaciones a que dicha Ley se refiere; limitación que se basaría exclusivamente en la gravedad de las penas que, en abstracto, llevan aparejadas dichos delitos.

Tal limitación, a que conduce la interpretación que el Juez "a quo" realiza y de la que discrepamos, sería la única de nuestra legislación que utiliza dicho parámetro de valoración como elemento inamovible del juicio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales. Y, en tal sentido, no podemos dejar de resaltar que la propia Ley 25/2007 excluye de su ámbito el núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, esto es, el "contenido" de las comunicaciones electrónicas, para cuya interceptación -hemos de recordar- no se establece expresa limitación legal en función de la gravedad penológica del delito, como resulta del artículo 39 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y de lo dispuesto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es cierto que la Jurisprudencia constitucional, a la hora de valorar la procedencia de adoptar medidas restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ha venido haciendo referencia a la gravedad del delito investigado como elemento integrante del juicio de proporcionalidad que ha de llevarse a cabo antes de acordar la limitación del derecho, pero nunca ha fijado como parámetro exclusivo de valoración de dicha gravedad el marco penológico abstracto o concreto del delito en cuestión, sino que ha atendido a otros criterios, tales como la importancia y relevancia social del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera o el hecho de que el delito a investigar sea cometido por organizaciones criminales, añadiendo que en la ponderación de la proporcionalidad de la medida ha de tomarse en consideración otro elemento de juicio relevante, como lo es la dificultad o imposibilidad de su persecución a través de otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales en litigio [SSTC 54/1996, FJ 8, y 166/1999; FJ 3 a)].

En el mismo sentido, pueden citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 2.000 (STC núm. 126/2000, por un delito de hurto continuado), de 11 de diciembre de 2.000 (STC núm. 299/2000, sobre un delito de contrabando), de 29 de enero de 2.001 (STC núm. 14/2001, por un delito de venta de tabaco de contrabando en bares y kioscos) y de 3 de abril de 2.006 (STC núm. 104/2006, delito contra la propiedad industrial: página web en la que se ofrecen diversos productos informáticos, con precios inferiores a los de mercado), que consideran proporcionada la limitación del secreto de las comunicaciones para la investigación de los delitos reseñados a los que, conforme su tipificación legal, corresponde pena menos grave.

Es más, abundando en esta idea, señala el Tribunal Constitucional que la insuficiente entidad o gravedad de los hechos delictivos investigados no es, en sí misma, fundamento suficiente para tachar de desproporcionada una intervención telefónica; y ha destacado que la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental precisa que el beneficio obtenido mediante la medida sea mayor que el coste que el sacrificio comporta, por lo que ha de realizarse una ponderación global que tome en consideración el fin perseguido, la idoneidad de



la medida para alcanzarlo y que no exista otra medida menos gravosa que la adoptada y de eficacia similar, añadiendo que no cabe duda de que la investigación de delitos constituye un fin constitucionalmente legítimo en orden a la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En esta materia, el Tribunal Constitucional ha reiterado que es al legislador a quien corresponde realizar el juicio de proporcionalidad efectuando la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos para cuya investigación puede acordarse la intervención de las comunicaciones telefónicas y que hasta que se produzca la necesaria regulación legislativa corresponde a dicho Tribunal suplir las insuficiencias legales, precisando los requisitos que la Constitución exige para la legitimidad de las intervenciones telefónicas (SSTC 49/1999 ; 184/2003, del Pleno, FJ 9 ; 26/2006 , FJ 5, cuyo criterio ha sido ratificado por el TEDH en las Decisiones de inadmisión Abdulkadir Coban contra España, de 26 septiembre 2006 , y Fernández Saavedra contra España, de 7 septiembre 2010).

Llegados a este punto debemos señalar que a través de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, el legislador sigue sin determinar, con la calidad y precisión que la seguridad jurídica exige, qué ha de entenderse, a los efectos que nos ocupan, por "delito grave", de tal manera que en esta materia sigue incurriendo en la censurable insuficiencia que tantas veces ha sido denunciada en relación con el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Es por ello que corresponde al aplicador del Derecho realizar tal determinación atendiendo a las pautas usuales de interpretación normativa.

Pues bien, a la vista de los criterios que ya han sido expuestos, que no son otros que la propia dicción de la ley, el resto de normas legales relativas a la eventual limitación de derechos fundamentales a los fines de la investigación penal y la jurisprudencia constitucional interpretativa de los requisitos que han de ser tomados en consideración para realizar el juicio de proporcionalidad en la afectación de los derechos fundamentales, concluimos que no existe base suficiente para entender, como se hace en la resolución cuestionada, que la Ley 25/2007 haya fijado esa gravedad tomando como exclusivo parámetro la pena legalmente prevista para el delito que se investiga y que, en consecuencia, establezca una prohibición de utilizar la investigación tecnológica para todo delito cuya pena no supere en su previsión abstracta los cinco años de prisión -que es el límite penológico a partir del cual el delito pasa a tener la consideración de grave, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 33 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal - cualesquiera que sean el resto de circunstancias concurrentes.

De lo expuesto se sigue que hasta que el legislador no aborde la necesaria tarea de fijar, con la exigible precisión, los requisitos y límites a los que han de sujetarse las medidas restrictivas del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, entre ellas la investigación tecnológica a que se refiere la Ley 25/2007, los órganos judiciales tendrán que seguir operando, a la hora de adoptar sus decisiones en ese campo, con los parámetros ya fijados por el Tribunal Constitucional en cobertura de la denunciada insuficiencia legal en la regulación de tan delicada materia, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que impone a los Jueces y Tribunales una interpretación y aplicación de las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

En esa obligada interpretación y en atención a la jurisprudencial constitucional, de la que ya hemos hecho cita anteriormente, entendemos que los "delitos graves" a que se refiere la Ley 25/2007 no son exclusivamente los delitos castigados con pena superior a cinco años, sino que también han de incluirse en tal expresión aquellos otros delitos castigados con pena inferior y que, por tanto, tienen la calificación legal de "delitos menos graves", pero que merezcan la consideración de graves en atención a otros parámetros, tales como la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera o la inexistencia de medios alternativos, menos gravosos, que permitan su investigación y esclarecimiento. En este punto no puede desconocerse que los efectos socialmente nocivos de determinados hechos delictivos pueden verse incrementados exponencialmente desde el momento en que se alcanza la convicción social de su impunidad, con el consiguiente fracaso de los fines preventivos que su tipificación penal persigue.

Conviene destacar que una interpretación de la Ley 25/2007 como la que se propugna en la resolución cuestionada impediría la investigación tecnológica del delito de posesión, producción, venta o difusión de material pornográfico en que se hayan utilizado menores de edad, previsto en el artículo 189.1.b) del Código Penal , al estar castigado con pena menos grave, o de cualquier delito de amenazas, así como del delito de favorecimiento de la prostitución de menores de edad previsto en el artículo 187.1. del Código Penal ; delitos que, frecuentemente, utilizan las redes de comunicación para su comisión.

TERCERO. Aplicando los criterios expuestos a los hechos denunciados que son objeto del presente procedimiento, hemos de decir, en primer lugar, que, al menos en principio, los hechos denunciados no merecen la calificación de simple falta de injurias, sino que pudieran ser constitutivos de un delito de injurias de los artículos 208 y siguientes del Código Penal , en la medida en que determinadas expresiones escritas en el foro de internet por el usuario DIRECCION000 tienen un contenido inequívocamente injurioso y absolutamente



innecesario en la exposición de la opinión que dicho usuario emite. Decir de alguien que tiene "pinta de zorra inmundada" ("sic") o calificarla de "perra" ("sic") no encuentra amparo alguno en el derecho a la libertad de expresión y opinión contemplado en el artículo 20.1.a) de la Constitución, sino que constituyen expresiones objetivamente innecesarias e insultantes, puros ataques al derecho al honor, que -no se olvide- constituye también un derecho fundamental previsto en el artículo 18.1. del texto constitucional.

Por otra parte, si los hechos denunciados merecen o no la calificación de delito de calumnia, por el hecho de que el usuario DIRECCION000 se hiciese eco de un comentario anterior de otro usuario que venía a atribuir a la querellante haber presentado una denuncia falsa, es algo que no es necesario valorar en este momento, bastando para la resolución del recurso con dejar constancia de que los hechos denunciados merecen al menos, a nuestro juicio, la calificación de delito de injurias de los artículos 208 y 209 del Código Penal. Y ello sin perjuicio de la calificación más precisa o depurada que pudiera realizarse posteriormente, a la vista del resultado de la investigación, como delito de calumnia o como delito de injuria.

En consecuencia, no parece necesario abundar en consideraciones sobre la importancia que tiene y la tutela judicial que merece el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Pero sí es necesario destacar que, en el supuesto que nos ocupa, la modalidad de ataque a dicho bien jurídico resulta ser especialmente grave, teniendo en cuenta que las expresiones se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es internet, incrementando así enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor de la querellante. La conducta presuntamente delictiva es, pues, en el supuesto que nos ocupa, de una gravedad que no es posible minimizar.

Pero es que, además, los efectos sociales indeseables de tal tipo de conductas se podrían incrementar en una medida mucho más elevada si se llegase a alcanzar una sensación social generalizada de impunidad de esos comportamientos, lo que vendría propiciado, de un lado, por el anonimato en el que sus autores suelen escudarse por medio de la utilización de seudónimos, nombres supuestos o "nicknames" y, de otro lado, por la imposibilidad de llegar a conocer su verdadera identidad si llegasen a establecerse trabas legales o judiciales injustificadas al esclarecimiento y persecución penal de dichas conductas y de sus autores, que, como ya hemos dicho, no encuentran cobijo alguno en el derecho a la libertad de expresión y opinión contemplado en el artículo 20.1.a) de nuestra norma fundamental.

El resultado no sería otro que la absoluta desprotección penal de un bien jurídico tan importante como el derecho fundamental al honor, cuando el ataque se encauza a través de internet u otros servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, sin ningún beneficio socialmente apreciable, pues no puede considerarse como tal el exponencial incremento en la red de conductas abiertamente calumniosas o injuriosas, de graves repercusiones personales y sociales para las personas que se viesen sometidas a ellas.

Todas esas circunstancias permiten valorar como socialmente graves los hechos delictivos que se denuncian en la presente causa y permiten considerar legítima, adecuada y proporcionada su investigación tecnológica, con la finalidad de conocer la verdadera identidad de quien sea autor de los mismos, pues, a la vista de todas esas circunstancias, tales hechos encajan en la expresión "delitos graves" utilizada por la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

CUARTO. Por todo lo expuesto en los precedentes ordinales, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar el auto apelado. Ahora bien, la estimación del recurso ha de ser parcial y no total, pues no procede que este Tribunal se pronuncie directamente sobre la procedencia o improcedencia de practicar todas y cada una de las diligencias que se interesan en el escrito de querrela, toda vez que es el Juzgado de Instrucción el que ha de realizar dicho pronunciamiento en primera instancia, aunque partiendo de lo expuesto en la presente resolución sobre la admisibilidad de la investigación tecnológica para la averiguación de la identidad del autor de los hechos delictivos denunciados.

En definitiva, procede revocar el auto apelado, dictando otro, en su lugar, por el que se admita a trámite la querrela y se ordene al Juzgado de Instrucción la incoación de procedimiento por delito de calumnia y/o injuria y la práctica de las diligencias de investigación que estime procedentes en averiguación de los hechos y de la identidad de la persona que, bajo el seudónimo de " DIRECCION000 ", vertió las expresiones presuntamente atentatorias contra el honor de la querellante, debiendo utilizarse, de ser necesario a tal fin, la investigación tecnológica a que se refiere la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

QUINTO. Procede declarar de oficio las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En atención a todo lo expuesto este Tribunal HA DECIDIDO:



PARTE DISPOSITIVA

Estimar parcialmente el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por el Procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo, en nombre y representación de Frida , y REVOCAR los autos de 5 de noviembre y 22 de diciembre de 2.014, dictados por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid en sus diligencias previas nº 3841/2014, a los que se ha hecho referencia en los hechos primero y segundo de la presente resolución, dejando sin efecto alguno tales autos.

En su lugar, realizamos los pronunciamientos siguientes:

1º) Admitimos a trámite la querella presentada por la representación procesal de Frida contra el usuario del "Foro Celebrities" de la edición digital de la "Revista Vogue" que escribió en dicho foro, bajo el nombre " DIRECCION000 ", los comentarios de 18 de marzo y 2 de junio de 2.014 que han quedado transcritos en el razonamiento jurídico primero del presente auto, y ordenamos al Juzgado de Instrucción que proceda a incoar el correspondiente procedimiento por delito de calumnia y/o injurias, sin perjuicio de una calificación más precisa o depurada de los hechos que pudiera realizarse en una fase más avanzada del procedimiento.

2º) Ordenamos al Juzgado de Instrucción que proceda a la práctica de las diligencias de investigación que estime procedentes en averiguación de los hechos y de la identidad de la persona que, bajo el seudónimo de " DIRECCION000 ", vertió los comentarios presuntamente atentatorios contra el honor de la querellante a los que se ha hecho referencia en el precedente apartado 1º), debiendo utilizarse, de ser necesario a tal fin, la investigación tecnológica a que se refiere la Ley 25/2007, de 18 de octubre.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.