



Roj: **SAP GR 391/2013 - ECLI:ES:APGR:2013:391**

Id Cendoj: **18087370022013100031**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **2**

Fecha: **26/04/2013**

Nº de Recurso: **182/2012**

Nº de Resolución: **270/2013**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA.

Sección Segunda.

Rollo de apelación penal núm. 182/2012.

Causa núm.441/2011 del

Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada.

Ponente: Sra. María Aurora González Niño.

SENTENCIA NÚM. 270/2013

dictada por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada, en nombre de S. M. El Rey.

Ilmos. Sres:

D. José Juan Sáenz Soubrier -Presidente-

D^a María Aurora González Niño

D. Juan Carlos Cuenca Sánchez

En la ciudad de Granada, a veintiséis de abril de dos mil trece, la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial, formada por los Sres. Magistrados al margen relacionados, ha visto en trámite de apelación la Causa núm. 441/2011 **del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada, dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 145/2011 del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Granada**, seguido por supuesto delito de injurias contra el acusado **Apolonio , apelante**, representado por el Procurador D. Manuel Evangelista Izquierdo y defendido por el Letrado D. Jorge Carmelo Fernández Díaz, ejerciendo la acusación particular **D^a Caridad , impugnante**, representada por la Procuradora D^a María del Mar Ramos Robles y dirigida por el Letrado D. Rafael López Guarnido, siendo parte en el proceso el **MINISTERIO FISCAL, adherido a la apelación**, representado por D. Javier García Rull.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- En el expresado procedimiento recayó sentencia con fecha 10 de febrero de 2012 que declara probados los siguientes hechos:

" Apolonio , mayor de edad y sin antecedentes penales, usando el ordenador de su despacho en la Oficina de Régimen Interno de la Policía Local del Ayuntamiento de Granada, donde trabaja como jefe de servicio, accedió al Diario digital granadahoy.com a primera hora de la mañana del día 30 de noviembre de 2010 y a propósito de la noticia que publicaba el diario bajo el titular "EL Ayuntamiento no relevará a los Policías del fraude si no hay condena", el acusado, usando un sobrenombre, introdujo el siguiente comentario sobre Caridad : "Señora Caridad , su actividad está basada en las malas prácticas, en la falsedad y en la falta de ética y para muestra su



pasado. No intente desviar los hechos acusando de que se la trata con prácticas machistas. Su último ascenso ha sido hecho a dedo y sin ningún mérito. Hay gente mucho más válida que usted pero con más vergüenza".

El comentario quedó insertado en la página a disposición de cualquier lector que quisiera acceder a su contenido",

y contiene el siguiente FALLO:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a Apolonio como autor de un delito de injurias con publicidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a multa de seis meses con cuota diaria de cuatro euros o un día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas impagadas en caso de impago, a que indemnice a Caridad en 1.500 euros, a que corra con la publicación del fallo en el diario digital granadahoy.com y al pago de las costas".

SEGUNDO.- Interpuesto en legal forma recurso de apelación por la representación procesal del condenado, solicitó dicha parte la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra absolutoria en su favor.

TERCERO.- En el trámite que previene el artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, mientras que la Acusación Particular lo impugnó e interesó su desestimación con confirmación de la sentencia apelada.

CUARTO.- Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, se acordó, dentro de las posibilidades del Tribunal, quedaran para votación y fallo el día 23 de abril de 2013 al no estimar necesaria la celebración de vista, una vez rechazada para la segunda instancia la nueva prueba documental que el apelante acompañaba a su recurso.

QUINTO.- No se acepta el relato de hechos probados que la sentencia apelada contiene, el cual queda sustituido por el siguiente:

"El día 30 de noviembre de 2010, a las 7:33 horas, en la sección de comentarios que facilitaba el diario Granada Hoy en su edición digital, se recibió el siguiente, remitido por Internet bajo la identidad anónima de " DIRECCION000 " a propósito del artículo de prensa que publicaba el periódico bajo el titular "El Ayuntamiento no relevará a los policías del fraude si no hay condena": Señora Caridad, su actividad está basada en las malas prácticas, en la falsedad y en la falta de ética y para muestra su pasado. No intente desviar los hechos acusando de que se la trata con prácticas machistas. Su último ascenso ha sido hecho a dedo y sin ningún mérito. Hay gente mucho más válida que usted pero con más vergüenza.

El comentario quedó insertado en la página a disposición de cualquier lector que quisiera acceder a su contenido".

SEXTO.- Se han observado las prescripciones legales del trámite, y es ponente la Magistrada D^a María Aurora González Niño.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Frente al pronunciamiento de sentencia se alza en apelación el acusado Sr. Apolonio, con la adhesión del Ministerio Fiscal, esta vez alineado con la Defensa acorde con su postura absolutoria en el proceso, con la única pretensión de que se le absuelva libremente del delito de injurias graves con publicidad por el que ha sido condenado, perpetrado contra la denunciante D^a Caridad en su calidad de inspectora de la Policía Local de Granada por hechos relativos a su condición pública, e invoca como motivo central de su impugnación la lesión de su derecho a la presunción de inocencia, por encima del error del juzgador de instancia en la valoración de la prueba o la atipicidad penal como injurias de la conducta imputada que invoca con carácter subsidiario, motivo principal del recurso que conecta con la pretendida y alegada en primer lugar nulidad de pleno Derecho de la prueba pericial informática que, como principal prueba de cargo aportada al proceso por la acusación particular de la Sra. Caridad, sirvió al Juez a quo para fundar su convicción sobre la culpabilidad del ahora recurrente.

Elementales razones de orden lógico en la respuesta al recurso obligan a abordar en primer lugar la cuestión de nulidad de la prueba pericial suscitada por el apelante, cuya expulsión del proceso propugna al amparo del art. 11-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar conculca su derecho fundamental a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones, denunciando para ello la ilicitud de esa prueba tanto por la manera en que se obtuvo, por la finalidad buscada y por su irregular aportación a la Causa.

SEGUNDO.- El repaso de los autos desde su inicio permite descubrir que la prueba pericial técnica en cuestión, documentada a los folios 43 y ss. de la Causa y completada con la exposición de la pericia en el acto del juicio oral por su autor, el jefe del Servicio de Informática del Ayuntamiento de Granada D. Cecilio a quien en Juez instructor se la encomendó, trae su origen de la primera resolución de trascendencia que éste dictó



para la investigación de los hechos de la denuncia y más concretamente en averiguación de la persona que remitió vía Internet al periódico digital "Granada Hoy" el comentario anónimo que se dice injurioso a propósito de la noticia publicada en ese diario sobre el curso del proceso penal que se seguía por la supuesta filtración del contenido de los exámenes a algunos de los aspirantes (entre ellos la denunciante) en cierto concurso de promoción interna en la Policía Local; nos referimos al auto de fecha 2 de diciembre de 2010 (folios 12 y 13 de los autos) por el que el Juzgado requirió al periódico facilitara la dirección de IP del remitente, y a la operadora correspondiente la identificación del usuario a quien asignaron la dirección IP, siendo la respuesta del periódico al primer dato requerido lo que determinó, como pasos posteriores, que se averiguara por la Policía Judicial la identidad del titular de la dirección IP -el Ayuntamiento de Granada-, y de ahí la IP de los distintos usuarios de las terminales de la red informática municipal que consultaron el diario digital la mañana de autos, información esta última que el Juzgado obtuvo indirectamente del servidor del Ayuntamiento por conducto del Sr. Cecilio a quien le requirió los datos, de cuyo informe reflejándolos, completado con su pericial en juicio, dedujo el Juez sentenciador la autoría del acusado tanto en la redacción como en la remisión del comentario o mensaje difamatorio.

Esta constatación superaría en principio los reparos de constitucionalidad que opone el apelante a la ausencia de resolución autorizante de la injerencia en la comunicación telemática o en el modo de obtención y aportación al proceso de la prueba pericial controvertida, ya que los datos que utiliza y pondera el informe pericial tienen su fuente en la ejecución de aquella resolución judicial a través de sucesivas providencias dictadas por el propio Juez instructor. Pero es la propia resolución judicial en sí, el auto citado de 2 de diciembre de 2010, la que no resiste las exigencias de legalidad que impone la ley específica reguladora de la obtención de datos relativos a las comunicaciones efectuadas por medio de la telefonía móvil o fija o por Internet para su conciliación con el derecho a la privacidad e intimidad de las comunicaciones, esto es, 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 lo sucesivo, LCDCERPC), sencillamente ignorada por el auto autorizante pese a que se encontraba (y se encuentra) en vigor desde hacía más de tres años, cual demuestra la alusión que en el propio auto se hace a la normativa anterior, esto es el art. 12 (que no el 11 como equivocadamente se cita en el auto) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (también mal identificada en el auto), expresamente derogado por la nueva Ley, el cual, sin más exigencias, concedía a Jueces y Tribunales y al Ministerio Fiscal la facultad de reclamar los datos a los operadores, y establecía la correlativa obligación de éstos de conservarlos y cederlos.

Con la nueva normativa, los datos objeto de conservación y cesión según el art. 3-1-a) 2º, de la LCDCERP, respecto del acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet, para rastrear e identificar el origen de una comunicación, son la identificación de usuario asignada, 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 (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono, e incluso conforme a la letra c) del precepto, quedan sometidos al régimen de su regulación la obtención de los datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación, es decir, justo todos los que se recabaron y obtuvieron gracias a aquella resolución judicial, y fueron plasmados en el informe pericial que nos ocupa.

Pero la resolución judicial autorizante de la injerencia en nuestro caso incumple abiertamente los fines que debe perseguir la obtención de esos datos según el art 1 de la indicada Ley, puestos en relación con la protección constitucional del derecho a la privacidad e intimidad de las comunicaciones a que se refiere la Exposición de Motivos: *la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales*, remitiendo por tanto esa indicación legal al juicio de proporcionalidad que toda injerencia en los derechos fundamentales de las personas debe sopesar la resolución judicial que la autorice para justificar la decisión de sacrificarlos.

A falta de un desarrollo constitucional o jurisprudencial sobre lo que debe considerarse "delito grave" conforme al art. 1 de la LCDCERPC, para lo cual no sirven ninguna de las citas de sentencias que ilustran los escritos de recurso e impugnación al mismo deducidos por Acusación Particular y Defensa, podríamos acudir a la definición del delito grave en el art. 13 del Código Penal como aquél que lleva aparejada pena grave, con remisión por tanto al art. 33-1 que cataloga las penas graves según su clase o duración; pero tampoco podemos ignorar la evolución de la doctrina constitucional en torno a la exigencia de la proporcionalidad de las injerencias judiciales más intensas en el secreto de las comunicaciones mediante la interceptación de su contenido (vg., escuchas telefónicas), expresamente excluida del ámbito de aplicación de la LCDCERPC, utilizando, además del criterio normativo del propio Código Penal, otros como los ya clásicos de la "relevancia social del hecho" o "el bien jurídico protegido", en una línea expansiva sobre la base de la deficitaria regulación legal en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que incluso fue más allá en la STC 104/2006 de 3 de abril, para afirmar la proporcionalidad de la injerencia por la "potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito", debido a la grave dificultad de su persecución por los medios de



investigación tradicionales en la lucha contra auténticos santuarios de impunidad, aunque siempre dentro de un contexto de mínima gravedad o relevancia social.

Ignorando cuál será la postura del Tribunal Constitucional ante la expresa reserva del ámbito de aplicación de la LCD CERPC a los delitos graves contemplados en nuestras leyes penales, y si esa restricción legal frenará la laxa interpretación que ha hecho del concepto por la finalidad a la que tiende esta Ley (en definitiva, poner límite a las investigaciones criminales en cuanto comprometen la fluidez y garantía del anonimato en el cada vez más ágil tráfico de comunicaciones telefónicas y por Internet), de lo que no nos cabe duda es que el delito cuya autoría se investigó en el proceso gracias a la autorización judicial de la injerencia, unas injurias, no merece el calificativo de delito grave ni por la pena que le asigna el art. 209 del Código Penal (multa de hasta catorce meses), ni por su trascendencia social (se trata de un delito que afecta a la esfera puramente privada de la persona ofendida), ni por el bien jurídico protegido -el honor- que, aún tratándose también de un derecho fundamental, encuentra en nuestra legislación una protección penal de segundo orden significadamente menor que la del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, justo los que aquí se encontraban en conflicto, cuya lesión puede alcanzar una responsabilidad penal de hasta siete años de prisión de acuerdo con su tipificación en el art. 197 del Código Penal. Y éste ha sido el criterio de esta misma Sala (vg., autos de 22 de enero de 2010 ó de 18 de mayo de 2012) negando, al amparo de la LCD CERPC, la procedencia de autorizar judicialmente este medio de investigación a los delitos de calumnias e injurias.

TERCERO.- El Juez a quo, consciente del defecto de ilegalidad de que adolece la autorización judicial de la injerencia en el caso enjuiciado, previa crítica a los límites puestos por la Ley específica a estos medios de investigación, expresa sus dudas sobre el alcance de la protección del derecho a la intimidad o al secreto de la comunicación del autor del comentario ofensivo (que identifica con el acusado tras valorar la prueba pericial cuestionada), por la titularidad pública del ordenador que le sirvió de instrumento para remitir el comentario y la función pública que ejercía, para llegar a la conclusión de que ese derecho no le amparaba por los fines exclusivamente privados de la concreta comunicación, ajenos al ejercicio de su cargo como agente de la Policía Local, apoyándose para ello en la jurisprudencia laboral que legitima el control por el empresario de los medios proporcionados a sus trabajadores, incluidos los ordenadores, así como sus facultades sancionadoras si el trabajador los utiliza para fines privados y no a la prestación del trabajo.

No podemos aceptar el criterio del juzgador por lo desafortunado de la comparación, tratando de extrapolar al caso un asunto de la jurisdicción laboral (el que examina la STS, Sala 6ª, de fecha 6 de octubre de 2011, que cita la sentencia) relativo al control que ejerció la propia empresa titular de los ordenadores sobre el uso que hacían los empleados del acceso a Internet para fines distintos al trabajo, que tenían terminante y expresamente prohibido, mediante la instalación de un sistema de software en los propios aparatos que permitía visualizar las páginas a las que habían accedido, lo que ninguna relación guarda con el caso que aquí examinamos, la injerencia judicial en el secreto de las comunicaciones de una persona anónima para obtener, mediante cesión de los operadores, los datos necesarios para identificar al usuario de Internet que remitió por esa vía el mensaje en cuestión, como medio para la investigación penal del posible delito de injurias en que podría haber incurrido, incurso de lleno en el ámbito de la LCD CERPC. Por lo demás, rechazamos enérgicamente el argumento de que el derecho a la intimidad del comunicante debe ceder ante cualesquiera posibles injerencias externas en sus comunicaciones si éstas se desarrollan con los medios públicos facilitados para el ejercicio de alguna función pública, por el peligro que semejante afirmación encierra para el derecho fundamental a la intimidad en las comunicaciones, no condicionado en la Constitución al carácter de la persona ni a la titularidad de los medios de comunicación empleados, ni en la LCD CERPC, que ninguna distinción hace como no podría ser de otra forma, y menos aún en el supuesto enjuiciado en que, tal y como declaró el perito, no existía ninguna prohibición expresa del Ayuntamiento de Granada a sus funcionarios o empleados de utilizar el acceso a Internet para fines ajenos a su función, ni ponía cortapisas ni ningún sistema de control.

CUARTO.- Las anteriores consideraciones conducen, pues, a declarar la nulidad de todos los actos de investigación practicados en el proceso en averiguación de la identidad del usuario de Internet que remitió el comentario al diario digital, por vulnerar la resolución judicial que autorizó la injerencia los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del remitente según lo expuesto, y, por ende, constatamos la ineficacia probatoria del informe pericial cuestionado por el apelante, como prueba de cargo obtenida directamente de la ilícita injerencia, en estricta aplicación del art. 11-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que proclama que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales".

No habiendo reconocido el acusado la autoría del mensaje en cuestión, ni existiendo en proceso ninguna otra prueba de cargo independiente de la fuente y el medio de prueba viciados que lo señale como autor, se habrá de estimar el principal motivo que anima el recurso, sin necesidad por tanto de entrar en el resto de los motivos subsidiariamente alegados para, con revocación del fallo, decretar la libre absolución de recurrente del delito



de injurias de que se le acusa, al no haber podido destruir la prueba aportada al acto del juicio oral la presunción de inocencia que le asiste, que por tal razón habrá de prevalecer.

QUINTO.- No se advierten motivos para hacer pronunciamiento expreso sobre las costas procesales de la segunda instancia.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Manuel Izquierdo Evangelista, en nombre y representación del acusado Apolonio , contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada en la Causa a que este rollo se contrae, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** dicha resolución en todos sus extremos, decretando en su lugar la libre absolución del Sr. Apolonio **del delito de injurias de que se le acusa en el proceso** , y declarando de oficio las costas procesales de la primera instancia, sin pronunciamiento sobre las de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, y devuélvanse los autos al Juzgado remitente, con certificación de la presente para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJUR