



Roj: **SAP V 5266/2014 - ECLI: ES:APV:2014:5266**

Id Cendoj: **46250370032014100755**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **05/12/2014**

Nº de Recurso: **413/2014**

Nº de Resolución: **844/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION DE JUICIO DE FALTAS**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN MELERO VILLACAÑAS-LAGRANJA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

VALENCIA

ROLLO APELACIÓN JUICIO DE FALTAS NUM. 413/2014

JUICIO FALTAS NUM. 128/2014

JGDO. INSTRUCCIÓN Nº 4 de Valencia

SENTENCIA Nº 844/14

En la Ciudad de Valencia, a cinco de diciembre de dos mil catorce.

La Iltna. Sra. Doña M^a del Carmen Melero Villacañas Lagranja, Magistrada de la Audiencia Provincial de Valencia, constituida en Tribunal Unipersonal, ha visto en grado de apelación los presentes autos de juicio de faltas, procedentes del Juzgado de Instrucción Núm. 4 de Valencia, y registrados en el mismo con el núm. 128/2014 sobre hurto y estafa, correspondiéndose con el rollo número 413/2014.

Han intervenido en el recurso, en calidad de apelante, Dimas asistido del Letrado D. José Vistos Vercher; y en calidad de apelado, el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. Fiscal D. Arturo López Belenguer.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, declara probados los hechos siguientes: "... el día 7 de agosto de 2012, Dimas , aprovechando que Jacobo , se había dejado en la puerta del vestuario del gimnasio FITMES 200, sito en la calle Impresor Monfort 4 de Valencia una chaqueta con su documentación personal y tarjeta de crédito y débito de Bancaja, y un mando tasados en 259 euros, cogió estos efectos y utilizó la tarjeta de crédito para contratar desde la IP NUM000 de su ordenador una página de contenido adulto www.fakings.com, por importe de 2 euros".

SEGUNDO.- El fallo de la sentencia apelada dice: "CONDENO a Dimas como autor de una falta de hurto y una falta de estafa previstas y penadas en los artículos 623.1 y 623.4 del Código Penal , imponiéndole por cada una de las faltas la pena de un mes de multa con cuota de 6 euros, que hace un total de 180 euros, con 15 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de insolvencia, y costas correspondientes a un juicio de faltas. Debiendo de indemnizar a Jacobo en la cantidad de 259 euros, más los intereses legales correspondientes".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por Dimas se interpuso contra la misma recurso de apelación ante el órgano judicial que la dicto, por los motivos que desarrolla ampliamente en su correspondiente escrito.

CUARTO.- Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez de Instrucción dio traslado del mismo a las demás partes por un plazo común de diez días para la presentación, en su caso, de los correspondientes escritos de impugnación o de adhesión al recurso. Transcurrido dicho plazo, se elevaron a esta Audiencia



Provincial los autos originales con todos los escritos presentados. Recibidos los autos, la Oficina de Servicios Comunes de esta Audiencia turnó el presente juicio a la Magistrada que ahora resuelve y se remitió a la Secretaria de la Sección Tercera de dicha Audiencia para la formación del correspondiente rollo.

QUINTO.- En la tramitación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

II. HECHOS PROBADOS

No se aceptan los Hechos Probados de la sentencia apelada, y se dan por acreditados los siguientes: el día 8 de agosto de 2012, Jacobo denunció que sobre las 20 horas del día 7 del mismo mes, persona desconocida se llevó de la percha del vestuario del gimnasio FITMES 200, sito en la calle Impresor Monfort 4 de Valencia una chaqueta con su documentación personal, la tarjeta de crédito y débito de Bancaja, y un mando, tasado todo ello en 259 euros, que comprobó por Internet que la tarjeta había sido utilizada en la página web www.fakings.com, haciéndole un cargo por importe de 2 euros. El Cuerpo de Policía Nacional de la Comunidad Valenciana informó al Juzgado que por contacto con el administrador de la página web www.fakings.com se obtuvo un número de IP y se interesó al Juzgado de Instrucción autorización para que la empresa de comunicaciones ONO EUROPA informara la identidad del titular de la IP, dirección y número de teléfono a las 6:48:01 horas y las 15:26:52 horas del día 8 de agosto de 2012, a las 7:50:56 del día 9 del mismo mes y a las 06:48:08 del día siguiente. La autorización se acordó en auto de 27 de septiembre de 2012. En fecha 5 de noviembre de 2012 se informó por la Policía al Juzgado de Instrucción que en una de las fechas indicadas figuraba como titular de la IP Dimas .

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alega en el recurso formulado por la representación legal de por Dimas que se ha incurrido en causa de nulidad de las actuaciones y en concreto de la prueba por la que se obtiene la IP dinámica que supuestamente utilizó el acusado, a quien se le imputa la comisión de una falta de estafa que conllevó un perjuicio de 2 euros y una falta de hurto, siendo las direcciones IP, tanto fijas como dinámicas, **datos** de carácter personal, y se ha autorizado la intervención telefónica para su obtención vulnerando las exigencias de proporcionalidad, excepcionalidad que la Jurisprudencia exige al efecto.

Al respecto hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo en Sentencias como las núms. 16/2014 de 30 de enero , 249/2008 de 20 de mayo , 236/2008 de 9 de mayo , 680/2010 de 14 de julio y 29272008 de 28 de mayo, ha reconocido que la dirección IP es un **dato** personal, "bien entendido que las claves identificativas IPs no concretan a la persona del usuario, sino sólo el ordenador que se ha usado, lo que hace necesario para poder llegar al ulterior conocimiento del número del teléfono y titular del contrato la posterior autorización judicial".

La primera de las sentencias mencionadas sostiene que "admitida la posibilidad de que la Policía averigüe la enumeración de una concreta IP no puede presumirse que su obtención lo haya sido por medios irregulares o ilegítimos, vulneradores de derechos fundamentales. Ello supondría la paradoja de que mientras tratándose de acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad (art. 24 CE), a los tribunales y fuerzas del Orden en el mismo marco procesal, ha de presumirse una actuación contraria a la Constitución y a las Leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho. Estaríamos ante la creación jurisprudencial de la creación jurisprudencial de la nulidad presunta, aquélla predicable de actos limitativos de derechos, aparentemente válidos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente".

En el caso enjuiciado, la Policía Nacional informa que la obtención del número de IP se produce a través del administrador de la página web www.fakings.com a favor de la cual le consta al denunciante un cargo de 2 euros realizado con la tarjeta sustraída, por lo que la obtención de dicho **dato** no reviste irregularidad alguna, tanto más cuando no le es exigible a dicho administrador un deber de secreto de la transacción realizada con la otra parte.

Sin embargo, la identidad del usuario de la IP dinámica que pudo llevar a efecto el cargo bancario que constituye la estafa enjuiciada, requiere de autorización judicial por cuanto constituye un **dato** integrante de la comunicación y cuya obtención requiere llevar a cabo una injerencia en la misma. En este sentido las SSTs 425/2014 de 28 de mayo , 285/2014 de 8 de abril , 233/2014 de 25 de marzo , 209/2014 de 20 de marzo , recuerda que el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3 . y que la decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial, concretamente, en el Juez de instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso



penal. La proporcionalidad se ha interpretado en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo es preciso atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar.

La Ley 25/2007 de 10 de octubre de Conservación de **Datos** relativos a las Comunicaciones Electrónicas en su artículo 1.1 dispone: "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".

Y aunque la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014, nº 16/2014, rec. 824/2013 afirme que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de **Datos** Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, "dé un paso de gigante -excesivo o desmesurado según la doctrina científica especializada-, al desarrollar la Directiva de la Unión Europea 2006 -24 C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo" mantiene que "Esta Ley tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de telecomunicaciones de retener determinados **datos** generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos Policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia Aduanera. Esta Ley exige para la cesión de estos **datos**, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los **datos** que deben conservarse figura la "identificación del usuario asignada" en el acceso a Internet, como expresamente establece el art. 3.a.2º.i), así como "el nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de protocolo de Internet (I.P.), una identificación del usuario o un número de teléfono".

Es cierto que en el presente caso a fecha de la denuncia se desconocía el valor de los efectos substraídos, pero la ausencia de fuerza o violencia en la conducta del autor de sustracción y la cuantía que se dice estafada de 2 euros cuando la tarjeta ya se había inutilizado por su titular, evidenciaban la levedad de las infracciones que se investigaban, y que se alejaba del delito grave al que se refiere el reiterado art. 1.1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de **datos** relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones

En consecuencia, no apreciándose la proporcionalidad entre la medida adoptada en el auto de 27 de septiembre de 2012 y el derecho fundamental previsto en el art. 18.3 de la Constitución española, la prueba obtenida con la autorización judicial de que contiene la resolución citada es nula y no puede identificarse a través de ella al autor de la sustracción de la chaqueta de Jacobo y del uso de la tarjeta de crédito y débito de la tarjeta que se encontraba en el interior de la misma. En consecuencia, no existiendo confesión por parte del imputado y constando al folio 13 de autos que en el establecimiento donde se produjo el hurto no existía control de acceso al mismo, resultando imposible por ello determinar las personas que se encontraban en su interior entre las 20 y las 22 horas del día 7 de agosto de 2012, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación legal del acusado y absolverle de las faltas de hurto y estafa denunciadas; todo ello por ausencia de prueba terminante al respecto y en virtud del principio "in dubio pro reo", el cual "una vez consagrada constitucionalmente la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata" (S.TC. 31/I981, de 28 de julio).

SEGUNDO.- Procede declarar la costas procesales de ambas instancias de oficio.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, constituida en Tribunal Unipersonal ha decidido:

PRIMERO: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dimas contra la sentencia apelada núm. 394 de fecha 18 de julio de 2014, dictada en el Juicio de Faltas número 128/14 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Valencia, que se revoca.

SEGUNDO: ABSOLVER a Dimas como autor responsable de las faltas de hurto y estafa que se le imputaban.

TERCERO: Se declaran de oficio las costas procesales de ambas instancias.



Cumplidas que sean las diligencias de rigor, y notificada esta sentencia a las partes, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para su conocimiento, observancia y cumplimiento.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevara certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ