



Universidad
Zaragoza

DICTAMEN ELABORADO POR: CARLOS CORAO ANADÓN

**CON EL OBJETO DE VALORAR UN
SUPUESTO DELITO CONTRA LA
INTIMIDAD EN LAS REDES SOCIALES**

DICIEMBRE DE 2017

Bajo la supervisión del Dr. Eladio J. Mateo Ayala

ÍNDICE

I. ADVERTENCIA A EFECTOS DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	3
II. INTRODUCCIÓN.....	3
III. ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
IV. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	25
V. NORMATIVA APLICABLE.....	28
VI. SOLUCIÓN ALTERNATIVA AL CONFLICTO.....	41
VII. RESOLUCIÓN: SENTENCIA DE CONFORMIDAD.....	44
VIII. CONCLUSIONES FINALES.....	46
IX. INDICE DE ABREVIATURAS.....	53

I. ADVERTENCIA A EFECTOS DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS

El dictamen que se presenta a continuación ha sido realizado sobre un supuesto real, por lo que en cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los nombres, direcciones, o cualquier otro dato de carácter personal, a los efectos del artículo 3 de la citada ley, han sido modificados con el objeto de garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas intervinientes en el proceso y especialmente su derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

II. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consiste en un dictamen jurídico sobre los hechos que seguidamente se relatan y que fueron objeto de un procedimiento penal. Concretamente, se pretende analizar su encaje en alguno de los tipos penales relativos a la protección de la propia imagen y la intimidad personal, recogidos en el Título X del libro II del Código Penal, y las posibles vías de defensa en sede judicial y extrajudicial.

Téngase en cuenta por el lector, que el autor de estas líneas escribe siempre desde el punto de vista de la defensa de la acusada, cuya representación letrada asumió el Director académico de este trabajo, Dr. Eladio Mateo Ayala.

Por este motivo, el dictamen que se presenta está centrado en el estudio de la defensa jurídica de la acusada, dejando en un segundo plano, y sin entrar en valoraciones minuciosas, las alternativas jurídicas que la acusación particular pudo formular en el transcurso del proceso.

Lo expuesto no es obstáculo para que los hechos –tanto probados, como alegados– hayan sido plasmados con la objetividad requerida para un estudio serio y preciso del supuesto y para que las conclusiones finales de este dictamen sean acordes a las leyes, la jurisprudencia, y al leal saber y entender de este aspirante a abogado, más allá de valoraciones personales.

Se va a hacer especial hincapié en el relato fáctico y en el soporte documental del mismo, debido a la trascendencia jurídica que se le dará a la hora de encajar dichos hechos en alguno de los tipos penales.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

1. PARTES

Los hechos objeto de análisis del presente dictamen jurídico tienen como actores principales a Don Marceliano y a Doña Ruth¹. Ambos mantuvieron una relación sentimental duradera, fruto de la cual nació su hijo en común, todavía menor de edad, y cuyas relaciones paterno-filiales constan en el Convenio de Relaciones Familiares, con custodia a cargo de la madre. Don Marceliano, el padre y expareja de Ruth, no está nada conforme con la situación y es partidario de una custodia compartida.

Don Marceliano es profesor de música, realizando esta actividad como autónomo; imparte clases de batucada a adultos y niños, así como otro tipo de actividades relacionadas con la música. Utiliza su cuenta en la red social *Facebook* como herramienta de trabajo, ya que en ella se publicita y le sirve de conexión directa con sus alumnos, publicando sus horarios de clase, videos de las actividades, etc.

¹ Los nombres, y datos personales han sido alterados para mantener la privacidad de los implicados, atendiendo a la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal y con absoluto respeto al deber de guardar secreto profesional regulado entre otras disposiciones legales en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 542.3), Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (arts. 32 y 42), entre otras.

Doña Ruth mantiene actualmente una relación sentimental con Don Félix. Don Félix y Doña Ruth actúan en el procedimiento como denunciados e investigados, mientras que Don Marceliano es quien denuncia y da impulso al procedimiento.

2. HECHOS IMPUTADOS

En el presente epígrafe se procede a relatar los hechos que el denunciante/acusador atribuye a la parte investigada, así como los indicios que esta parte tiene para formular su acusación. Documentalmente los hechos se han extraído de la denuncia presentada por Don Marceliano en la comisaría de ZARAGOZA – CENTRO y de los escritos de conclusiones provisionales formulados por el abogado de Don Marceliano y por el Ministerio Fiscal.

Los hechos que se imputan a Doña Ruth en la denuncia presentada por Don Marceliano en la comisaría y que dan lugar al inicio del procedimiento, son los siguientes:

PRIMERO.- El día 22/01/2016, sobre las 9:38 horas, mientras el denunciante impartía clases de música en un pueblo cercano a Zaragoza, una de sus alumnas, que en ese momento se encontraba con él, le advirtió que otra alumna, que no había podido acudir a clase, le estaba alertando por teléfono de que se estaba colgando en su *facebook (sic)* «una conversación privada de él y su pareja sentimental». Que la alumna se extrañó puesto que el denunciante estaba dando la clase, por lo que se lo comentó de inmediato.

SEGUNDO.- Tras ponerle sobre aviso su alumna, Don Marceliano pudo efectivamente comprobar que alguien había hecho público en su muro de *Facebook* una conversación privada que, días antes, mantuvo con su actual pareja, a través de la aplicación de mensajería instantánea que esta red social tiene incorporada.

TERCERO.- En la misma denuncia refiere que, desde hace un tiempo (dos meses), vienen apareciendo en su muro comentarios no hechos por él o, «de repente», se publicaban fotos de fiestas o de chicas exuberantes, que él no colgaba.

CUARTO.- Marceliano dice desconocer quién es el autor/es de estos hechos, aunque sospecha de su ex pareja sentimental (Ruth) y de la actual pareja de ésta, ya que está teniendo problemas con ella desde que intentó pedir la custodia compartida del hijo que tienen en común.

QUINTO.- Denuncia que sospecha de su expareja porque era conocedora de sus claves de *Facebook*. Además, se han eliminado varios videos donde aparecía Don Marceliano enseñando música a su hijo y Doña Ruth nunca ha estado de acuerdo con que el niño aprendiera música.

SEXTO.- No ha cambiado la clave de *Facebook* para demostrar estos hechos.

SÉPTIMO.- La última vez que accedieron a su cuenta fue el lunes, 25 de enero, a las 10:18, mientras estaba Don Marceliano con su ex pareja y junto el Director del servicio de orientación familiar.

De la denuncia formulada por Don Marceliano en los anteriores términos se dio traslado al Juzgado de Instrucción de guardia y al Ministerio Fiscal, para que se valore la procedencia o no de la apertura de expediente de Diligencias Previas.

En un primer momento, el juez de instrucción acuerda mediante Auto el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, por (sic.) «no resultar motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores»

Tras esto, Don Marceliano acude al Servicio de Orientación Jurídica en busca de un abogado de oficio, instando la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución en firme acerca de la solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita. Finalmente le es asignado un abogado del turno de oficio.

Dicho abogado interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto que acordaba el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al amparo de los artículo 222 y 766.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pese a la oposición al recurso del Ministerio Fiscal el juez estima el mismo, acordando reabrir las Diligencias Previas y practicar las actividades de instrucción que se indican a continuación y que la representación procesal de Don Marceliano había solicitado en su recurso:

- Tomar declaración al denunciante para ratificación en su denuncia.
- Ofrecimiento de acciones y aportación de cuantos datos permitan esclarecer los hechos.
- Recibir declaración en calidad de investigados a Doña Ruth y su pareja, recabando la hoja histórico - penal de ambos.
- Remitir oficio a la Comisaría de Centro de la Policía Nacional de Zaragoza para que informen del estado de las investigaciones realizadas sobre la denuncia.

A partir de este momento se inicia el periodo de instrucción del procedimiento, enfocado a esclarecer los hechos que denuncia Don Marceliano, la relevancia de estos a efectos penales, así como la autoría de los mismos.

El siguiente acto procesal de relevancia se da con la declaración del denunciante, ya con asistencia de abogado. En ésta, Don Marceliano se ratifica en los siguientes hechos, que ya había alegado en la denuncia ante la policía:

- Que fue pareja de la denunciada, que tiene un hijo en común con ella y que a la pareja actual de esta «lo conoce de vista».
- Que respecto a los hechos objeto del procedimiento, se ratifica en la denuncia presentada, añadiendo que cree que Doña Ruth era la única persona que conocía su contraseña. La publicación de fotos de chicas exuberantes y de conversaciones privadas con su actual pareja, en su perfil de *Facebook*, le ha causado perjuicios tanto personales como laborales, ya que utiliza esta red social como herramienta de trabajo. Reclama la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

3. HECHOS PROBADOS

El anterior relato fáctico no deja de ser la declaración o sospecha del denunciante, no pudiendo considerarse los extremos alegados como probados, aunque sí pueden ser tomados como base indiciaria suficiente para continuar con el procedimiento en fase de instrucción.

Lo cierto es que en este procedimiento los elementos de prueba fueron apareciendo y siendo aportados a la causa conforme esta se iba desarrollando. A diferencia de otro tipo de delitos, donde la defensa cuenta con documentación previa o aportada desde el primer momento², en este caso, al inicio del proceso, solamente consta la denuncia de Don Marceliano y su ratificación. Será la defensa la que tendrá que ir respondiendo a medida que se vayan solicitando las pruebas que puedan desvirtuar su presunción de inocencia. A priori puede parecer una posición cómoda porque siempre será la parte contraria la que deba probar la culpabilidad de la acusada, pero, como contrapartida, la defensa debe estar siempre preparada y sin saber de antemano como enfocar su estrategia.

A partir de este punto, los hechos que se describen van más allá de la propia versión del denunciante y pretenden esclarecer lo ocurrido con suficiente certeza como para

² Un delito de lesiones donde consta el parte de urgencias o bien un delito societario en el que se acompañan actas de Juntas de Accionistas o cuentas anuales, por ejemplo.

desvirtuar la presunción de inocencia de Doña Ruth, atendiendo a las pesquisas realizadas por la Policía Nacional por orden del Juzgado, así como al diferente material probatorio aportado tanto por la Defensa como por la Acusación, que permite crear una relación fáctica fiable, aunque será el juez en última instancia el que deberá, según el principio de la libre valoración de la prueba (que seguida y resumidamente se explicará), enjuiciar y considerar como veraces o no los hechos que las partes afirman.

3.1. De los Principios Penales de valoración de la prueba

Cabe en este momento recordar algunos de los principios penales de valoración de la prueba. En primer lugar, la **carga de la prueba**³ corre siempre a cargo de la acusación, debiendo acreditar que concurrieron la totalidad de los elementos necesarios para el nacimiento del ilícito. Este principio se entiende mucho mejor cuando se sitúa junto al de **presunción de inocencia**⁴, al que está estrechamente ligado. Ambos principios liberan a la defensa de demostrar la inocencia del acusado y, por supuesto, aunque no se haya hecho prueba de esa inocencia, será suficiente con que no resulten acreditados los hechos de la acusación para que el pronunciamiento sea en sentido absolutorio. Sin perjuicio de que la presunción de inocencia sea una presunción *iuris tantum*, puede ser desvirtuada en los supuestos en los que se aporten al proceso, de manera válida, pruebas que no dejen lugar a dudas sobre la comisión y autoría de unos hechos. Estas pruebas están sometidas, para garantizar al acusado un derecho de defensa con garantías, a los requisitos formales de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. Estos requisitos formales proporcionan al juez (o al jurado, en su caso), un punto de vista necesario a la hora de dar credibilidad o no a un testimonio o entender ciertos detalles y matices de determinadas pruebas que, de no ser por ellos, quedarían ocultos y sin ser apreciados.

³ Vegas Torres, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993.

⁴ Cobo del Rosal, M., Quintanar Díez, M., Zabala López-Gomez, C., *Derecho Procesal Español*, Madrid, 2006. p. 74.

Precisamente, otro de los principios valorativos en el procedimiento penal, el cual se encuentra necesariamente unido a los principios formales de oralidad e inmediatez, es el de la **libre valoración de las pruebas**⁵. Como contraposición a la prueba tasada y encajonada de los procedimientos de base eminentemente escrita (más cercanos al proceso civil y por supuesto administrativo), en los cuales el Magistrado tiene un margen de maniobra menor, en el procedimiento criminal es el Juez, que ha examinado y valorado en primera persona las pruebas practicadas, el que dará mayor eficacia o credibilidad a cada una de las evidencias, «según su leal saber y entender».

Son los artículos 741⁶ y 973⁷ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los que facultan al Tribunal para apreciar «*según su conciencia, las pruebas practicadas*».

No debemos confundir libre valoración con arbitrariedad⁸. Precisamente, uno de los fines de la exposición motivada de Autos y Sentencias, es el de controlar el (mal) uso que los Tribunales puedan hacer de esta facultad, obligando al Juez a razonar y explicar el curso lógico y el proceso valorativo seguido para llegar a su conclusión final.

Realizadas las anteriores matizaciones, se va a proceder a enumerar las pesquisas realizadas y los hechos que, una vez concluida la instrucción del procedimiento, podremos considerar probados. El orden en el que van a ser enumerados se

⁵ Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal penal*, Madrid, 2004, p. 97.

⁶ Art. 741 LECr: “*El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley*”.

⁷ En similares términos se manifiesta el artículo 973 LECr: “*1. El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta*”.

⁸ En este sentido: Cobo del Rosal, M., Quintanar Díez, M., Zabala López-Gomez, C., *Derecho Procesal Español*, Madrid, 2006. p. 95.

corresponde con el orden cronológico en el que las pruebas fueron apareciendo en el curso del procedimiento y se prestará especial atención a la legalidad en la obtención de las mismas.

3.2. De las direcciones IPs: Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

Don Marceliano, desde su cuenta de *Facebook*, y con la colaboración de la Policía, pudo recabar las direcciones IPs, desde las cuales se accedió a dicha cuenta. Antes de continuar creo conveniente explicar muy brevemente qué es una dirección IP⁹.

Se trata de un número que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una Interfaz en red (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (computadora, tableta, portátil, *smartphone*) que utilice el protocolo IP o (*Internet Protocol*).

Toda computadora conectada a internet (o a cualquier red) posee una identificación única (IP), compuesta por cuatro combinaciones de números (p.ej. 187.25.14.190). Estos números, llamados octetos, pueden formar más de cuatro billones de direcciones diferentes. Cada uno de los cuatro octetos tiene una finalidad específica. Los dos primeros grupos se refieren generalmente al país y tipo de red (clases). Este número es un identificador único en el mundo: en conjunto con la hora y la fecha, puede ser utilizado, por ejemplo, por las autoridades, para saber el lugar de origen de una conexión¹⁰.

Una vez que Don Marceliano entrega a la policía las direcciones IPs, los agentes interesan, en oficio remitido al juzgado, que para continuar con la investigación es necesario que el juez requiera a las compañías de servicios telefónicos y de internet asociadas a esas direcciones, que entreguen la información solicitada relativa a los investigados. Pese a que pueda parecer una medida excesiva, dados los pocos

⁹ Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/Direcci%C3%B3n_IP

¹⁰ Véase también: <https://www.informatica-hoy.com.ar/aprender-informatica/Que-es-la-direccion-IP.php>

indicios que hay contra los acusados y entendiendo que es una limitación al Derecho Fundamental de secreto de las comunicaciones constitucionalmente protegido, lo cierto es que cumple con los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida que el **artículo 588bis.a) LECr**¹¹ impone y que seguidamente analizamos pormenorizadamente:

- Especialidad: en tanto en cuanto que se trata de un supuesto hecho delictivo cometido a través de medios telemáticos, por lo que sólo es posible acceder a su identificación y contenido con medidas de esta naturaleza.
- Idoneidad: por ser adecuados para conocer el ámbito del hecho infractor y del hecho ejecutado.
- Necesidad y excepcionalidad: en la medida de que es el único modo de continuar con la instrucción, puesto que son las compañías prestadoras de servicios de telecomunicaciones las únicas que pueden esclarecer desde que dispositivo se cometieron los hechos denunciados. De no contar con esta información, que ha de solicitar motivadamente el juez a los agentes colaboradores, el denunciante jamás podría por sí mismo probar la relación entre los mensajes publicados y sus emisores. Además, no es cuestión menor la obligación legal que tienen estas compañías de colaborar con el juez, el

¹¹ Artículo 588 bis a. LECr: “1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. 2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva. 3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. 4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida. 5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

Ministerio Fiscal o la Policía Judicial en el esclarecimiento de estos hechos, tal y como señala el artículo 588ter e) de la LECr¹².

- Proporcionalidad: Dado que los hechos investigados revisten cierta gravedad y la medida en cuestión no afecta a comunicaciones personales en sentido estricto, sino que se trata de una medida que se limita a identificar y localizar terminales que se han conectado sin autorización, en los días y horas concretos señalados previamente por la acusación. Se trata de comprobar si un tercero ha accedido a una cuenta privada, que contiene información confidencial, y si además ha hecho pública dicha información.

Por lo antedicho, y con base jurídica en el precitado artículo 588bis a), así como en los artículos 588 ter j)¹³, 588ter k), todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el juez ordena, por medio de Auto motivado, a las compañías telefónicas que aporten al procedimiento: nombre, apellidos, DNI y dirección de los usuarios de sus servicios, coincidentes con las direcciones IPs investigadas, los cuales accedieron a la cuenta de *Facebook* del denunciante en las fechas en las que supuestamente se publicaron diferentes conversaciones privadas y fotografías de mujeres exuberantes.

¹² Artículo 588 ter e. LECr: “1. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones. 2. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades. 3. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.”.

¹³ Artículo 588 ter j. LECr: “1. Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial. 2. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.”.

La vía de defensa que se pudo haber utilizado en este momento procesal para impedir la práctica de esta prueba (que como veremos va a resultar ser fundamental para la imputación de los hechos delictivos a la acusada), hubiera sido interponer por la defensa de Doña Ruth, recurso de reforma y subsidiario de apelación (o solo de reforma, o solo de apelación), alegando la absoluta excepcionalidad de la prueba, y la inaplicación del artículo 588bis a) de la LECr, citado *ut supra*, en contraposición al razonamiento jurídico expuesto. Se debería hacer hincapié en la falta de cumplimiento de los principios rectores enumerados para la práctica de esta prueba (especialidad, idoneidad...), especialmente el de necesidad y proporcionalidad.

No se dan los requisitos exigidos por la LECr, dado que no ha quedado suficientemente acreditado hasta el momento que los hechos denunciados sean constitutivos de ningún ilícito penal, más allá del testimonio del denunciante, y la práctica de esta prueba escapa a la proporcionalidad debida, interfiriendo en el derecho fundamental, recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española¹⁴, de secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, generando una serie de gastos e inconvenientes desproporcionados tanto a la Administración como a las empresas de telecomunicaciones, vistos los hechos acreditados.

Lo cierto es que en este caso la defensa tiene poco margen de maniobra. Pese a poder interponer el recurso mencionado, probablemente, lo único que se ganaría es tiempo dados los hechos que se analizan, el razonamiento jurídico llevado a cabo tanto por fiscalía y acusación particular, como por el mismo juez (siguiendo estrictamente los requisitos legales exigidos). Además, la redacción mucho más actualizada y precisa de la LECr en relación con las nuevas realidades probatorias, en las que las nuevas tecnologías tienen un papel principal, dejan poco margen a la duda en cuanto a las condiciones para su aplicación.

¹⁴ Artículo 18.3 C.E.: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

Más allá del debate sobre si se cumplen los requisitos genéricos establecidos en el artículo 588bis a) bis precitado, cuya aplicabilidad se ha debatido en las anteriores líneas, la realidad es que cabría la aplicación más específica y adecuada al caso concreto de los artículos 588bis b, 588ter j), y 588ter k) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵.

Seguidamente se explican los pormenores y exigencias, que han sido introducidos por dicha reforma, y que se recogen en el capítulo IV del Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la solicitud y práctica de la prueba, cuando esta consiste en la «interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos» y más concretamente, de su aplicabilidad en el procedimiento objeto de estudio.

En primer lugar, el artículo **588 bis b. LECr**¹⁶, enumera los requisitos que ha de cumplir la solicitud de autorización judicial.

¹⁵ Todos estos artículos han sido incluidos en la reciente reforma que supuso la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta reforma viene a consolidar y fortalecer los derechos procesales penales, de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución Española. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219 (28 págs.)

¹⁶ Art. 588bis b. LECr: “1. El juez podrá acordar las medidas reguladas en este capítulo de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial. 2. Cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial soliciten del juez de instrucción una medida de investigación tecnológica, la petición habrá de contener: 1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. 2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. 3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida. 4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido. 5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

En cumplimiento de dicho precepto, la solicitud de la prueba en el procedimiento que centra nuestra atención, por parte de Ministerio Fiscal y Policía Judicial, contiene una descripción precisa del objeto de las averiguaciones, exponiendo las razones por las que se entienden necesarias las medidas solicitadas.

Asimismo, existe una identificación previa de las personas a las que se refiere la investigación y de los medios de comunicación utilizados en la comisión de los hechos (en este caso unas direcciones IP desde las que se han establecido una serie de conexiones a Internet). En referencia a la extensión de la medida solicitada, se indica en ambos escritos, tanto por fiscalía como policía judicial, que ha de comprender el nombre, apellidos, número de DNI, domicilio y teléfono de los usuarios de tales direcciones IP. Cabe recordar que estas direcciones IP son las señaladas por el denunciante como los accesos no autorizados a su cuenta, señalando día y hora concreta, lo que hace más aún, si cabe, procedente esta medida de investigación. Por último, la solicitud contiene la forma y la duración en la que se ejecutaría la medida, así como la identificación de quien debe llevarla a cabo.

Para finalizar ya el capítulo presente, en el que se analiza la adecuación legal de la prueba practicada, prestaremos especial atención al artículo 588ter k¹⁷, incluido en la sección titulada «Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad», bajo la rúbrica «**Identificación mediante número IP**», probablemente de todos los artículos citados el que más se ajusta a la realidad de nuestro caso.

6.º La forma de ejecución de la medida. 7.º La duración de la medida que se solicita. 8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.”.

¹⁷ Artículo 588 ter k: «Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.»

El mandato que en dicho precepto se contempla, ordena actuar a la Policía Judicial y al juez instructor, cuando se sospeche de la comisión de un delito por medio de una dirección IP, requiriendo a los agentes sujetos al deber de colaboración para que aporten los datos que permitan la identificación de los autores.

Conforme a los antecedentes expuestos, debe deducirse que la solicitud formulada reunía todos los requisitos legalmente exigidos para que el juzgado diera curso a la misma y entrara a valorar sobre el fondo del asunto: la procedencia o no de conceder la autorización solicitada.

A igual conclusión nos llevan, los preceptos legales estudiados, los requisitos para su aplicación y por último, el impecable razonamiento jurídico y respeto a todas las garantías procesales por parte del Ministerio Fiscal y el Juzgado Instructor: la práctica de esta prueba es procedente y ajustada a derecho en todos sus extremos.

Como ya se ha adelantado no es casual que se haya prestado una mayor atención en este punto, dado que la información que se derivó de la prueba practicada resultó del todo determinante en el procedimiento.

Una vez analizada la conveniencia de requerir a las compañías suministradoras de servicios los datos mencionados con anterioridad, el Juez dictó Auto en el que ordenaba que se librasen oficios a las mismas, para que informaran sobre los mismos.

3.3. De la declaración de los investigados

Con anterioridad a conocer la contestación de estas compañías y las conclusiones de la Policía, se produjo la declaración de Doña Ruth y su actual pareja.

De la de Doña Ruth, por no extendernos demasiado, nos interesa lo siguiente:

+++

- Niega los hechos que se le imputan.
- Declara conocer las claves de *Facebook*, porque la cuenta fue abierta por ambos cuando eran pareja. Manifiesta que ha accedido en ocasiones a esa cuenta, normalmente acompañada por su hijo, y que su actual pareja no conocía de su existencia ni las claves.
- Afirma que accedía a esa cuenta para ver los videos que colgaba y la actividad que hacía, pero que nunca ha introducido fotos, ni publicado conversaciones privadas, ni borrado videos de su hijo aprendiendo música.
- Desmiente el hecho de que tenga algún contencioso judicial con el denunciante, y añade que no ha recibido ninguna solicitud de guarda y custodia.
- Por último, asevera que el denunciante sabía que (la declarante) podía acceder a la cuenta de *Facebook* que abrieron ambos, y ello porque no había cambiado las claves y tenía conocimiento de que ella tenía las contraseñas. Además, había sido informado de que Doña Ruth, entraba a esa cuenta con su hijo para ver videos de actuaciones, y que el propio denunciante, le ha pedido en alguna ocasión que entrase en dicha cuenta para que el menor pudiera ver sus actuaciones.

He resaltado que las declaraciones se produjeron con anterioridad a la respuesta de las compañías, por lo que todavía no se había podido demostrar la vinculación de Doña Ruth con las publicaciones. Pese a ello, esta admite conocer las claves y acceder a la cuenta en presencia de su hijo. Este punto da mayor credibilidad a la acusada pues, pese a que nadie había desvirtuado su presunción de inocencia, no tiene ningún problema en admitir esos hechos que no tienen nada de delictivos, pero que pueden llegar a perjudicarle, negando en todo momento los otros que se le imputan. Recordemos que había sido informada de sus derechos, incluido el derecho a no declarar y a no declarar contra sí misma, y aún así prefiere decir la verdad, aunque haya extremos de esa verdad que malintencionadamente puedan ser puestos en su contra.

Por su parte, su actual pareja declara no conocer la existencia de esa cuenta y niega cualquier relación o acceso a esta. Lo que encaja con la declaración de Doña Ruth.

3.4. De la declaración de complejidad de la causa y de los resultados de las pesquisas policiales

Tras producirse las declaraciones, y a la vista de que el procedimiento de instrucción se alargaría por un tiempo superior a los seis meses que establece el artículo 324 de la LECr¹⁸, el Ministerio Fiscal solicitó la declaración de complejidad de la causa, ante la necesidad de practicar periciales informáticas complejas, y ello en virtud del artículo 324.2.d). Habiéndose conferido traslado a las partes, el Juzgado dictó Auto en el que se declaró la complejidad de la causa, ampliando el plazo para la Instrucción a los dieciocho meses que contempla el artículo 324 LECr.

Volviendo a la prueba fundamental de este procedimiento relativa a las direcciones IPs. En respuesta a estos oficios, las compañías de servicios de telecomunicación, informan a la policía de que las conexiones IP relativas a la cuenta de *Facebook* de Don Marceliano, se produjeron desde el domicilio del propio denunciante, desde el domicilio de un amigo del denunciante, y con su consentimiento, y por último, desde el domicilio de la denunciada, su ex pareja Doña Ruth, y sin su consentimiento.

¹⁸ “1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo. 2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo. Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno. Se considerará que la investigación es compleja cuando:(...) d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis”

Queda probado, por tanto, que desde la IP que corresponde al domicilio de Doña Ruth se llega a acceder a la cuenta de *Facebook* del denunciante **en cientos de ocasiones**. Así se extrae de la documentación aportada por las entidades colaboradoras.

3.5. Del contenido de los mensajes supuestamente publicados

A partir de este momento, se puede considerar probada la relación entre la supuesta publicación de contenidos de carácter privado y personal y la acusada Doña Ruth. Interesa en este punto de la instrucción, conocer el contenido de los mensajes y fotografías a los que se refiere el denunciante y que todavía no se habían aportado a la causa.

Por ello, por medio del Letrado de la Administración de Justicia, se requirió a Don Marceliano para que aportara la justificación documental de la publicación en su perfil de *Facebook* de la conversación privada mantenida en *Messenger*, y que se fue colgada la mañana del 22-01-2016, o en caso de que no pudiera hacerlo, aportara los datos de las alumnas que le pusieron sobre aviso, para oír su declaración como testigos. De la misma forma, se le requirió también para que justificara documentalmente la publicación de fotos de fiestas y «mujeres exuberantes» y concrete las fechas de tales publicaciones, pues hasta el momento, nada se había aportado.

Ante tales requerimientos, el denunciante comparece, pero no aporta documentos acreditativos de tales publicaciones. En cuanto a las imágenes de «mujeres exuberantes», refiere que las borró dado el carácter profesional de la cuenta, y que no puede conseguirlas.

Por otro lado, de la conversación publicada, trae copia extraída del historial de conversaciones de su perfil de *Facebook Messenger*, pero ello no demuestra que esta haya sido publicada. Las conversaciones del *Facebook Messenger* entre dos usuarios, funcionan como conversaciones de mensajería instantánea privada,

solamente visibles para los usuarios que las mantienen y que quedan después registradas en la aplicación. Cuestión distinta es el hecho que la acusación atribuye a la investigada: que esa conversación privada, fue publicada en el perfil público de Don Marceliano, haciéndose visible para todas las personas «seguidoras» del perfil público de este. La prueba aportada solamente justifica que, efectivamente, Don Marceliano, mantuvo una conversación subida de tono con su actual pareja y que esa conversación queda guardada en su cuenta de *Facebook*, por lo que su ex pareja, conociendo la contraseña pudo haber tenido acceso a ella, pero este documento, no justifica que dicha conversación se hiciera pública, ni mucho menos que la conversación aportada como prueba fuera la supuesta conversación publicada.

3.6. De la solicitud de archivo y sobreseimiento del procedimiento, y de la relación del proceso con el pacto de Relaciones Familiares

Lo cierto es que, como se ha comentado, la prueba documental que pretende demostrar los hechos alegados, consistente en una conversación privada mantenida vía *Facebook Messenger*, carece por sí misma de una validez y credibilidad razonables, y no desvirtúan la presunción de inocencia de la acusada. Por ello, la defensa letrada de Doña Ruth, dirigió un escrito al Juzgado en el que se interesaba el archivo y sobreseimiento de las diligencias, puesto que pese a las averiguaciones realizadas hasta el momento, no se había podido acreditar los hechos denunciados por Don Marceliano, «al no resultar ciertos».

Se admite de nuevo que Doña Ruth era conocedora de las claves de la cuenta de *Facebook*, pues esta fue abierta conjuntamente para promocionar la actividad laboral de Don Marceliano.

Este hecho, es evidentemente conocido, dado que no solo no ha sido negado, sino que se presume cierto, por cuanto el denunciante manifiesta desde el principio que sabe que Doña Ruth conoce sus claves, y más aún cuando este le pedía a la madre de su hijo, que accediera para mostrarle sus videos, única finalidad para la cual la denunciada ha accedido a esta cuenta.

Por otra parte, resulta extraño y contradictorio que Don Marceliano indique que hace mucho tiempo que nota actividad inusual en su cuenta, y ni siquiera se molestó en cambiar su contraseña, sabiendo perfectamente que Doña Ruth conocía la misma, por lo que de no haber querido que su ex pareja no accediera a su cuenta, la habría cambiado hace tiempo.

Como conclusión, se hace referencia a los motivos espurios por los que Don Marceliano, formuló la denuncia, y que nada tienen que ver con los hechos que se le imputan a Doña Ruth. Don Marceliano, nunca ha pedido judicialmente la custodia del menor a Doña Ruth, y los problemas judiciales a los que él alude, han sido como consecuencia de las comunicaciones efectuadas en más de una ocasión por la pediatra del menor a su madre, por haber detectado indicios de supuestos malos tratos psicológicos al menor por parte del padre.

Por último, se hace referencia, a que Doña Ruth ha recibido por medio de *Wathsapp*, una propuesta del denunciante, por la cual se le comunica que si acepta voluntariamente una custodia compartida, retirará la denuncia penal. La defensa, en el mismo escrito, se pone a disposición del Juzgado para que señale día y hora a fin de que la denunciada comparezca con su dispositivo móvil y proceda el Sr. Letrado de la Administración de Justicia a cotejar su contenido desde el propio dispositivo móvil, con la transcripción que se aportará en papel de dicho *whatsapp*,

levantándose acta por la que se deje constancia que dicha documental es fiel reflejo del contenido de dicha conversación.

Por estar pendientes de practicarse todavía diligencias de instrucción, se dicta providencia en la que se resuelve que no procede el archivo de las actuaciones. No obstante, se señala día y hora para el cotejo del mensaje en el móvil con la transcripción aportada. En esta efectivamente se acredita la existencia del siguiente mensaje (sic): *«Si cambiamos el convenio a custodia compartida quito la denuncia y leo va al San Gregorio. Nuestro hijo se merece lo mejor de una vez y todo esto no es lo mejor»*.

De lo anterior se extiende Acta firmada por el Letrado de la Administración de Justicia, estando presentes en dicho acto de cotejo los abogados de Defensa y Acusación.

3.7. De la declaración testifical de las alumnas

Pese a que como se ha dicho, la prueba documental consistente en una copia (sin cotejar) aportada por la Acusación, tiene una validez escasa por sí sola (en opinión del que suscribe), lo cierto es que si dicha conversación, concordará indudablemente con lo declarado por las dos alumnas (a las que el denunciante hace mención desde el primer momento), daría un extra de verosimilitud y credibilidad a la prueba aportada por la acusación, pero sin llegar a ser prueba de cargo suficiente que desvirtúe la presunción de inocencia de Doña Ruth. Aún así, las declaraciones testificales, no son para nada concluyentes en ningún sentido.

De la comparecencia de la primera alumna se extrae lo siguiente (sic):

- «Que recuerda insultos y una conversación larga»
- «Solo vio la conversación no fotos de chicas en ese momento»
- «No recuerda más concretamente el contenido pero que parecía muy fuerte un chat interno entre ellos pero no puede concretar, que no se acuerda»
- «Que la conversación era con quien parecía ser su pareja»
- «Solo lo vio porque le saltó al estar conectada. No se mete de propio»
- «Nunca ha visto fotos inapropiadas en ese *Facebook*»

En cuanto a la declaración testifical de la segunda alumna podemos concluir:

- «Que estaba en clase con Don Marceliano, en el momento en el que llamó la otra alumna, preguntándole si estaba, el profesor, conectado con el móvil, y advirtiéndole de que estaban colgando en su *Facebook*, lo que recuerda como una discusión con cosas confusas, y subida de tono, desagradable»
- «Que no suele acceder a la página de Don Marceliano, y que no ha visto nunca fotos de fiestas ni de chicas»

De la práctica de esta testifical, podemos dar como probado, que efectivamente, un día a finales de enero, mientras el profesor se encontraba dando clase, alguien accedió a su perfil de *Facebook* y colgó una conversación privada, desagradable, subida de tono y confusa.

IV. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

Del conjunto de las diligencias de instrucción, encaminadas a esclarecer los hechos acaecidos, podemos concluir que han sido demostrados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

- Que Doña Ruth, desde la creación de la cuenta de *Facebook*, ha dispuesto y sigue disponiendo de la contraseña de acceso a dicha cuenta, con el conocimiento expreso de Don Marceliano, el cual incluso le pedía que accediera a la misma en compañía de su hijo en común.
- Que la actual pareja de Doña Ruth, Don Félix, nada sabía de la cuenta ni de los accesos de su pareja a la misma.
- Que en el periodo comprendido entre Septiembre de 2015 y Enero de 2016, Doña Ruth, ha accedido en cientos de ocasiones a la cuenta de *Facebook* de Don Marceliano, llegando a colgar, sobre las 21,00 horas del día 22 de enero de 2016, en el perfil público de este, una conversación privada mantenida con una tercera persona. Según la declaración de las dos testigos, se trataba de una conversación larga, subida de tono, con la que parecía ser su pareja. Ambas testigos niegan haber visto nunca (tampoco ese día) fotos de mujeres exuberantes en el perfil de la red social.

Los anteriores hechos son jurídicamente relevantes, y suscitan nuevas cuestiones que resolver en el procedimiento.

El hecho de que Doña Ruth conociera las claves desde el momento de creación de la cuenta con el conocimiento del denunciante, y este no haya modificado las claves, pasados años desde su ruptura, tiene relevancia jurídica en relación con el cumplimiento del tipo penal de revelación de secretos, como se verá con mayor

detenimiento en el apartado siguiente, pues no debería tener la consideración de «secreto», aquello que ni siquiera se ha pretendido ocultar.

Por otro lado, las cientos de ocasiones en las que Doña Ruth accedió a la cuenta de Don Marceliano, tal y como ha quedado demostrado con la información remitida por los prestadores de servicios de telecomunicaciones, hacen poco creíble la versión de esta. El propio Juez, en los Antecedentes de Hecho del Auto por medio del cual, se da traslado a las partes para que formulen sus escritos de defensa y acusación, contempla que la versión exculpatoria de la investigada, para justificar los accesos relacionados con el hijo, queda desvirtuada por lo reiterado de los mismos.

En cuanto a Don Félix, actual pareja de Doña Ruth. Su relación con los hechos no ha sido demostrada, cuya consecuencia jurídica no puede ser otra que el sobreseimiento provisional, conforme a los artículos 641.1¹⁹ y 779.1.1^{a20} de la LECr.

Por lo que se refiere a la problemática entre acusador y defendida relativa a la custodia de su hijo en común, su Señoría, pone de manifiesto que los indicios sobre la realidad de los hechos relatados en relación a la existencia de algún tipo de conflicto en el marco de las relaciones familiares entre denunciada y denunciante, no han sido desvirtuados por Don Marceliano, después de que se hayan aportado por la Defensa, los mensajes en los que el denunciante sugiere que *«si cambiamos el convenio a custodia compartida quito la denuncia (...)»*, habiendo sido cotejados por el Letrado de la Administración de Justicia. Como se verá, este hecho, no tiene porque ser necesariamente relevante desde el punto de vista jurídico, a la hora de

¹⁹ Artículo 641.1: *“Procederá el sobreseimiento provisional: Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa”*.

²⁰ Artículo 779.1.1ª: *“Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo”*.

considerar los hechos realizados por Doña Ruth como penalmente relevantes, pues son independientes el uno del otro. Cosa distinta, es que de manera independiente, el mensaje enviado por Don Marceliano, por sí mismo, hubiera podido ser empleado para hacer entender al juez que todo el proceso seguido contra Doña Ruth, no tenía otro objetivo que el de conseguir la custodia compartida, desvirtuando por completo la función del proceso penal, que solo habría servido como medio para cumplir sus pretensiones espurias.

Podría ser usado a nuestro favor como un elemento de peso a la hora de negociar una solución extrajudicial del asunto, teniendo en cuenta que en los delitos comprendidos en el Capítulo I, del Título X, relativos al descubrimiento y revelación de secretos, el perdón del ofendido²¹, y la retirada de denuncia, extingue la acción penal (artículo 201.3 del CP). Se estudiará con más detenimiento en el apartado correspondiente.

Por último, en relación con el relato fáctico, queda pendiente el asunto de la validez o credibilidad como prueba, del documento aportado por la acusación, por el cual se pretende hacer creer que fue esa la conversación supuestamente “subida” al perfil público de la red social *Facebook*. En mi opinión, y como ya he comentado en el apartado correspondiente, este documento carece de validez probatoria, por cuanto no deja de ser un documento fácilmente modificable, que ni siquiera ha sido cotejado por el Letrado de la Administración de Justicia, y el cual refleja una conversación de un chat interno de *Facebook*, sin aportar prueba ni indicio alguno de que sea precisamente esa, la conversación que supuestamente fue publicada por Doña Ruth sin el consentimiento del denunciante. De la misma manera que se han realizado comprobaciones técnicas en relación con las direcciones IP desde las cuales se accedió a la cuenta de Don Marceliano, podrían haberse propuesto este tipo de periciales para recuperar la conversación que fue efectivamente publicada, o como mínimo, mostrársela a las dos testigos que alertaron sobre su publicación, para confirmar que se trata de la conversación publicada.

²¹ En este sentido Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.S., *Derecho Penal parte general*, Valencia, 1999. p. 953.

Lo cierto es que en este caso, la defensa letrada de Doña Ruth, no recurrió la prueba aportada, ni sembró la duda sobre su validez, o manipulación por parte de la acusación, quizás porque intuían o tenían la certeza de la veracidad de la misma.

V. NORMATIVA APLICABLE

Además de los ya citados²² artículos 588bis b, 588ter j), y 588ter k) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la solicitud de las direcciones IP, información protegida por el Derecho Fundamental de Secreto de las Comunicaciones, y otros de carácter jurídico-formal/procesal (analizados pormenorizadamente en apartados anteriores), en el presente epígrafe, van a ser reseñados y comentados brevemente los textos legales y artículos de aplicación jurídico-materiales, a los hechos objeto del presente dictamen, prestando especial atención al fondo de la cuestión.

Para comenzar, los actos que se le imputan a Doña Ruth y que ha sido minuciosamente analizados, fueron encuadrados en los escritos de calificación provisional, por Ministerio Fiscal y Acusación Particular, como constitutivos de los siguientes ilícitos penales:

- Por parte de la Acusación Particular: Delito de Descubrimiento y Revelación de Secretos en su modalidad informática tipificado en el **artículo 197.2 del Código Penal**²³. Por el mismo, se le impondría a la acusada, una pena de tres años y seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el

²² Ver notas nº 13, 16 y 17.

²³ Artículo 197.2: “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y al pago de las costas.

- Por parte del Ministerio Fiscal: Delito Continuado de Descubrimiento y Revelación de Secretos, tipificado en los artículos 197.2, 197.3²⁴ y 197.4²⁵ in fine, del Código Penal, así como el **artículo 74**²⁶ en lo relativo al Delito Continuado. Por ello, procedería imponer a la encausada la pena de CINCO AÑOS de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, además de asumir las costas procesales.

En virtud de sendos escritos de las acusaciones pública y particular, el Juzgado de Instrucción, decretó la apertura de Juicio Oral, siguiéndose los tramites del Procedimiento Abreviado²⁷, teniendo por acusada a Doña Ruth por un supuesto delito continuado de revelación de secretos y contra la libertad informática, cuyo tipo básico está regulado en el artículo 197.2 CP.

²⁴ Artículo 197.3: “*Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior*”.

²⁵ Artículo 197.4: “*Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior*”.

²⁶ Artículo 74.1: “*No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior*”.

²⁷ En referencia al Procedimiento Abreviado se pronuncia el Artículo 757 LECr: “*Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración*”.

Del Principio Acusatorio. - En primer lugar, voy a tratar el artículo 197, apartados 2, 3 y 4 del Código Penal, por cuanto serán los preceptos en virtud de los cuales podrá ser condenada Doña Ruth. Ello es así en aplicación de uno de los principios inspiradores del proceso penal: el denominado principio acusatorio.

El principio acusatorio ha sido definido por la doctrina²⁸, como aquel axioma según el cual el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal, en la determinación del objeto del proceso y en la aportación de hechos y pruebas de los mismos. Este principio queda recogido en el artículo 118 de la LECr. que exige que inmediatamente después de que se realice una acusación a través de la correspondiente denuncia o querella criminal se ponga en conocimiento del denunciado o querellado. Este principio ha sido desarrollado por amplia jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo²⁹ como del Tribunal Constitucional³⁰. En virtud de este principio:

- Doña Ruth no podrá ser condenada por hechos distintos a los probados y por los que se la acusa.
- Según la doctrina del TS no se le podrá imponer una pena superior a la mayor solicitada por las acusaciones: en este caso, CINCO AÑOS, correspondientes a la pena solicitada por el Ministerio Fiscal.

²⁸ Montero Aroca, J./ Gomez Colomer, J.L./ Montón Redondo, A. / Barona Villar, S., *Derecho jurisdiccional III – Proceso Penal*, 13ªEd, Valencia, 2004, p. 36.

²⁹ Entre otras: STS 159/2007 de 21 de febrero, la STS 424/2007 de 18 de mayo o la STS 20/2007 de 22 de enero.

³⁰ En referencia al artículo 24 de la CE la STC 53/1989, de 22 de febrero.

- La acusada no podrá ser condenada por delito distinto al atribuido por las acusaciones en sus conclusiones definitivas, que no necesariamente tienen porque corresponderse con las provisionales.

En atención a lo anterior, solamente podrá ser condenada a un máximo de 5 años de prisión, por los hechos probados en la fase de instrucción más los que se aleguen en el Juicio Oral, (siempre que no hayan podido ser presentados con anterioridad, que sean relevantes y que se respete el principio de contradicción e igualdad entre las partes), y por ser estos constitutivos de un delito tipificado como tal en el artículo 197.2, 197.3 y 197.4 del CP³¹.

Tanto Ministerio Fiscal, como Acusación Particular, encuadran los hechos que han sido ampliamente comentados con anterioridad, en el precepto 197 transcrito. Concretamente, el Ministerio Fiscal lo califica como un «delito continuado» debido a la reiteración de accesos a la cuenta.

A continuación, vamos a analizar, cuales son los requisitos necesarios para que se cumpla el hecho típico de las diferentes modalidades delictivas contempladas en el artículo 197 y siguientes del CP, y posteriormente, comprobaremos si efectivamente nuestro supuesto de hecho encaja en alguno de los tipos.

Como pequeña introducción, cabe mencionar que el artículo en cuestión, consta de dos hechos típicos diferenciados, considerados de manera individual como básicos (los recogidos en los ordinales 1º y 2º), y un tipo agravado (ordinal 3º) aplicable a cualquiera de las dos conductas anteriores, cuando los secretos o datos descubiertos, sean hechos públicos.

³¹ Ver notas nº 24, 25 y 26.

Del tipo básico del artículo 197.1: Delitos contra la intimidad. El descubrimiento de secretos.- Vamos a prestar atención, en primer lugar es el artículo 197.1³² del CP. Pese a que hemos visto que en sus conclusiones provisionales, ni Ministerio Fiscal, ni Acusación Particular acusan por este precepto, sino que acuden al tipo específico del art. 197.2, que será debidamente estudiado en el siguiente epígrafe, lo cierto es que en las conclusiones definitivas se podrían calificar los hechos como constitutivos del tipo básico previsto en el apartado primero del artículo 197, y por ello requiere nuestra atención.

En mi opinión, el objeto sobre el que recae la acción cometida por Ruth (conversación privada que se almacena en la cuenta de *Facebook*), tendría más similitudes con lo dispuesto en este artículo («*papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos*»), que con «datos de carácter personal almacenados en ficheros automatizados» a los que se refiere el supuesto de hecho del artículo 197.2. Aún así, Ministerio Fiscal y Acusación Particular, prefieren acusar por el ordinal segundo.

Pese a que el objeto podría encajar en el precepto indicado, lo cierto es que el resto de los elementos del tipo no se cumplirían.

Primeramente, hay un elemento subjetivo (dolo) fundamental e inexorablemente unido al tipo, que requiere «intención de descubrir o vulnerar la intimidad del otro», lo cual no puede darse en nuestro supuesto, dado que Doña Ruth accede a la cuenta

³² Artículo 197.1: «1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.»

con el consentimiento de Don Marceliano, y en presencia de su hijo, por lo que si en ella se encuentra algún secreto (en este caso una conversación de carácter privado), faltaría este elemento intencional, que haría la conducta atípica.

Además, este consentimiento excluye la aplicación del tipo también porque no se puede considerar como una intromisión en la intimidad de la víctima, si este permite el acceso a esa información.

Del tipo básico del artículo 197.2: El delito contra la libertad informática o “habeas data”.- Otro precepto en el que nos vamos a detener, en el tipo básico contemplado en el punto segundo del artículo 197 del CP³³, referido al descubrimiento y revelación de secretos cuando los datos descubiertos y revelados se encuentran en un soporte electrónico, delito cuya comisión se le imputa a Doña Ruth.

Según el tenor literal del precepto, se castigará la conducta de quien, *sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. La acción descrita plantea varias cuestiones:

³³ Ver nota nº 24.

- El concepto de «*datos reservados de carácter personal*», objeto sobre el que la acción descrita recae, son definidos en la LOPD³⁴ como aquellos concernientes a personas físicas perfectamente identificadas o identificables. Hay que excluir de estos datos del tipo básico los especialmente sensibles que son objeto de tratamiento en los tipos agravados.
- Se requiere que la acción sea «en perjuicio de tercero o del titular de los datos». Con esta formulación, parece que el legislador ha querido referirse a que «el tercero» sería el titular del registro que fuera distinto al titular de los datos contenidos en él.
- Los datos tienen que estar alojados en determinados soportes materiales de carácter electrónico como son ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, de esa misma naturaleza electrónica.
- Por último, el sujeto activo ha de cometer los hechos sin autorización, es decir, habrá que estar a la regulación de acceso a los datos según el supuesto y soporte de que se trate, debiéndose tener en cuenta en todo caso la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La propia LOPD, en su artículo segundo, apartado segundo³⁵, establece que *el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la*

³⁴ Vid. Artículo 3 de Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

³⁵ Artículo 2.2 LOPD: “*El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas*”.

presente Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. (...).

Quedaría excluido por lo tanto del concepto de jurídico de *dato de carácter personal* la conversación supuestamente publicada, y no le sería de aplicación el artículo 197.2 que aquí se estudia, por cuanto no nos encontramos ante un fichero de almacenamiento de datos protegido por la legislación de Protección de Datos y además por tratarse el encargado de mantener los datos que en él se contienen, de una Persona Física en ejercicio de sus actividades personales.

La STS 40/2016, de 3 de febrero³⁶, reitera la doctrina jurisprudencial consolidada³⁷, pronunciándose sobre el artículo 197.2, en su Fundamento de Derecho segundo, el cual transcribo por su claridad y relevancia en nuestro caso:

*«El delito del art. 197.2 del Código penal , delito contra la libertad informática o “habeas data” es un delito que atenta a la intimidad de las personas mediante una conducta típica que va referida a la realización de un uso ilegítimo de los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos. Se trata de datos reservados que pertenecen al titular pero que **no se encuentran en su ámbito de protección directo**, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, en archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc, de acuerdo a la*

³⁶ Rec: 943/2015, Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

³⁷ Entre otras: STS 1084/2010, de 9 de diciembre y STS 532/2015, de 23 de septiembre.

legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos.»

En este sentido, como ha destacado reiteradamente la doctrina de nuestro TC³⁸, el art. 18.4 CE, *«contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos (...). La libertad informática es así un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su intención.»*

Visto lo anterior, y como conclusión, el artículo 197.2 del CP es el tipo básico de los denominados delitos contra la libertad informática, es decir³⁹, *«los delitos que atacan contra la intimidad de las personas, haciendo uso ilegítimo de los datos personales insertos en un programa informático»* que pretenden salvaguardar la libertad informática o *«habeas data»*. Tal y como señala la jurisprudencia reseñada, los elementos del tipo delictivo que aquí se estudia, no concurrirían en el caso de Autos, puesto que la conversación publicada no puede considerarse como «datos reservados de carácter personal o familiar» en el sentido de que dicha conversación no se encuentra en un fichero automatizado, cuyo responsable es un tercero, sino

³⁸ Véase por todas: STC 292/2000, F.J. 5, ponente el magistrado Prof. Dr. Julio D. González Campos. Esta STC, que es básica para la definición constitucional de la libertad informática, fija el contenido y la función del derecho fundamental a la protección de datos en sus Fundamentos Jurídicos 6 y 7.

³⁹ Vid., entre otras, STS 18.2.1999, RJ/510, SSAP de Madrid, Secc. 15a , de 15.4.1999, ARP/1762, 19.6.1999, y ARP/3226

que se encuentra bajo la protección del propio perjudicado. Tampoco puede dársele la consideración de «secreta» a dicha conversación, ni se ha accedido a ella «sin autorización», puesto que como ha quedado más que demostrado, el titular de la cuenta, conocía que la encausada accedía frecuentemente a la cuenta con su hijo, y de no haber querido que lo hiciera, podría haber cambiado la contraseña, o haber borrado dicha conversación de carácter privado, en una cuenta que él mismo considera de carácter profesional.

Del tipo agravado del artículo 197.3: El delito de revelación de secretos.-

Aclarado el alcance del tipo básico, nos detendremos brevemente en el tipo agravado contemplado en el apartado tercero del art.197⁴⁰. Este ilícito penal, sanciona con penas de dos a cinco años al que realice la conducta de los artículos 197.1 y 2, y además publique, revele o ceda los «secretos» o «datos reservados de carácter personal» a terceros. El mayor desvalor de la acción radica en que el autor de la conducta típica, divulgue o publique los datos conseguidos sin autorización, lo que supone una mayor agresión al bien jurídico protegido: La intimidad personal y familiar.

Como dije, solamente en el caso de que se cumpliera lo contemplado en el art.197.2 (o en su caso, del artículo 197.1, por el que no se acusó a Doña Ruth), sería de aplicación este tipo más gravoso, por lo que entendiendo que no son, los hechos enjuiciados, constitutivos del tipo básico, tampoco lo serán del agravado.

Del artículo 201 CP: El perdón del ofendido.- Hecho el anterior inciso en el tipo agravado, continuamos con un artículo crucial para el planteamiento de las

⁴⁰ Ver nota nº 25.

opciones de defensa de la acusada, el artículo 201⁴¹ del Código Penal, apartados primero y tercero.

Este precepto faculta al agraviado, a diferencia de otros delitos de mayor gravedad, a otorgar el perdón al acusado, con la consecuencia directa de la extinción de la responsabilidad penal. Este perdón, deberá ponerse de manifiesto de forma expresa, y siempre con anterioridad a que se dicte Sentencia (art.130.1.5º)⁴².

Todo ello supone la legitimidad legal para comenzar una negociación entre las partes, paralela a la vía jurisdiccional. No se plantea, desde la defensa, que la extrajudicial sea la mejor salida para la acusada, pero la obligación del letrado es informar a su cliente de todas las opciones, entre la que se encuentra la vía de la negociación, o quizás el sometimiento a otro tipo de técnica ADR, como arbitraje o mediación.

En ocasiones, solicitar públicamente una disculpa al perjudicado, puede resultar más productivo y reconfortante para ambas partes, que un procedimiento largo y costoso, cuyas consecuencias drásticas dejan sin duda posiciones irreconciliables entre denunciante y denunciada, los cuales, recordemos, tienen un hijo en común.

⁴¹ Artículo 201: «1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. (...) 3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130.»

⁴² Art. 130.1.5º: “La responsabilidad criminal se extingue: (...) Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla”.

No es ingenuo pensar, que para el denunciante pueda ser mas reconfortante una solicitud pública de perdón, como vía de justicia restaurativa⁴³, frente a una sanción penal.

De la responsabilidad civil derivada del delito.- Para continuar con los preceptos jurídicos de aplicación a nuestro caso, no debemos olvidarnos por su relevancia en el asunto objeto de estudio, de los preceptos siguientes, relativos a la responsabilidad civil derivada del delito. Vayamos por partes.

En primer lugar, el artículo 109 del Código Penal⁴⁴ nos lleva a la conclusión de que aquel que cometa un hecho tipificado en la ley como delito, está obligado más allá de la responsabilidad criminal que sobre él recaiga, a resarcir a los eventuales perjudicados por sus actos.

Y en relación con el anterior precepto citado, el artículo 116.1 del Código Penal⁴⁵, el cual dispone que dicha responsabilidad derivada de los daños y perjuicios causados en la comisión de un ilícito penal, podrá exigirse en el mismo procedimiento criminal, o bien en pieza separada ante la Jurisdicción Civil.

⁴³ Definida por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas en el informe de la Reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa de 7 de enero de 2002, como “una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la “sanación” de la víctima, infractor y comunidad”.

⁴⁴ Artículo 109 CP: “1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.”

⁴⁵ Artículo 116.1 CP: “1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.”

Debería plantearse el asunto, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902⁴⁶ y siguientes del Código Civil, en concordancia con la jurisprudencia al respecto⁴⁷ que viene exigiendo los siguientes requisitos para el reconocimiento de tal responsabilidad:

1. Lesión o daño a tercero
2. Acción u omisión culpable o negligente por parte del que lo produce
3. Relación de causalidad entre esa conducta y el daño.

Por lo que habría que probar la relación de causalidad entre el hecho (colgar la conversación en internet) y el daño causado (moral: derecho al honor, económico: utilizaba la web como herramienta de trabajo).

De la suspensión de la ejecución de la pena.- Por último, el artículo 80.2 CP⁴⁸ es el que contempla el supuesto en el cual una persona penalmente responsable, y condenada en sentencia firme a una pena privativa de libertad, no llega a cumplir la misma, debido a que la ejecución de la condena queda suspendida. Para que el Juez tome esta medida de carácter excepcional, se deben cumplir los requisitos *sine qua non* contemplados en dicho precepto.

⁴⁶ Artículo 1902 CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

⁴⁷ Por todas STS de 11 de febrero de 1976.

⁴⁸ Artículo 80.2 CP: “*Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.*

2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Para que el Juez proceda a la suspensión de la ejecución de la pena es necesario, en primer lugar, que el condenado no haya delinquido con anterioridad. El segundo requisito es que la pena impuesta no sea superior a los dos años. Y por último, es necesario que haya satisfecho las cantidades cuyo pago se imponga en concepto de responsabilidad civil derivada del delito.

Si se cumplen estos requisitos, el Juez deberá proceder a suspender la ejecución de la pena, lo cual creo relevante a nuestros efectos, vistas las penas que se impondrían (de uno a cuatro años para el tipo básico), y a sabiendas de que Doña Ruth no tiene antecedentes penales, el del pago de la Responsabilidad Civil sería el único escollo para solicitar la suspensión de la ejecución, si hubiera una eventual condena.

VI. SOLUCIÓN ALTERNATIVA AL CONFLICTO

Como ya se ha planteado en el apartado anterior, dado el carácter de delito privado⁴⁹ del artículo 197, es potestad del ofendido otorgar el perdón al investigado, por lo que es posible la búsqueda de soluciones paralelas al proceso, menos lesivas para las partes.

En este sentido, los métodos denominados como ADR, por sus siglas en inglés (*Alternative Dispute Resolution*), son aquellos que pretenden buscar una solución alternativa al procedimiento judicial, para la resolución de conflictos.

Los métodos ADR, están en auge en los últimos tiempos, ya que en muchas ocasiones, y debido al coste del proceso, y a la lentitud de los tribunales, buscar la solución extrajudicial al conflicto puede resultar más rápido y económicamente más

⁴⁹ Vives Antón, T.S. – Cobo del Rosal, M., *Derecho Penal parte general*. Valencia, 1999, pag 954. Delito privado puesto que el bien jurídico protegido, la intimidad, consagrado en el artículo 18 de la constitución es *eminente individual*.

ventajoso. Además evita el enfrentamiento directo que en muchas ocasiones provoca el pleito, que deja siempre un escenario de vencedor y vencido, donde las relaciones posteriores entre los participantes suelen ser, como poco complicadas.

Las técnicas ADR más habituales y utilizadas son: el arbitraje, la mediación, la conciliación y la negociación. Pese a que no es nada habitual el uso de estas técnicas en el ámbito del Derecho Penal, por su carácter predominantemente indisponible, donde es el Estado el que ejerce su poder punitivo, hay ciertos tipos delictivos denominados privados, que son solo perseguibles a instancia de parte, y en los cuales, el perdón del ofendido extingue la acción penal. Este es el caso de los delitos recogidos en los artículos 197 y siguientes del CP, que estamos tratando en el presente dictamen, y que permiten la implementación de estas técnicas en el proceso penal.

Es el artículo 201.3 del CP, el que refiriéndose a los delitos previstos en el Capítulo I del Título X, del Libro II del Código Penal, relativos al descubrimiento y revelación de secretos, dispone que *el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal (...).*

En el supuesto que nos ocupa, hubiera sido posible valorar como una salida positiva la de la negociación paralela al proceso. Este tipo de medidas, deben contar siempre con el consentimiento de nuestro cliente, al que deberemos informar adecuadamente de las ventajas e inconvenientes, y manteniendo el contacto en la negociación en todo caso con el abogado contrario, nunca directamente con el cliente, tal y como indican las normas deontológicas de la abogacía.

Lo cierto es que la posibilidad de una condena de hasta 5 años de prisión es un elemento de presión elevado sobre cualquier persona. Incluso si nosotros como abogados, vistos los preceptos y razonamientos jurídicos expuestos, consideramos que una condena de este tipo es improbable, la realidad es que la posibilidad de una pena privativa de libertad, tiene mucho peso en el cliente, al que quizás interese la búsqueda de una salida pactada, asegurando así su libertad.

Partiendo de la base de que difícilmente el agraviado va a conceder el perdón a nuestra clienta, simplemente por que esta le pida disculpas públicamente, deberemos ser conscientes de cuales son los elementos negociadores en este caso, a favor de Doña Ruth. Podemos considerar los siguientes:

El primero, la custodia del hijo. Como se ha visto durante la exposición del relato fáctico, el denunciante y padre condicionó la retirada de la denuncia a la modificación del Pacto de Relaciones Familiares, pidiendo expresamente la custodia compartida. Probablemente Doña Ruth no quiera negociar en este sentido, pero en caso de que las circunstancias fueran muy desfavorables para ella, sería una solución que evitaría una eventual pena privativa de libertad (con las consecuencias jurídicas colaterales que un ingreso en prisión tendrían en el régimen de guardia y custodia del menor). En este caso concreto, las posibilidades de ingreso en prisión de Doña Ruth son bajas, por lo que no cedería ante las pretensiones de Don Marceliano de establecer un régimen de custodia compartida, aunque podrían negociarse otros extremos como el régimen de visitas, o similares.

Otro elemento de negociación por parte de Doña Ruth es el económico. La realidad de un pleito es siempre incierta, y pese a que denunciante y denunciada se crean con opciones de ganar, la realidad es que solo uno de los dos saldrá vencedor, con todas

las consecuencias. Independientemente de que nos encontremos o no con que los hechos son constitutivos de un delito, lo cierto es que en la esfera del derecho civil se provocó un daño a Don Marceliano por parte de Doña Ruth al publicar una conversación inapropiada en su perfil, el cual utiliza para colgar horarios de clase, o videos de actuaciones, y en definitiva, para promoción de su actividad profesional. La voluntad de reparar el daño causado, ya sea con algún tipo de comunicado público en el que Doña Ruth se disculpe, o bien mediante una compensación económica, hubiera podido ser otra eventual solución, que aleje el incierto proceso penal, siempre indeseable y más gravoso, y que además lleva consigo de igual manera un coste económico.

En definitiva, una negociación puede dar lugar a multitud de soluciones al conflicto, tan diferentes como sean las pretensiones reales de los intervinientes, que en última instancia son los que han de tomar la decisión.

VII. RESOLUCIÓN: SENTENCIA DE CONFORMIDAD

Finalmente, el procedimiento culminó con Sentencia de conformidad, dictada el 18 de septiembre de 2017. En ella, el Juzgado de lo Penal nº2 de Zaragoza, se pronuncio en los términos pactados previamente por las partes⁵⁰.

⁵⁰ FALLO: *QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A TAMARA RUIZ FUERTES como autora penalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto y penado en el art. 197.1 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y DOCE MESES MULTA con una cuota diaria de dos euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal (un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas) en caso de impago e insolvencia, así como al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular. Para el cumplimiento de la pena impuesta, abónesele en su caso el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa. Igualmente, aplíquese al pago de la multa la cantidad que ya está consignada en autos. Conforme a los arts. 80 y ss. del Código Penal, valorando los hechos, sus circunstancias personales y que hasta ahora carecía de antecedentes penales, se suspende por dos años la ejecución de la pena de prisión, quedando advertida conforme al art. 86 del Código Penal que se podrá revocar la suspensión y ordenar el ingreso en prisión si es condenada por delito cometido durante el plazo de suspensión.*

El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, previsto y penado en el **art. 197.1 del Código Penal**. Se consideró a Doña Ruth como responsable de dicho delito en concepto de autora, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que se pedía la imposición a la acusada de las penas de **un año de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y doce meses multa con una cuota diaria de dos euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago, y la asunción de las costas procesales.

En igual trámite, la acusación/es particular se adhirió a las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal.

Y por último, el Abogado de la acusada mostró su conformidad con la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, así como con la formulada por la acusación particular, conformidad que fue ratificada por la acusada.

El Fundamento Jurídico básico que permite dictar dicha Sentencia de Conformidad es el artículo 787.1 de la LECr⁵¹, que faculta a las partes para que, antes de la práctica de la prueba en el Juicio Oral y con la conformidad del acusado, soliciten al Juez que dicte sentencia igual a la mayor pena de las incluidas en el escrito de calificación presentado en ese acto, siempre que dicha pena, no sea superior a seis

⁵¹ Artículo 787: 1. *Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.*

años, y siempre que el Juez o Tribunal entienda que la calificación jurídica de los hechos es correcta, y que la pena es procedente según dicha calificación.

En la misma, se hace referencia también al ya citado artículo 116 y siguientes del Código Penal, relativos a la Responsabilidad Civil derivada de un delito, en virtud de los cuales se determina que el condenado en Sentencia Penal por unos hechos constitutivos de un ilícito criminal, será igualmente responsable por los daños y perjuicios causados en el ámbito civil.

A la vista de la Sentencia transcrita se concluye que en definitiva, la solución al proceso fue de algún modo negociada. Las partes, incluida la fiscalía, llegaron a un acuerdo, mediante el cual se condenaría a Doña Ruth a un año de prisión, y a todo lo demás incluido en el fallo.

Como se ha visto, Doña Ruth, finalmente decidió, para evitar una eventual pena privativa de libertad, asumir la pena, y admitir los hechos que en la Sentencia se incluyen.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

En el presente apartado se van a exponer los diferentes argumentos que la defensa, a la vista de las pruebas practicadas y de los Fundamentos Jurídicos de aplicación, pudo haber esgrimido en sus conclusiones definitivas, las cuales no llegaron a exponerse por el acuerdo alcanzado y materializado en la Sentencia de conformidad analizada. Asimismo, se valorará la solución finalmente alcanzada y se concluirá con una valoración personal del procedimiento estudiado.

En primer lugar, procedo a exponer las conclusiones definitivas, cuya base jurídica ya ha sido ampliamente desarrollada en el apartado correspondiente:

1.- DE LA INSUFICIENCIA PROBATORIA

Ha quedado acreditado que Doña Ruth accedió a la cuenta de Don Marceliano en «cientos de ocasiones» entre noviembre de 2015 y enero de 2016, llegando a publicar una conversación que constaba en el chat interno de la aplicación, con la que parecía ser su actual pareja. A tenor de la declaración de las alumnas, testigos de los hechos, puede concluirse que dicha conversación era de carácter privado, sin que se llegaran a aportar más datos en relación con esta.

A la vista de lo anterior, la única prueba aportada que pretende acreditar la publicación de dicha conversación es un simple documento impreso, cuya procedencia afirma el denunciante que es el chat privado de su perfil de *Facebook*, en el cual no constan ni siquiera los nombres de los partícipes de dicha conversación, que no ha sido cotejada por el Secretario Judicial y que tampoco ha sido presentada a las testigos para que confirmen o desmientan que efectivamente aquel dialogo fue el que se hizo público.

En este mismo sentido, la parte acusadora, con el fin de acreditar los hechos fehacientemente, pudo haber propuesto algún tipo de pericial al respecto, tal y como sucedió al verificar la procedencia física de las direcciones IP, lo cual no se llevó a efecto. Este tipo de comprobaciones son técnicamente posibles y, además, hubieran permitido confirmar que la conversación que se presentó fue realmente extraída del perfil de *Facebook* del denunciante y hecha pública en el mismo. Pese a todos estos despropósitos, el Juez instructor admitió dicha prueba.

La especial atención prestada a esta prueba, se debe a su importancia trascendental a la hora de la calificar jurídicamente los hechos. Esto es así debido a que no tendría la misma relevancia jurídico penal el hecho de que la investigada hubiera publicado una conversación privada y real del denunciante, a que Doña Ruth, con ánimo de causar un mal a Don Marceliano, publicase una conversación totalmente falsa e inventada por ella. Este último supuesto no sería penalmente relevante, al menos a efectos del artículo 197 del CP, quedando los hechos en todo caso para su enjuiciamiento en la esfera del Derecho Civil.

Por lo tanto, considero que no ha quedado acreditado que Doña Ruth publicará dicha conversación, a falta de una prueba contundente que de verosimilitud al hecho que se pretende acreditar. Prueba, que pudo pedirse y practicarse en su momento y que, sin embargo, no se propuso. La falta de prueba de cargo suficiente que desvirtuó la presunción de inocencia de la acusada, la existencia de una duda de tal magnitud sobre el relato fáctico y, a colación de lo anterior, el principio penal de “*in dubio pro reo*”, implican como consecuencia directa la libre absolución de la acusada.

2.- DE LA FALTA DE TIPICIDAD

En sí mismos, los argumentos anteriores excluyen cualquier responsabilidad penal por falta de prueba, pero la realidad es que si se analizan detalladamente los hechos imputados tampoco es posible encuadrarlos en ninguno de los tipos básicos del artículo 197.1 y 2., por falta de tipicidad en los hechos. Estos preceptos exigen para considerar la conducta como penalmente relevante, lo siguiente:

Falta de autorización o consentimiento. La realidad del caso es que el agraviado y denunciante conocía perfectamente que la ahora acusada accedía a la cuenta de *Facebook*, en la cual se produjo la conversación supuestamente publicada. Es más, la contraseña de acceso a dicha cuenta nunca fue modificada desde la creación de la misma. Estos hechos suponen por sí solos, cuando menos, una autorización o consentimiento tácito para acceder a dicha cuenta. Pero lo cierto es que, además, el denunciante no solo conocía o podía suponer que su expareja accedía a su cuenta, sino que él mismo le pedía a esta que entrara con su hijo en común, para enseñarle sus videos. No hay razón, por lo tanto, para considerar a los datos, imágenes, videos o conversaciones contenidas en dicha cuenta como «secreto», concepto jurídico indeterminado ya analizado, contemplado en el ordinal primero del artículo 197, y que requiere ocultamiento por parte del titular del mismo. Ocultamiento que no se produjo y que podría haber gestionado el titular de la cuenta con una acción tan sencilla como cambiar la contraseña de acceso o bien eliminar la conversación. Además, tal y como el denunciante en repetidas ocasiones manifiesta, el uso de esa cuenta es de carácter profesional, lo que no concuerda con el tipo de conversación de carácter personal e íntimo que allí se encontró Doña Ruth y que supuestamente publicó.

Como consecuencia de este permiso expreso para acceder a la cuenta, la acción realizada por Doña Ruth quedaría fuera del ámbito de aplicación del tipo objetivo, que exige expresamente que esta sea cometida sin el consentimiento de aquel cuyo secreto se pretende descubrir.

Por otro lado, **el objeto** sobre el que debería recaer la acción típica son los «**datos reservados de carácter personal o familiar**» fórmula utilizada en el apartado segundo del artículo 197. Dejando a un lado que no ha sido suficientemente

acreditado que la conversación aportada sea la efectivamente publicada, tampoco esta debería ser considerada como «dato reservado de carácter personal o familiar» a efectos de la LOPD, puesto que no se encuentra en un fichero automatizado cuyo responsable es un tercero, sino que se encuentra bajo la protección del propio perjudicado, tal y como establecen la doctrina y la jurisprudencia.

En definitiva y por lo expuesto, no puede entenderse que la conversación supuestamente publicada en el caso de autos tenga la consideración de «datos de carácter personal», ni tampoco de «secreto», objetos sobre los que recaen las acciones tipificadas en los supuestos del artículo 197.1 y 2.

Por los motivos señalados, no cabe considerar a la acción descrita como típica, al no darse los elementos del tipo objetivo contemplados en el artículo 197.1 y 2 del CP.

Tampoco se cumpliría **el elemento subjetivo** o dolo que este delito requiere, consistente en la intencionalidad del reo de descubrir secretos o violar la intimidad personal de la víctima. No puede considerarse que Doña Ruth tuviera intención de descubrir secretos ya que siempre ha conocido las claves y ha reconocido los accesos consentidos a la cuenta, en ocasiones en presencia de su hijo. Doña Ruth ha actuado siempre con el conocimiento de que su conducta era permitida por el titular de la cuenta y con la convicción de que no ha realizando ninguna acción reprochable.

El sujeto cuya intimidad ha sido supuestamente violada sabía de los innumerables accesos a su cuenta y de que su ex pareja conocía las claves de la misma, por lo tanto, en caso de que nos encontráramos ante «datos de carácter personal» (que no es el caso), la conducta de Doña Ruth que se cuestiona tampoco estaría cumpliendo el elemento subjetivo de lo injusto, pues su intención no sería en ningún momento

violar la intimidad personal de Don Marceliano, ya que se entiende que si este permite el acceso, nada de lo que allí se va a encontrar tendrá para ella el carácter de secreto, máxime cuando Don Marceliano es el titular de lo que allí se contiene, y además según palabras de este, es una cuenta de carácter profesional.

Por todo lo anterior, Doña Ruth debería ser absuelta de los cargos que se le imputan por ser la conducta atípica a efectos penales.

3.- DEL INTERÉS ESPURIO EN LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA

Lo que el acusado pretende con el presente procedimiento penal no es sino tener un elemento de presión con el que negociar las condiciones relativas al Pacto de Relaciones Familiares y, más concretamente a la custodia de su hijo. Ha quedado acreditado que Don Marceliano envió un mensaje a Doña Ruth en el transcurso de este procedimiento, en el cual le sugería que si se modificaba el Convenio a la modalidad de custodia compartida, retiraría la denuncia.

Cabría alegar que todo el procedimiento no es sino el medio de presión que el denunciante tiene frente a la acusada a los efectos anteriores, ya que vistos los razonamientos jurídicos tiene pocas posibilidades de condena. Esta actitud reprochable, es la instrumentalización de un procedimiento cuyo fin no es la búsqueda de justicia ni el resarcimiento de un daño, sino ejercer un mal sobre Doña Ruth, para forzarla a negociar sobre la custodia.

4.- DE LA NO RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ACUSADA

Los artículos 109, 110 y 116 del CP, analizados en los Fundamentos Jurídicos, establecen que aquellos que sean criminalmente responsables de un delito lo serán también civilmente por los daños y perjuicios que se hubieran causado.

Siguiendo con el razonamiento jurídico expuesto, no cabría apreciar en este caso por responsabilidad civil derivada del delito al no encontrarnos ante hechos delictivos, por lo que la cuestión civil debería dirimirse en su correspondiente procedimiento.

Por lo que en definitiva, y por concluir la argumentación de las conclusiones finales de la defensa, Doña Ruth debería haber sido absuelta de todos los cargos que contra ella se mantenían por falta de prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia y por falta de tipicidad objetiva y subjetiva de los hechos enjuiciados en la esfera de los delitos contra la intimidad y, por ello, debería haber sido exonerada de la responsabilidad civil, al menos en el transcurso del procedimiento criminal.

La realidad de lo sucedido es bien distinta y la solución finalmente acordada, que se materializó en la Sentencia de conformidad, cuyas partes esenciales ya han sido transcritas en el apartado correspondiente, fue la de condenar a Doña Ruth por un delito del artículo 197.1 del CP, el tipo básico de descubrimiento y revelación de secretos, y por la pena mínima que para este se contempla, la de un año de prisión.

Sorprende que finalmente se decidiera acusar por este tipo delictivo del apartado primero del artículo 197, cuando, durante el procedimiento, la calificación jurídica de los hechos, por parte de acusación pública y particular, fue la del apartado

segundo, referido a la libertad informática o *Habeas Data*. Como ya se apuntó en el apartado de normativa aplicable, los hechos enjuiciados tenían mayor cabida en el tipo básico del artículo 197.1, por el que finalmente se condenó, que en el del 197.2 por el que se calificó en las conclusiones provisionales.

Pese a ello, con los hechos probados durante la fase de Instrucción, mi opinión es que la acusada tenía grandes posibilidades de salir absuelta. Como se ha explicado, aunque el objeto sobre el que recaiga la acción tenga un mayor encaje en este precepto, la realidad es que no se cumplen los elementos del tipo objetivo, por cuanto no puede considerarse secreto algo que no solo no ha sido ocultado, sino que el mismo perjudicado, Don Marceliano, ha propiciado, dado que él mismo era el que solicitaba a Doña Ruth que accediera a la cuenta con su hijo para ver sus actuaciones.

Aunque como se ha concluido, las posibilidades de Sentencia absolutoria eran muchas, la presión de una eventual condena superior a dos años de privación de libertad, con la consecuencia directa de entrada en prisión, llevaron a Doña Ruth a admitir los hechos y a ser condenada por el tipo delictivo básico del artículo 197.1 CP, y por la pena mínima de este (un año), para, de esta forma, poder proceder a la suspensión de la ejecución de la pena, que se decretó en la misma Sentencia, asegurándose así su libertad, al cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 80 y siguientes del CP.

En mi opinión, esta cuestión debería haberse tratado en la esfera del Derecho Civil, en relación con una agresión al derecho al honor de Don Marceliano y no en un juicio Penal, atendiendo a la «última ratio» de aplicación del sistema punitivo y la poca entidad de los hechos enjuiciados. En este sentido, la vulneración existente al

derecho al honor y a la propia imagen de Don Marceliano, queda fuera del ámbito de aplicación de los delitos relativos a la revelación de secretos y también de los delitos contra el honor (injurias y calumnias), pero podría ser objeto de una indemnización, por los daños y perjuicios causados, en un proceso civil.

Para finalizar este dictamen y como conclusión personal, me gustaría señalar que, el uso de las redes sociales con el ocultamiento y la actuación anónima que ofrecen, así como la facilidad de suplantar la identidad de un tercero y de cometer otros actos reprochables y castigados por nuestro ordenamiento jurídico como el que aquí se ha tratado, debe ser un asunto a estudiar y a tener muy en cuenta para los próximos años. El exponencial avance en su extensión afecta sobre todo a los más jóvenes que, en su ignorancia, pueden estar cometiendo hechos tipificados como delitos o bien meros ilícitos civiles en la esfera del derecho al honor sin ni siquiera saberlo.

Más allá de que unas conductas concretas sean consideradas como delito o no, el daño que se produce por la publicación de conversaciones privadas o imágenes y videos comprometidos, en un muro de *facebook* o en cualquier otra red social o plataforma de internet es difícilmente cuantificable, dada la velocidad a la que ese contenido se divulga y a la imposibilidad real de borrarlo. En palabras de la Sentencia dictada el pasado 6 de noviembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Sepúlveda, en la que se juzgaba a una concejal por llamar asesino y alegrarse de la muerte del torero Víctor Barrios, las redes sociales no pueden ser un «subterfugio donde todo cabe y todo vale» desde la creencia de estar «amparado, oculto o protegido» por un perfil social.

IX. INDICE DE ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

CC: Código Civil

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional