



Roj: **AAP GI 22/2014 - ECLI:ES:APGI:2014:22A**

Id Cendoj: **17079370032014200002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **3**

Fecha: **03/06/2014**

Nº de Recurso: **414/2014**

Nº de Resolución: **304/2014**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ILDEFONSO JUAN RAMON CAROL GRAU**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **SECCIÓN TERCERA (PENAL)**

#### **GIRONA**

#### **ROLLO DE APELACIÓN Nº 414/2014**

#### **DILIGENCIAS PREVIAS Nº 3092/2013**

#### **JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE GIRONA**

#### **AUTO Nº 304/2014**

#### **PRESIDENTE:**

D<sup>a</sup>. CARMEN CAPDEVILA SALVAT

#### **MAGISTRADOS:**

D<sup>a</sup>. SONIA LOSADA JAÉN

D. ILDEFONSO CAROL GRAU

Girona, a trece de junio de dos mil catorce.

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** Por Auto de fecha 13 de marzo de 2014 el juez instructor de las Diligencias previas arriba citadas denegó las diligencias de investigación (oficios a diversas compañías telefónicas solicitando si alguna tarjeta SIM empleó el terminal telefónico sustraído a la denunciante, en las fechas inmediatamente posteriores al delito de robo con violencia denunciado) que le habían sido solicitadas por la policía en fecha 13 de noviembre de 2013.

**SEGUNDO.-** Por el Ministerio Fiscal se interpuso, el día 21 de marzo de 2014, recurso de reforma, y subsidiario de apelación, contra el auto citado; siendo desestimada la reforma por auto de 26 de marzo de 2014. Para, tras recibirse en fecha 10 de abril de 2014 nuevo escrito del Ministerio Público, ser remitido a esta Audiencia el testimonio de los particulares de la causa designados, para la resolución del recurso.

**TERCERO.-** Ha sido ponente de esta resolución el magistrado D. ILDEFONSO CAROL GRAU, quien expresa en ella el parecer unánime del Tribunal.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal fundamenta la impugnación del Auto de 13 de marzo de 2014 en la circunstancia de que el juez a quo las deniegue por entenderlas inidóneas y desproporcionadas. Lo que el Ministerio Público no admite, pues señala que son idóneas porque no puede descartarse que los autores



continúen utilizando el teléfono móvil sustraído, así como que son proporcionadas porque la limitación de derechos fundamentales es mínima, ya que solo se trata de averiguar los datos que pide la policía en su escrito y en ningún caso de conocer el contenido de conversaciones privadas.

**SEGUNDO.-** No podemos acoger en esta alzada la pretensión impugnatoria referida; y ello por las razones que pasamos a exponer:

**1-** La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en la sentencia de 2 de agosto de 1982, Caso Malone , viene a establecer que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza *"a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación, mientras el mismo esté teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los datos o elementos externos del proceso de comunicación"*. Declaración ésta sobre la que las SSTs de 28-1-2009 , 15-2-2011 , 25-5-2011 y 17-11-2011 efectúan las siguientes precisiones:

a) *En primer lugar que el IMSI no es sino el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (Subscriber Identity Module) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (Mobile Station Integrated Services Digital Network), que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular. Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del País (3 dígitos), por ejemplo, 214, que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil.*

b) *Es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar.*

c) *La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial. Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando "asterisco, almohadilla, 06, almohadilla", y pulsando la tecla verde "llamar". Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.*

d) *Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o "pinchazos" telefónicos.*

e) *En la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS núm. 249/08, de 20 de mayo , después de admitir -lo que no afecta a nuestro caso- que es precisa autorización judicial para "la cesión" del IMSI por las operadoras, al amparo del art. 18.4 CE y 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, tampoco se acepta que la "captura" del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art. 18.3 CE ; y que, por otro, la facultad que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado del art. 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre , para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio- para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional"*.

**2-** La Jurisprudencia mayoritaria ( SSTs, Sala 2ª, de 20 de mayo de 2008 , 20 de julio de 2008 , 18 de noviembre de 2008 , 6 de julio de 2009 y 20 de octubre de 2009 , entre otras) ha señalado, en relación con la Ley **25/2007**, que la recogida o captación técnica del IMSI y del IMEI por la policía no necesita autorización judicial, pero que la obtención de su plena funcionalidad -mediante la cesión por las operadoras de los datos que obran en



sus ficheros- sí requiere tal autorización judicial; habiéndose adoptado por el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, el día 23 de febrero de 2010, el siguiente acuerdo: *"Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Mº Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre "*.

En el caso que se somete a la revisión de esta Sala la solicitud que se efectúa tiene por objeto, no la captura e identificación de los códigos IMEI y/o IMSI por parte de la policía, sino la cesión por varias operadoras de telefonía de la información relativa a los números, los titulares y los datos asociados de las tarjetas que se han utilizado en el teléfono móvil sustraído; datos que aparecen recogidos en el artículo 3 de la Ley 25/2007, por lo que la decisión judicial que se adopte deberá necesariamente ajustarse a las prescripciones que en dicha ley regulan la conservación y cesión de los mismos con finalidades de investigación criminal.

**3-** Debe recordarse aquí que la Ley 25/2007 tuvo, como objetivo principal, la transposición de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones; y que la precitada Directiva se refiere, expresamente, a 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*.

Tal como ya expusimos en el AAP de Girona, Sección 4ª, dictado en el Rollo de Apelación 217/2012, si bien es cierto que la regulación española podía haber sido menos restrictiva a la hora de establecer el elenco de los delitos que permitirían la cesión de datos por las operadoras (véase que en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19-4-2012, Caso Bonnier, se concluye que el derecho nacional puede facultar, incluso, a los jueces civiles para recabar datos personales de internet para la protección de los derechos de autor), no lo es menos que limita expresamente dicha cesión a la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Así, en el art. 1.1 de la Ley 25/2007 se restringe la posibilidad de cesión de los datos de tráfico, de localización de personas físicas y jurídicas y de identificación del abonado o usuario registrado ( art. 1.2 de la Ley 25/2007 ) a la comisión de un delito grave (*"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"*).

**4-** En el supuesto fáctico que se somete a la revisión de la Sala constatamos, de una parte, que los hechos que son objeto de investigación en la presente causa han sido calificados por el Juzgado de Instrucción como un delito de robo con violencia; y de otra, que no puede descartarse que la diligencia instructora solicitada pueda permitir determinar la identidad del autor del mencionado delito contra la propiedad, bien por la inmediatez temporal existente entre el acto depredatorio y el uso del terminal sustraído, bien a través de la identificación del autor de la sustracción a través del posterior o posteriores adquirentes. No ignoramos que tales posibilidades son más bien remotas, pero nuestra decisión no puede basarse en meras previsiones posibilísticas, sino en la consideración de si puede entenderse agotada la instrucción de la causa dentro de límites razonables.

Pese a lo anteriormente expuesto, debemos coincidir con el Juzgador de Instancia en el hecho de que no nos hallamos ante la investigación de un delito que por su gravedad permita la cesión de datos por las operadoras de telefonía, ya que el hecho denunciado, aunque a la postre fuera calificado como un delito de robo con violencia, no puede incardinarse en ninguno de los siguientes supuestos:

1º.- En el concepto estricto de gravedad del delito que se deriva de lo previsto en el CP, donde se reputan delitos graves los castigados con penas graves ( art. 13.1 CP ), entre otras, las penas superiores a cinco años de prisión ( art. 33.2 CP ); ya que nos hallamos ante un delito de robo con violencia, sancionado en el art. 242.1 CP con una pena de 2 a 5 años de prisión y, por tanto, con pena que no excede de 5 años de prisión. En cualquier caso, hallándonos en el límite punitivo de 5 años de prisión que permitiría la cesión de datos, conviene poner de relieve que basta la mera lectura de la denuncia inicial para constatar que nos encontramos ante un supuesto en el que, por la limitada entidad de la violencia ejercida, podría resultar aplicable el subtipo atenuado previsto en el art. 242.3 CP, en el que se previene la imposición de la pena inferior en grado (pena de 1 año a 2 años menos 1 día de prisión);

2º.- En la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la superación del criterio de la gravedad de la pena en el juicio de proporcionalidad, en orden a la intervención de las comunicaciones, acudiendo a los criterios del bien jurídico protegido (supuestos de contrabando de tabaco - STC 22-04-2002 -, delitos contra la salud pública - STS 21-05-2009 -, prevaricación - STS 23-03-2009 -, integración en banda armada - STS 13-10-2009



-, robos por grupos organizados - STS 17-06-2009 ), de la relevancia social (multiplicidad de perjudicados en una estafa - STC 20-05-2002 - o grave detrimento económico en un delito contra la propiedad intelectual - STC 18-09-2002 ) y de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito (fraudes de telecomunicaciones mediante la difusión de descodificadores de canales de televisión de pago - STC 3-04-2006 ); y

3º.- En el concepto amplio de gravedad del delito que derivaría de la normativa comunitaria de nuevo cuño, relativa a la lucha contra el crimen organizado, trata de seres humanos y contra la libertad sexual de menores, en la que se está imponiendo la utilización de instrumentos de investigación eficaces en la persecución de estos delitos, se cometan o no dentro de un grupo organizado y puedan o no ser considerados graves.

5- La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de abril de 2014 , tiene una incidencia relevante en relación a la petición que ahora se resuelve. Con independencia de que dicha sentencia reproche a la Directiva de la que trae causa la ley **25/2007** diversas cuestiones que no son de aplicación a la legislación española (entre otras, la relativa a la necesidad de un control judicial en la cesión de los datos conservados, pues la ley española sí exige la intervención judicial para la cesión de dichos datos, quien sólo la autorizará bajo los principios de necesidad y proporcionalidad), lo más relevante de misma es que realiza una interpretación restrictiva de los supuestos en los que la conservación y posterior cesión de los datos conservados es acorde con la normativa comunitaria y con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Conforme a la mencionada sentencia, dicha conservación y cesión deben circunscribirse, exclusivamente, a los delitos graves, pues sólo en esos casos estaría justificada la injerencia que dichas medidas suponen (así se declara en los párrafos 34, 35 y 36 de la STJUE).

Es por ello que esta Sala debe concluir que únicamente procederá hacer uso de las facultades de petición de datos que otorga la ley **25/2007** en los casos que se investiguen delitos graves, entendido este último término en el sentido legal estricto previsto en nuestra legislación penal ( art. 33.2 CP ); al entender:

a) que la STJUE de 8 de abril de 2014 , al tratar de esta cuestión, hace referencia a una delincuencia especialmente grave (sólo menciona el terrorismo y la delincuencia organizada), considerándose en dicha sentencia que sólo la satisfacción del interés general en la lucha contra las manifestaciones más graves de delincuencia justifica la conservación y cesión de los datos a los que se refiere la Directiva (párrafos 42, 43 y 44);

b) que la STJUE de 8 de abril de 2014 ha declarado inválida la Directiva 2006/24 , entre otras razones, por entender que *"... no fija ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos que, debido a la magnitud y la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta, puedan considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia. Por el contrario, la Directiva 2006/24 se limita a remitir de manera general, en su artículo 1, apartado 1, a los delitos graves tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro" (párrafo 60);*

c) que los tribunales nacionales deben respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de los principios de primacía y efecto directo de derecho comunitario;

d) que el artículo 10.2 de la Constitución Española establece que *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España";* y

e) que el legislador nacional puede sin duda realizar una modificación legislativa que, respetando la mencionada STJUE, regule la materia de una manera más eficaz para la lucha contra la delincuencia y permita adoptar estas medidas en otros tipos de delitos; pero mientras ello no ocurra no debe el Poder Judicial subsanar la inacción, o la falta de diligencia, del Poder Legislativo, realizando una interpretación de las normas existentes en contra de la jurisprudencia comunitaria y de los tratados internacionales suscritos por España, singularmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**TERCERO.-** Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

La Sección, en atención a lo expuesto

## DISPONE

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 13 de marzo de 2014, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Girona en las Diligencias Previas nº 3092/2013 de las que este Rollo dimana. Y, en consecuencia, **confirmar** íntegramente dicha resolución.



Se declaran las costas de oficio.

Así lo acuerda la Sección, y lo firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados en el margen superior.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ