

DERECHO A LA INTIMIDAD Y OBTENCIÓN DE PRUEBAS: EL REGISTRO DE ORDENADORES (*INCOMING DE EMULE*) EN LA STC 173/2011

ANA RUIZ LEGAZPI

I. INTRODUCCIÓN. LAS DESCARGAS PEDÓFILAS DE *EMULE* ALMACENADAS EN UN ORDENADOR DESDE LA ÓPTICA DE LA INTIMIDAD.—II. LA VISIÓN DESDE EL TRIBUNAL DE Estrasburgo: 1. *Las limitaciones de derechos fundamentales: legalidad, legitimidad, previsibilidad*: a) Previsibilidad legal (legalidad). b) Finalidad legítima (legitimidad). c) La necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad). 2. *El papel del juez según el margen nacional de apreciación*.—III. EL CANON DE ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS LIMITACIONES DE LA PRIVACIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL: 1. *La falta de autorización judicial*. 2. *La proporcionalidad en términos de urgencia y necesidad*.—IV. UNA CONDENA ILEGAL POR DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL QUE EL TC NO AMPARA: LA STC 173/2011 A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.

I. INTRODUCCIÓN. LAS DESCARGAS PEDÓFILAS DE *EMULE* ALMACENADAS EN UN ORDENADOR DESDE LA ÓPTICA DE LA INTIMIDAD

Un condenado a cuatro años de prisión por distribuir pornografía infantil en la red, a través del programa *eMule*, recurre en amparo al Tribunal Constitucional al entender que había sido declarado culpable con una única prueba, a la que tacha de ilegal por haberse obtenido vulnerando su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

El recurrente había encargado en su día a un servicio técnico que le reparara su ordenador personal porque no funcionaba bien el sistema de grabación y no reproducía algunos archivos con contenido audiovisual. Dejó el portátil en manos de su informático de confianza, subrayando que no había establecido contraseña alguna de acceso. Cuando el experto se disponía a comprobar si la re-

paración se había culminado con éxito, abriendo, como disponen los protocolos al uso, los documentos más pesados, de mayor volumen de información (fotos, vídeos, etc.), descubre con asombro, por mera casualidad, que su cliente archiva material de pornografía infantil en la carpeta usualmente conocida como «Mis documentos».

Lo cual pone de inmediato en conocimiento de la policía especializada en delitos tecnológicos, entregándoles el ordenador y trasladándoles toda la información de la que dispone sobre su cliente; a quien, además, identifica por medio de una fotografía de entre las que le muestra la propia policía en una suerte de rueda de reconocimiento. La policía ya estaba tras su pista.

En ese mismo momento, los agentes encienden el ordenador y abren la carpeta «Mis documentos», comprobando el carácter pedófilo de los archivos descubiertos por el informático. Y prosiguen la indagación por su cuenta. Llegan, así, a la conocida como bandeja de descargas o bandeja *incoming* de *eMule*, uno de los más conocidos programas de intercambio de archivos *Peer to Peer*. Y allí constatan que el dueño del ordenador almacenaba mucho material de pornografía infantil que, a su vez, compartía con otros usuarios del mismo programa. Al día siguiente, detiene al sospechoso y lo pone a disposición judicial.

Subrayamos desde ahora la diferencia. Mientras que el material alojado en la carpeta de «Mis documentos» constituiría un delito de posesión de pornografía infantil, el albergado como descarga es compartido con otros usuarios y, en sentido jurídico, difundido, por lo que constituiría propiamente un delito más grave de distribución de pornografía infantil. De él fue acusado y por él fue condenado, tal como confirma el Tribunal Supremo en la casación que, precisamente, constituye el objeto del recurso en el caso de autos (1).

La actuación de la policía rastreando en busca de pruebas el ordenador personal del condenado, al margen de cualquier control judicial durante dos días, fue avalada por el Tribunal Constitucional, en la STC 173/2011, al desestimar el amparo a su intimidad que el condenado solicitaba.

En un sistema de protección de los derechos multinivel como el nuestro enjuiciaremos la cuestión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo

(1) Artículo 189.2 CP: «El que para su propio uso *posea* material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.» Ciertamente, la pena es muy superior (de uno a cinco años de prisión) para quien «produjere, vendiere, *distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare* la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido» (art. 189.1.b CP).

de Derechos Humanos sobre los límites que, en el curso de una investigación criminal, es legítimo imponer al derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio (2).

Analizaremos con detalle los argumentos jurídicos sobre los que el Tribunal fundamenta su decisión, poniéndolos en constante conexión con la jurisprudencia constitucional sobre la limitación de los derechos y, en particular, con su doctrina sobre las restricciones que se pueden derivar para la intimidad personal del curso de una investigación criminal (3).

Y todo ello para concluir que, *ex* artículo 10.2 CE, la STC 173/2011 avala una condena por un delito tan grave y deleznable como es la distribución de pornografía infantil, impuesta sobre la base de una prueba ilegal que debió excluirse del proceso, tal como manda la teoría del *árbol envenenado* plasmada en el artículo 11.1 LOPJ, pues se había obtenido quebrantando el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE (4) (2).

II. LA VISIÓN DESDE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el «derecho al respeto de la vida privada y familiar» (art. 8.1 CEDH) para a continuación establecer, sirviéndose de la llamada «técnica del segundo párrafo», los límites al derecho que acaba de formular.

Literalmente, aclara que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (art. 8.2 CEDH).

(2) Al definir como pruebas ilícitas las obtenidas «directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», el artículo 11.1 LOPJ atrae a nuestro ordenamiento la teoría del *árbol envenenado* que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido construyendo con los años, en cuya virtud se excluyen del proceso, además de las pruebas ilícitas, aquellas otras que mediata o indirectamente se deriven de ellas y que se reputan, por ello, contaminadas (*Caso Nardone vs. US*, 302 US 379, 1939). El alcance de la ilicitud envenenada no es, con todo, ilimitado. Las pruebas reflejas son aquellas obtenidas lícitamente pero con causa directa en otra que sí conculcó un derecho fundamental y, en este sentido, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ido perfilando los contornos de su teoría para darles entrada siempre que fueran obtenidas de forma independiente o su descubrimiento fuera inevitable, por ejemplo. Algo que, como veremos, no sucede en el caso a examen ahora.

1. *Las limitaciones de derechos fundamentales: legalidad, legitimidad, previsibilidad*

Si nos fijamos, las exigencias a la limitación del derecho se circunscriben a la previsibilidad legal, la finalidad legítima y la necesidad en una sociedad democrática. Entre ellas no encontramos la intervención judicial, que tampoco es directamente deducible de ningún otro precepto convencional (3).

Su legalidad, su legitimidad y su necesidad son, por lo demás, las condiciones impuestas con carácter general por el Convenio europeo para la limitación de cualquier derecho convencional (4), pues, salvo muy contadas excepciones, existe un catálogo —reproducido en todos y cada uno en los derechos— de finalidades legítimas, codificadas con la técnica del segundo párrafo, que unifica bajo esta tríada las pautas de restricción (5).

De ellas nos vamos a ocupar en las próximas líneas para, a continuación, deducir la doctrina jurisprudencial europea que hubiera sido aplicable, toda vez que Estrasburgo reconoce sin ambages que «la información derivada del seguimiento del uso personal de internet» se inserta en el ámbito protegido por el mencionado artículo 8 CEDH (por todas, STEDH *Copland c. Reino Unido*, de 3 de abril de 2007).

a) Previsibilidad legal (legalidad)

Sin reproducir los esfuerzos del Tribunal Europeo por definir un concepto de ley a los efectos de limitación o restricción de un derecho que fuera compatible con los diversos sistemas jurídicos que confluyen en el seno del Consejo de Europa, puede convenirse en la preferencia por una noción material que da

(3) Cuando el Convenio Europeo lo consideró necesario, incluyó una específica reserva jurisdiccional. Es el caso, por ejemplo, del artículo 5.3 CEDH, respecto del cual el TEDH ha afirmado en reiteradas ocasiones, con estas u otras palabras semejantes, que sólo una pronta intervención judicial puede proteger a los ciudadanos de la arbitrariedad del poder. STEDH *Dikme c. Turquía*, de 11 de julio de 2000.

(4) FREIXES SAN JUAN T., «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Los Derechos en Europa*, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), Madrid, 2001, págs. 446 y 453.

(5) SANTOLAYA MACHETTI, P., «Limitación a la aplicación de las restricciones de derechos: un genérico límite a los límites según su finalidad», *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P. (coords.), Madrid, 2005, pág. 758.

cabida a cualquier norma interna de un país miembro que cumpla con los requisitos de precisión, calidad y previsibilidad (6) (STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979).

La idea es que la restricción tenga base en las normas del Derecho interno, pero no en cualquier tipo de norma, sino en una que reúna tales garantías (STEDH *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, entre otras). Se trata, así, de una reserva normativa que en lugar de detenerse en la forma de la fuente incide en su contenido hasta el punto de abarcar la jurisprudencia de los tribunales. Y ello no sólo en los países *common law*, donde su posición en el sistema de fuentes puede considerarse preponderante (STEDH *Sunday Times*, pero también STEDH *Chapell c. Reino Unido*, de 30 de marzo de 1989) sino en otros países de tradición jurídica continental o *civil law*. La Corte considera, en efecto, que todas las ramas del Derecho positivo son, en buena parte, resultado de las resoluciones de jueces y tribunales, también en los países de tradición continental. Hasta el punto de que, si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia como fuente de Derecho interno, hubiera socavado el régimen jurídico de estos Estados casi tanto como lo habría hecho con el de países como el Reino Unido (STEDH *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988, o STEDH *Salabiaku c. Francia*, de 7 de octubre de 1988) (7).

Al contrario de lo que puede pensarse, el rol de la jurisprudencia en los países continentales no es sólo complementaria, para casos de insuficiencia de ley, sino que puede llegar a suplir la ausencia de ley escrita, en su sentido tradicional. En la STEDH *Malone c. Francia*, de 2 de agosto de 1984, o en las SSTEDH *Huvig y Krusling c. Francia*, ambas de 24 de abril de 1990, se resolvían, a la luz del artículo 8 CEDH, una serie de asuntos sobre interceptaciones telefónicas en el país fronterizo de reconocida cultura continental y, por ahora, nos interesa destacar que, en ellas, la Corte afirma que el requisito de que una ley lo regule «podría suplirse mediante una jurisprudencia sólida, que dotase de garantías la posible intervención telefónica».

Esta visión proteica de la jurisprudencia que la reivindica también cuando pueda nutrir carencias legales es, por lo demás, genéricamente aceptada por nuestro Tribunal Constitucional (STC 121/1998, de 15 de junio, entre otras), al hacer suya la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el conocido *caso Naseiro* (ATS de 18 de junio de 1992).

(6) COUSSIRAT-CORUSTERE, V., «Comentario al artículo 8», en *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, PETTITI, L. E.; DECAUX, E., e IMBERT, P. (ed.), París, 1995, pág. 323.

(7) VIDAL FUEYO, M.^a del C., *El juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales*, Granada, 2010, pág. 50.

Conviene tener presente, a su vez, que en el concepto de jurisprudencia cabe no sólo la propia de los jueces y tribunales ordinarios, sino, también, la que es fruto del ejercicio de la jurisdicción constitucional. Es importante retener que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional engrosa, así, la laxa noción de ley que emplea el Tribunal Europeo como sinónimo de norma jurídica rodeada de ciertas garantías (8).

b) Finalidad legítima (legitimidad)

La legitimidad de la restricción del derecho a la vida privada y familiar se salda con la persecución de un fin legítimo de los que expresamente consigna el artículo 8.2 CEDH cuando exige que la medida sea necesaria para «la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

Tanto la prevención del delito como la defensa del orden evocan los pilares de toda política criminal en las democracias modernas, razón por la cual se contemplan por el Convenio europeo con la amplitud justa para conferir un notable margen de apreciación nacional a los países. No es frecuente, en conclusión, que se rechace la legitimidad de una medida adoptada en el curso de una investigación criminal.

A menudo, la genérica «defensa del orden» se identifica clara y específicamente con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (9), sobre todo porque la «prevención del delito», prevista también por el artículo 8.2 CEDH, podría parecer que alude sólo a la faceta preventiva de la política criminal, dejando de lado la más puramente retributiva. Pero también hay veces en que, sin embargo, la Corte no considera necesario mencionar esta circunstancia expresamente (10).

Ciertamente, las divergencias entre los textos oficiales francés («la *défense de l'ordre et la prevention es infractions pénales*») e inglés («the prevention of disorder *or* crime») no ayudan. Al respecto, el TEDH ha declarado que la versión inglesa es más segura en este terreno (STEDH *Engel y otros c. Holanda*,

(8) MATIA PORTILLA, F. J., «Legislación, derechos fundamentales y proceso (comentario a la STC 49/99)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pág. 256.

(9) Entre otras muchas, STEDH *Mehemi c. Francia*, 26 de septiembre de 1997. A veces las finalidades legítimas se superponen, como sucede, por ejemplo, con los delitos de tráfico de drogas en que se suele invocar, también, la «protección de la salud», STEDH *Baghli c. Francia*, de 30 de noviembre de 1999.

(10) STEDH *Amrollahi c. Dinamarca*, de 11 de julio de 2002.

de 8 de junio de 1976), de modo que basta con perseguir la defensa del orden o la prevención del delito (los subrayados son nuestros), y tal vez por esta razón, cuando se acumulan una y otro, no siempre se explicitan.

Tampoco faltan casos en que se admite que el concepto «defensa del orden» puede subsumir de un modo u otro casi todas las demás finalidades legítimas previstas en el Convenio, y a las que en mayor o menor medida responde siempre la actuación de los poderes públicos, especialmente en el ámbito criminal, conformándose el TEDH con su invocación genérica (11).

De la preocupación en Europa por la ciberdelincuencia, y de su especial proyección en el ámbito de la pornografía infantil, dan cuenta varios instrumentos normativos y resoluciones de *indirizzo* político. Por citar sólo uno del ámbito que ahora nos atañe, puede mencionarse el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, aprobado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (ratificado por España). Sin confundir planos, pero relacionando dos espacios jurídicos llamados a interactuar (art. 6 TUE Lisboa), puede subrayarse, ahora en el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Sorprende, por ello, que ni uno ni otro instrumento jurídico sea incluido en el por lo demás extenso elenco de tratados internacionales y otras disposiciones meramente declarativas no vinculantes jurídicamente que enumera el Tribunal Constitucional (FJ 4). Hubieran sido de ayuda para contextualizar la decisión alcanzada en la STC 173/2011.

Pero volvamos a Estrasburgo. La Corte Europea comparte sensibilidad institucional por este tipo de conductas punibles, porque a su juicio «constituyen innegablemente un tipo odioso de perjuicio que debilita a las víctimas» frente a la cual, reconoce, «los niños y otras personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado» (entre otras, STEDH *Bouchacourt c. Francia*, de 17 de diciembre de 2009). Corresponde al margen nacional de apreciación la decisión sobre los instrumentos de protección, pero es claro que el Tribunal Europeo acoge de buen grado el uso del Derecho penal que castiga con penas situadas en las franjas altas de las gamas barajadas por los países (STEDH *Stubbings y otros c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1996).

En este sentido, sin decirlo expresamente sí ha dejado caer la conveniencia no sólo de tipificar como delito las conductas sexuales cuyos sujetos pasivos sean menores, sino, incluso, ha incluido en el deber de protección del Estado

(11) A pesar de que mediaba robo con violencia, en la STEDH *Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1981, se considera suficiente esta invocación sin precisar del Gobierno belga.

la efectividad de la investigación penal (STEDH *K.U. c. Finlandia*, de 2 de diciembre de 2008) (12).

c) La necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad)

La legalidad y la legitimidad son condiciones en cierto sentido fáciles de verificar. Basta comprobar si hay una ley que prevea el registro o la intervención, y si lo hace con suficiente claridad como para que el afectado pueda conocer de antemano los efectos. En principio, entonces, su adopción en el curso de una investigación criminal garantiza su finalidad legítima. En la inmensa mayoría de las ocasiones la cuestión girará, por tanto, en torno a la tercera condición, más compleja —y, si se quiere, valorativa—, que se verifica cuando la injerencia es «necesaria en una sociedad democrática».

Cuando el Convenio requiere que una determinada limitación o restricción de un derecho sea necesaria en una sociedad democrática exige, en otras palabras, que sea proporcionada al fin legítimo perseguido (13).

El test de la necesidad en una sociedad democrática actúa, así, en Estrasburgo como algo muy cercano al test de proporcionalidad que usualmente se conoce y aplica en los ordenamientos nacionales para enjuiciar las restricciones de derechos fundamentales en casos concretos (14). De modo que, con carácter general, el Tribunal de Estrasburgo considera cumplida esta condición siempre que la medida restrictiva responda a una necesidad social imperiosa y, sobre todo, si los medios empleados son proporcionales a los fines perseguidos.

La doctrina ha subrayado la creciente importancia del juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia europea a causa de la llamada «técnica del segundo párrafo» empleada en la redacción de los artículos 8 a 11. En todos estos preceptos convencionales, tras proclamar en el primer apartado el respectivo derecho a la vida privada y familiar (art. 8), a la libertad de conciencia y religión (art. 9), a la libertad de expresión (art. 10) y a la libertad de reunión y manifes-

(12) STEDH *K.U. c. Finlandia*: La normativa no obligaba al operador a facilitar la identidad del usuario que había colgado en Internet una imagen pornográfica de un niño de 12 años, cuyo derecho a la vida privada se estima vulnerado porque no se pudo procesar al responsable.

(13) EISEN, M. A., «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, PETTITI, L. E.; DECAUX, E., e IMBERT, P. (ed.), París, 1995, págs. 65 y sigs.

(14) RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, 2001, pág. 131, o CAMAZANO BRAGE, J., «Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, pág. 132.

tación (art. 11), se introducen a continuación, en un segundo apartado, y bajo una fórmula similar en todos los casos —la necesidad en una sociedad democrática—, los límites que los Estados pueden introducir de acuerdo con su margen de apreciación que, inevitablemente, debe ser juzgado por la Corte, caso a caso, siguiendo un criterio de proporcionalidad (15).

La ponderación medida entre, de un lado, el interés particular del detenido o sospechoso a que se respete su vida privada y familiar y, de otro, el interés general contrapuesto del Estado en defender el orden, bien para investigar y castigar delitos cometidos, bien para prevenir la comisión de otros en el futuro, bien para salvaguardar los derechos de terceros que, como los niños, pueden ser especialmente vulnerables. En relación con lo cual, lógicamente, el carácter delictivo de la conducta de la persona afectada por la restricción no es en absoluto irrelevante en la balanza, pues «el contexto y el comportamiento de la víctima (de la injerencia en su intimidad) juegan un rol determinante en la apreciación de la licitud de la injerencia» (16).

Aunque no lo justifican todo. La necesidad en una sociedad democrática significa que la necesidad ha de ser imperiosa y la respuesta proporcionada a la finalidad perseguida. Así, en primer lugar, aunque para el TEDH el término «necesario» no han sido siempre sinónimo de indispensable, a partir del STEDH *Gillow c. Reino Unido*, de 24 de noviembre de 1986, sienta la idea de que la necesidad implica esta exigencia o demanda social imperiosa, importante, que ha de ser argumentada por la autoridad pertinente.

Nadie puede dudar de que la pornografía infantil concita un severísimo reproche social. Ni tampoco nadie puede cuestionarse la alarma que genera el uso perverso de Internet para consumirla, producirla y distribuirla sirviéndose del anonimato (recuérdese, entre otras, STEDH *Bouchacourt c. Francia*). El reclamo social o la alarma ciudadana no bastan por sí mismos, en cambio, para justificar cualquier medida.

En este orden de ideas, la Corte Europea ha establecido que la buena fe no es suficiente para justificar medidas de este calado y que no basta, desde luego, con que sean ventajosas (STEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre 1976), ni tampoco, por supuesto, es de recibo considerar necesarias medidas de esta índole sólo porque sean útiles u oportunas (STEDH *Young, James y Webster c. Reino Unido*, 13 de agosto de 1981).

(15) MARTENS, P., «L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité», *Présence du Droit Public et des Droits de l'Homme. Mélanges*, VELU, J. (ed.), Bruselas, 1992, págs. 49 y sigs.

(16) COUSSIRAT-CORUSTERE, V., «Comentario al artículo 8», *op. cit.*, pág. 339.

La necesidad es, sin duda, un test de control más severo (STEDH *Dugdeon c. Reino Unido*) cuyo rigor se modula en función de la propia naturaleza del derecho afectado, de las actividades en juego y de la finalidad de la restricción. Tratándose de la intimidad protegida por el derecho a la vida privada, las razones deben ser particularmente importantes y proporcionadas al fin perseguido (en el sentido de no infligir un daño superior al que exige la realización de un justo equilibrio entre los diversos intereses en conflicto) (17).

2. *El papel del juez según cada margen nacional de apreciación*

Tanto la intervención judicial misma como su intensidad (excepciones) son condiciones jurídicas que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta sólo en la medida que lo haga la normativa nacional. La decisión sobre el papel del juez en las limitaciones de los derechos se deja así en manos de los Estados, que lo regularán (o no) como un elemento propio y característico de su Derecho interno. La reserva de jurisdicción forma parte, en fin, del llamado «margen nacional de apreciación».

Así, cuando, tal como entiende nuestro Tribunal Constitucional (STC 173/2011, FJ 4), el Tribunal Europeo afirma «los registros del PC y las incautaciones deben, por regla general, llevarse a cabo en virtud de una orden judicial»,

(17) Otros pronunciamientos posteriores relativos al derecho a la vida privada consolidaron la postura que abanderó en otro terreno la STEDH *Young, James y Webster*. En la STEDH *Uzun c. Alemania*, de 2 de septiembre de 2010, cuando se consideró vulnerado el derecho de una persona sujeta a seguimiento policial por GPS en el curso de la investigación de varios asesinatos que se atribuía una organización terrorista. En consecuencia, este tipo de tratamiento indiscriminado de información privada que hace posible tales instrumentos de navegación, así como la que profieren algunos motores de búsqueda en Internet, o incluso las técnicas de seguimiento que pueden hacer los agentes de seguridad por cámaras a través de un circuito cerrado de televisión, suele considerarse demasiado invasivo, demasiado dañino en contraste con los beneficios que genera (STEDH *Herbez y Asociación «Liga de los Derechos Humanos» c. Bélgica*, 14 de enero de 1998). Por no mencionar el sonado caso resuelto en la STEDH *Liberty y otros c. Reino Unido*, 1 de julio de 2008, sobre el programa de vigilancia general de las comunicaciones fijado por el Ministerio de Defensa inglés, que afectaba a un número indeterminado pero amplísimo de personas, cuya proporcionalidad fue descartada de plano en Estrasburgo por su exageración desmedida, por la falta de adecuación, entre medios y fines. En la STEDH *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987, por su parte, la inclusión en un registro especial de las informaciones «sensibles» que afectaban al personal de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se consideró adecuada a la finalidad de seguridad nacional perseguida sólo porque incluían una serie de cautelas que impedían encontrar otra forma de conseguir el mismo fin con método menos gravosos para los policías que quisieran promocionarse profesionalmente.

debe advertirse de que es porque el Derecho penal procesal del país en liza así lo preveía (STEDH *Stefanov c Bulgaria*, de 22 de mayo de 2008).

El aviso trata de solventar un error en que el Tribunal Constitucional parece incurrir y que puede generar dudas sobre la posición del juez en estos casos. En efecto, lo que afirma en realidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que «*de acuerdo con el CCP* [acrónimo de las singlas en inglés de Código Procesal Criminal] los registros y las incautaciones deben, por regla general, llevarse a cabo en virtud de una orden judicial» (el subrayado es nuestro) (18).

Con todo, una intrascendente confusión entre el significado del acrónimo CCP (Código Procesal Criminal, en inglés) con PC (*Personal Computer* genéricamente usado para denominar a los ordenadores) no puede poner en duda el conocimiento que nuestro Tribunal Constitucional tenga sobre el papel que, según la Corte europea, desempeña el juez en las limitaciones de derechos y, en concreto, no cuestiona que nuestro Juez Constitucional es consciente de su dependencia del margen nacional de apreciación del que dispone cada país (19).

En efecto, en otros tantos supuestos, la Corte ha admitido limitaciones del derecho a la vida privada, en el curso de una investigación criminal, sin autorización judicial previa, porque las leyes aplicables del país así lo contemplaban. De entre los casos que pueden citarse, es emblemática la STDHE *Murray c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 1994. Se enjuiciaba un registro, en Irlanda del Norte, sin orden judicial, al no requerirlo la legislación interna, sin que se apreciara violación del artículo 8 CEDH en el hecho de que la policía retuviera algunos objetos personales (fotografías) de la detenida, porque atendió a la gravedad del delito que se estaba investigando y reconoció la necesidad de medidas efectivas para la prevención del terrorismo, en cuyo diseño los Estados democráticos gozan de un amplio margen de apreciación (20).

Suele destacarse que a diferencia de lo que sucede con los Tribunales Constitucionales nacionales, pero de manera equivalente a lo que a ellos les pasa con la deferencia al legislador democrático, el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

(18) «[...] that under the CCP searches and seizures must, as a rule, be carried out pursuant to a judicial warrant (see paragraph 22 above)» (la traducción es nuestra).

(19) La sentencia en inglés dice «[...] that under the CCP searches and seizures must, as a rule, be carried out pursuant to a judicial warrant (see paragraph 22 above)»; donde nuestro TC entiende «los registros del PC y las incautaciones deben, por regla general, llevarse a cabo en virtud de una orden judicial» en vez de, el más apropiado, «de acuerdo con el CCP [acrónimo de las singlas en inglés de Código Procesal Criminal] los registros y las incautaciones deben, por regla general, llevarse a cabo en virtud de una orden judicial» (el subrayado y traducción son nuestras).

(20) VARONA MARTÍNEZ, G., «Derecho al respeto a la vida privada y familiar: inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones», *Aplicación de la normativa antiterrorista*, DE LA CUESTA, J. L., y MUÑAGORRI, I., País Vasco, 2009, pág. 32.

manos está condicionado, a la hora de enjuiciar la proporcionalidad de una medida, por la gran importancia que reviste el «margen de apreciación nacional». Con él se confiere a los Estados un espacio propio de decisión a la hora de ponderar las limitaciones necesarias a los derechos para cumplir con las finalidades legítimas a las que orienten sus políticas. En el caso de la política criminal, ese espacio permite a los Estados articular las exigencias de intervención judicial en las medidas limitativas de derechos acordadas en la fase de investigación.

Se admite de modo pacífico que la doctrina del margen de apreciación, pese a no mencionarse en el Convenio, fue acuñada por la Corte Europea de Derechos Humanos para tratar de garantizar la aplicación de las normas convencionales en países de tradiciones jurídicas diversas (21). Pensemos, por ejemplo, en el distinto papel que, en función del país que tomemos como referencia, pueden desempeñar el juez o el fiscal, el representante del Ministerio Público en la investigación criminal en relación, también, con las garantías de los derechos fundamentales. El centro de gravedad de la doctrina del margen nacional de apreciación se sustenta por ello sobre el tendencial respeto a la interpretación efectuada en cada uno de los ordenamientos nacionales cuando dotan de un significado concreto a los límites que, de acuerdo con el Convenio Europeo, habilitan a restringir los mismos derechos que protege. Esto es, cuando, en esencia, interpretan la necesidad para una sociedad democrática de una determinada medida limitativa de un derecho convencional.

En su origen, la doctrina del margen de apreciación nace apegada a la cláusula extraordinaria de suspensión de derechos «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación» recogida en el artículo 15 CEDH porque históricamente se vinculó a la necesidad de otorgar a los Estados un amplio ámbito de reacción de cara a la restricción de derechos, precisamente, para impedir que, ante situaciones de naturaleza tan excepcional, los Estados tuvieran tentaciones de abandonar el marco del Convenio de Roma si se topaban con controles muy rígidos sobre las limitaciones de derechos (22).

(21) YUROV, H. Ch., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights jurisprudence*, La Haya-Boston-Londres, 1996, pág. 14, o GARCÍA ROCA, J., «Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?», *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coords.), Madrid, 2009, pág. 24.

(22) MORRISON, C., «Margin of appreciation in European human rights law», *Revue des Droits de l'Homme*, núm. 6, 1973, pág. 284, y O'DONNELL, «The margin of Appreciation doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 1982, pág. 478.

En el fondo, era una válvula de seguridad, de salvaguarda, de los derechos convencionales, para preservarlos también en tiempos de dificultad, acomodando a los Estados en el marco del Convenio al permitirles graduar la intensidad de su compromiso respecto a las obligaciones de él derivadas. Pronto se extendió, sin embargo, a las restricciones de derechos acaecidas en situaciones de normalidad democrática. Momento a partir del cual empieza a operar en relación con la exigencia convencional, presente tanto en el artículo 8 CEDH como en otros derechos, relativa a que la limitación o restricción de un determinado derecho sea necesaria en una sociedad democrática (23).

El juicio sobre la necesidad de la limitación en una sociedad democrática se convierte, así, en el mecanismo a través del cual el Tribunal Europeo controla que los Estados no utilicen su margen de apreciación más allá de lo que es permitido por el Convenio. Que actúen con proporción. En otras palabras, el juicio de proporcionalidad es el canon de enjuiciamiento de los límites a los derechos por excelencia y, a través de él, la Corte Europea puede controlar el margen de libre valoración de los Estados sobre ciertas políticas públicas restrictivas de los derechos convencionales, entre las que sin ningún género de duda se incluye la política criminal.

Así que, paradójicamente, el carácter preceptivo o no de la intervención judicial y, en su caso, las excepciones a la regla general, se resuelven por la ley de cada país. Esto significa, a su vez, que, cuando se exige, la autorización judicial es un requisito que forma parte del Derecho interno aplicable, convirtiéndose por la vía de la ley aplicable (previsibilidad legal) en parámetro de enjuiciamiento de la convencionalidad del registro o inspección limitativa del derecho a la vida privada.

La autorización judicial se erige, por tanto, en condición de legitimidad convencional, incorporándose a los cánones de enjuiciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sólo cuando lo prevé la ley interna. De modo que, cuando así se establezca, el cumplimiento de esta condición se verifica por medio del requisito previsto especialmente para analizar la legalidad vigente, esto es, por vía de la previsibilidad legal.

Nótese, además, que el incumplimiento de un requisito exigido por la ley interna que regula el registro, la inspección o cualquier otra medida limitativa del derecho a la vida privada, supone automáticamente, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vulneración del propio artículo 8 CEDH: por todas, STEDH *Perry c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2003.

(23) RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, 2001, pág. 129.

III. EL CANON DE ENJUICIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS LIMITACIONES DE LA PRIVACIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El Tribunal Constitucional no duda ni por un momento de que «el ordenador personal es un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal» (FJ 3), situándolo como objeto del artículo 18.1 CE que, como es sabido, garantiza, entre otros, «el derecho a la intimidad personal y familiar».

El ordenador se trata, así, como un todo físico sin considerar por separado ninguna de las aplicaciones informáticas en él instaladas. Ni siquiera de las que interactúan en Internet. En este sentido, y cabe destacarlo, no hace cuestión específica de la plataforma de intercambio de archivos (*Peer to Peer*) en que consiste *eMule*. Tratándose de una novedosa fórmula de comunicación de contenidos, podría pensarse en el juego de algún otro derecho fundamental como, singularmente, el que salvaguarda las comunicaciones consagrando su carácter secreto (art. 18.3 CE). No es algo que se pregunte el Tribunal, porque probablemente tiene claro que, al no haber en estas plataformas un destinatario delimitado ni tampoco, en puridad, un emisor, no puede activarse la eficacia de esta garantía formal que protege, en esencia, el canal de comunicación entre uno y otro. Por más que la invocación de la doctrina que ve en el secreto de las comunicaciones una garantía de la libertad de la comunicación pueda ser tentadora en un espacio como es el virtual, conquistado como ningún otro hasta ahora por la bandera de la libertad (24).

Lo cierto es que, en la línea esgrimida por los recurrentes, la STC 173/2011 sitúa desde el principio el conflicto en el marco de la afectación al derecho constitucional contemplado en el artículo 18.1 CE, cuya legitimidad es resuelta

(24) Señala la carencia, COTINO HUESO, L., «Resumen y comentario STC 173/2011, de 7 de noviembre, registro policial de ordenador sin orden judicial», disponible en www.cotino.net. La doctrina que se ha dedicado monográficamente a su estudio proclama la extensión del ámbito de protección del artículo 18.3 CE a las comunicaciones efectuadas a través de Internet (emails, chats, etc.), aunque advirtiendo que han de excluirse aquellas que, como las que tienen lugar en un sistema de intercambio de archivos, presentan un carácter abierto. ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid, 2007, pág. 16. Además de *Facebook*, *Twitter* y otras redes sociales, *eMule* y los programas de archivos de este tipo serían abarcados, según creemos, por esta categoría que sólo abriría paso para la protección que, en su caso, pueda brindar la intimidad, cuando el contenido sea privado, en relación también con el comportamiento del usuario cuando colgó la información en red. En estos entornos, junto con la intimidad, el derecho al respeto a la propiedad intelectual [art. 20.1.b) CE] es, notoriamente, un asunto de la máxima actualidad e interés constitucional que, evidentemente, no podemos tratar aquí.

por el Alto Tribunal acudiendo a su doctrina jurisprudencial sobre el acceso al «espacio resguardado de la curiosidad ajena» en que consiste la intimidad o privacidad por aquél protegida.

La consagración constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar a través de la fórmula impersonal propia de las declaraciones generales («Se garantiza...») impide conocer a partir de la letra misma de la Constitución los requisitos que se necesitan para penetrar el entorno privado que protege. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la inviolabilidad del domicilio, tras cuya proclamación el mismo artículo 18.2 CE aclara que sólo por consentimiento del titular o por resolución judicial podrá entrarse en él (además, claro, de por delito flagrante). O también con el artículo 18.3 CE, cuando reserva al juez la interceptación de las comunicaciones.

En su condición de superior intérprete de la norma jurídica suprema el Tribunal Constitucional ha aplicado su doctrina sobre los límites a los derechos fundamentales para exigir consentimiento del titular del derecho o, en su defecto, autorización judicial (por todas, SSTC 37/1989, FJ8; 57/1994, FJ 5, o 207/1996, FJ 3) (25).

No plantea ninguna duda sería el consentimiento que el dueño presta al informático cuando le hace entrega de su ordenador para que lo repare, manifestándole en voz alta que carece de contraseña. La teoría de los márgenes de disponibilidad de los derechos fundamentales y su falta de carácter absoluto está en la base del razonamiento —impecable— del Tribunal Constitucional para avalar su actuación, incluida la denuncia a la policía del material pedófilo con el que se había topado realizando su trabajo (STC 173/2011, FJ 5) (26). Tampoco puede dudarse de que, una vez que el informático pone en manos de la autoridad el ordenador, el consentimiento deja de surtir efectos, al romperse el ligamen entre la finalidad para la que se consiente la intromisión y la información personal con ella obtenida (STC 173/2011, FJ 6).

La voluntad del dueño del ordenador se vincula indefectiblemente a la finalidad de que sea reparado y no ampara a la policía, ni cuando abre la carpeta

(25) Vid. MIERES MIERES, L. J., *Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Pamplona, 2002.

(26) A juicio de la mayoría (STC 173/2011, FJ 4), se trata de un consentimiento expreso manifestado por medio de una declaración de voluntad concluyente. En opinión de la Magistrada D.^a Elisa Pérez Vera, quien formula voto particular discrepando del fallo y de buena parte de los argumentos que lo sustentan, se trata sólo de un consentimiento tácito (no expreso manifestado por actos concluyentes) que de todos modos permite considerar autorizada la conducta del informático, pues, lo que no se puede dudar es que el recurrente consintió al informático el acceso a los documentos pedófilos.

de «Mis documentos», ni cuando va más allá que el propio informático y se adentra en la bandeja «*incoming/eMule*». Estima el Juez Constitucional, con razón, que lo contrario «significaría asignar a un acto concreto de autorización una eficacia *erga omnes* y temporalmente indeterminada» incompatible «con los márgenes de disponibilidad de los derechos fundamentales, basados en la voluntad del titular y cuyo alcance sólo a él le corresponde delimitar» (STC 173/2011, FJ 6) (27).

Especial referencia a la autorización judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional

Sin consentimiento válido, nos interesa especialmente la eventual reserva jurisdiccional. No sólo porque eleva las exigencias para limitar derechos impuestas *a priori* en el ámbito del Convenio de Roma sino porque, una vez fortalecido así derecho, la garantía adicional viaja hasta Estrasburgo integrando el concepto de previsibilidad legal de su restricción.

No hay derechos fundamentales absolutos y todos deben ponderarse, caso a caso, con otros derechos, intereses y bienes constitucionalmente protegidos. El derecho a la intimidad no es, por supuesto, ninguna excepción a tan consolidada jurisprudencia constitucional. Hay que asumir que, aunque la Constitución no lo prevea expresamente, siempre cabe su sacrificio legítimo cuando se respetan los requisitos que proporcionan una justificación objetiva y razonable.

En palabras del Tribunal Constitucional (STC 173/2011, FJ 2), estos requisitos son los siguientes: «la existencia de un *fin* constitucionalmente legítimo; que

(27) Las redes *Peer to Peer* de intercambio de archivos como desde la que el condenado se había descargado el material pedófilo plantean un debate interesante en relación, precisamente, con el consentimiento. Y es que, a través de *eMule*, este usuario estaba consintiendo el acceso a tales los archivos por otros usuarios (y recordemos que esta circunstancia es lo que motiva la condena por distribución de pornografía infantil y no sólo por tenencia). El Alto Tribunal escapa de la tentación de considerar esta puesta a disposición de los demás usuarios como un consentimiento genérico o universal, como una autorización amplia a acceder a este contenido compartido, porque, en efecto, además de que su descarga sólo es factible para otros usuarios que tengan instalada la misma aplicación, lo cierto es que la policía sólo tiene conocimiento del uso de lo que el sospechoso guardaba en este programa una vez que hubo accedido a él.

Una cuestión mucho más discutible es el juego de la voluntad en la subsunción de la acción de compartir archivos en el tipo que castiga la acción de distribuir que efectúa, por ejemplo, la STS 739/2008, de 12 de noviembre, que llega a apreciar culpabilidad en quien se descargó un archivo sin conocer su contenido pedófilo, a pesar de que lo borró en cuanto se percató; y todo porque, durante los días que el archivo permaneció entre las descargas sin que el usuario reparara en él, era compartido con otros usuarios y, por tanto, distribuido.

la medida limitativa del derecho esté *prevista en la ley* (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante *resolución judicial* motivada [...] y, finalmente, la estricta observancia del *principio de proporcionalidad*» (las cursivas son nuestras).

La concurrencia de una *finalidad constitucional* como el «interés público propio de la investigación de un delito» es tan elocuente que al Tribunal Constitucional le basta un párrafo para acreditarla (STC 173/2011, FJ 2).

Emplea algo más de espacio para analizar la más cuestionable *habilitación legal* que amparaba la actuación policial. En primer lugar, invoca el artículo 282 LECrim que, con carácter genérico, consigna la obligación de la policía judicial de averiguar los delitos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. El Tribunal supera el escollo de una redacción legal laxa (28) integrándola con la jurisprudencia acuñada en otras ocasiones: evoca literalmente la STC 79/2002, FJ 10, en la que, en efecto, se consideró que tal precepto suministraba una *habilitación legal* bastante para que la policía pudiera «practicar la injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención».

Al margen de que el afectado no estaba todavía detenido en el momento en que la policía registra su ordenador, lo cierto es que el Tribunal Constitucional nutre la *habilitación* que puede conferir en este punto la LECrim con otros preceptos, de similar tenor genérico por lo demás: artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

De su conjunción termina por extraer una *habilitación específica* que facultaría a la policía para practicar las diligencias que sean necesarias para averiguar el delito y descubrir el delincuente, que pueden consistir, de acuerdo con su jurisprudencia, en el examen o acceso al contenido de los instrumentos o efectos de que se trate (el ordenador en nuestro caso) y, en concreto, a los documentos o papeles que se le ocupen (los archivos) al *detenido* (STC 70/2002, FJ 10, entre otras). El subrayado es nuestro porque, aunque sin polemizar sobre esta doctrina del Tribunal Constitucional, dictada en principio para las diligencias que practica

(28) Cuya autoría se debe a la redacción que le brindó la Ley 38/2002, de 24 de octubre: artículo 282 LECrim. «La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial».

la policía con presencia del detenido, sí se echa en falta una argumentación más detenida del Alto Tribunal para justificar su traslación a un caso como éste.

Sin llegar a reprochar la insuficiencia de la previsión legal con la contundencia con la que lo hace el voto particular, sí compartimos, con la mayoría de la doctrina, la percepción deficitaria de las habilitaciones legales para las intervenciones corporales, inspecciones y registros que suministra una ley del proceso penal muy antigua, y demasiado parcheada (29).

En este contexto, ayuda a comprender mejor el sentido y el alcance de esta jurisprudencia constitucional sobre el caso en examen que la habilitación legal se circunscriba, según las palabras del propio Tribunal, a «un primer análisis» o «un análisis preliminar» del soporte de la información personal. Sólo se permite que la policía pueda comprobar si concurren los elementos mínimos que sirven para justificar la investigación del delito propiamente dicha, bajo la ineludible dirección del juez de instrucción, a quien el artículo 87.1 LOPJ reserva tal potestad en exclusiva.

De modo que, con independencia de que podía ser esperable un mayor esfuerzo de fundamentación a la hora de validar la suficiencia de la ley en la que la policía se basa en sus indagaciones (art. 282 LECrim y conexos), creemos que, tal como vimos, es constitucionalmente posible integrar una interpretación en favor de la habilitación legal prevista para un mero análisis preliminar, en el sentido de la previsibilidad y claridad legal que exige Estrasburgo (30). De modo que la cuestión más polémica del caso es, como adelantamos, la falta de *intervención judicial*.

1. *La falta de autorización judicial*

A diferencia de lo que sucede con otros derechos, incluido alguno tan significativo, por pertenecer a la misma familia, como el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 y 3 CE), en los que se reserva enfáticamente al juez la decisión de la interceptación de las comunicaciones o la entrada y registro en domicilio, no se establece ninguna reserva jurisdiccional en favor del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

(29) Más recientemente, véase el interesante relato de PÉREZ GIL, J., «Los datos sobre la localización geográfica en la investigación penal», en *Protección de datos y proceso penal*, Pedraz Penalva, E (coord.), Madrid, 2010, pág. 309.

(30) En opinión de SAIZ ARNAIZ, A., ¿Se puede entrar en un ordenador personal sin autorización?, *Legaltoday*, 18 de enero de 2012 nos encontramos, en todo caso, lejos de los estándares de regulación precisa requeridos en Estrasburgo.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, hizo extensivo el monopolio del juez al derecho a la intimidad, al menos para las afectaciones que puedan acaecer en el curso de una investigación criminal (por citar algunas: SSTC 37/1989, 207/1996, 70/2002 ó 206/2007).

La postura del superior intérprete de la Constitución confluye así con la comprensión que las constituciones modernas tienen del poder judicial, del juez, como garante de la libertad, y en tal sentido, como único (o al menos principal) sujeto legitimado para autorizar injerencias de los derechos (31).

La ausencia constitucional de reserva jurisdiccional facilita, no obstante, que se articulen algunas excepciones a su poder omnímodo. Así, se ha reconocido que el silencio constitucional permite que la ley habilite a la policía judicial para realizar aquellas inspecciones o reconocimientos menos invasivos para la intimidad (en su sentido personal pero también en el corporal) contemplándolo siempre, eso sí, como excepción a la regla general de la preceptiva intervención del juez (STC 207/1996, FJ 4).

Pensemos, con todo, que el Tribunal Constitucional no se muestra muy proclive a ensanchar el perímetro de las excepciones, pues, aunque admite en términos teóricos la posibilidad de que la policía judicial sea autorizada por la ley para que realice determinadas intervenciones leves (STC 37/1989, FJ 8), en la práctica es muy riguroso con los requisitos que ha de reunir a su habilitación legal para que sea considerada legítima, en sintonía con la sólida jurisprudencia de Estrasburgo al respecto (STC 207/1996, FJ 5).

De hecho, el Juez Constitucional tardó algunos años más en admitir la otra excepción a la autorización judicial previa, que sigue siendo la regla de las limitaciones al derecho a la intimidad personal *ex* artículo 18.1 CE. No fue hasta la STC 70/2002 cuando reconoció que la «regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas inculpativas. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad» (FJ 10).

Esta sentencia es, justamente, el precedente invocado por el propio Tribunal Constitucional en el caso que comentamos, de modo que, en la STC 173/2011, se consolida su doctrina por él mismo denominada de la «urgencia y necesidad» (FJ 2). La necesidad de una intervención policial inmediata, siempre que a su vez sea proporcionada, es, de acuerdo con estas sentencias, un supuesto habilitante para que la policía adopte medidas que afecten a la intimidad de la persona

(31) RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Madrid, 1993, págs. 179 y sigs.

investigada por la comisión de un delito, sin necesidad de obtener autorización judicial previa (32).

2. *La proporcionalidad en términos de urgencia y necesidad*

Se trata de una doble condición: urgencia y necesidad. Y, así como la primera mide la actuación de la policía con indicadores temporales (inmediatez), la segunda conduce de lleno al latente principio de proporcionalidad, pues tampoco podemos olvidarnos de que éste último nace precisamente como técnica de control de los poderes discrecionales de la policía. Todo ello teniendo en cuenta además que la valoración de la urgencia y la necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante*, y ha de poder controlarse *ex post* judicialmente (STC 79/2002, FJ 10).

Urgencia

La urgencia, decíamos, alude a una dimensión temporal de la actuación policial que le obligaría a actuar inmediatamente por razones imprescindibles para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias (SSTC 70/2002, FJ 10, y 207/2007, FJ 8).

La policía, en otras palabras, sólo está autorizada a intervenir por sí misma, de manera inmediata, sobre el espacio de intimidad de los sospechosos cuando, de no hacerlo, de esperar a la decisión del juez, pueda comprometerse el *ius puniendi* del Estado al frustrarse el buen fin de la investigación penal (por la destrucción o por la desaparición de las pruebas, sobre todo si son determinantes, o por la huida a la acción de la Justicia de los posibles sospechosos).

En el caso que comentamos, el Tribunal tiene muy en cuenta que «el ordenador, no sólo es el medio a través del cual se comete la infracción, sino fundamentalmente la pieza de convicción esencial y el objeto de prueba». Y, al no estar detenido en aquél momento su dueño, ve razonable «evitar la even-

(32) La «acreditadas razones de urgencia y necesidad» y que «se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad» son a su vez los parámetros que exige el TC para admitir intervenciones sin autorización judicial fuera del ámbito de la investigación criminal, como sucedió en el caso examinado en la STC 233/2005 en que se enjuició, avalándola, una inspección tributaria que se consideraba invasiva de la intimidad de los afectados por haber requerido de sus bancos datos sobre cheques emitidos y destino de las cantidades libradas.

tualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la “nube” de internet». A su vez, destaca como digno de mención, «que se comprobara con la conveniente premura la posibilidad de que existiesen otros partícipes, máxime en este caso en que se utilizó una aplicación informática que permite el intercambio de archivos» o, yendo más allá, «que, incluso, detrás del material pedófilo descubierto, pudieran esconderse unos abusos a menores que habrían de acreditarse». Todo lo cual se afirma en el párrafo más decisivo de nuestra sentencia (STC 173/2011, FJ 10).

Anotamos ya una duda, también subrayada en el Voto particular. Y es que cualquier usuario informático básico tendrá dificultades para alcanzar a comprender, por ejemplo, cómo pueden borrarse ficheros ilícitos de un ordenador como aquél, monitorizado en todo momento por encontrarse físicamente en manos de la unidad de delitos informáticos, que perfectamente podía conjurar el temido riesgo de la destrucción de archivos por técnicas remotas en red, por ejemplo, no conectándolo a internet (33). Tampoco se entiende muy bien cómo puede invocar el Tribunal el riesgo de que se use la plataforma de intercambios de archivos *eMule* para avisar a otros posibles partícipes cuándo lo que se enjuicia es, justamente, el indebido acceso mismo a ese programa de archivos, a la carpeta de *incoming* de ese programa informático, en el ordenador del usuario. Y todo ello porque estas acciones superan el concepto del mero análisis preliminar al que se ha de limitar la indagación policial en estos casos, de acuerdo con la ley (art. 282 LECrim) pues, como se recordará, el informático había descubierto el material en otro espacio físico del ordenador, la carpeta «Mis documentos», que, insistimos, sin conexión no es técnicamente posible borrar salvo en el propio ordenador.

Necesidad

Con su necesidad, el Tribunal Constitucional reivindica que la afectación del derecho a la intimidad sea proporcionada, que se amolde al test de proporcionalidad al que suele someter las limitaciones a los derechos fundamentales (34).

(33) COTINO HUESO, L., *op. cit.*

(34) Tanto las provenientes del legislador como, sobre todo, a la vista del respectivo juego de la deferencia al legislador democrático y el principio de legalidad, a las decididas judicialmente. Con el debido *self restraint* cuando se trata de enjuiciar la constitucionalidad de una ley que goza de la deferencia democrática de la que inviste el Parlamento, el juicio de constitucionalidad basado en la proporcionalidad de leyes recae, a menudo, sobre las penales, de lo que es un buen exponente

La STC 66/1995, FJ 5 importó, por primera vez, el calificado como triple test de proporcionalidad, de origen alemán, dando a conocer la fórmula que en adelante empleará el Tribunal Constitucional para resolver las limitaciones de derechos que se elevaran a su conocimiento (35). La STC 173/2011 no constituye ninguna excepción a esta sólida línea jurisprudencial y somete la actuación policial a los tres subprincipios o niveles clásicos que constituyen el juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Con la idoneidad se persigue que la medida sea adecuada para conseguir el fin propuesto, que sirva para alcanzar la finalidad que se propone, que a su vez ha de ser, por supuesto, constitucionalmente legítima. Lo que en ningún momento puede ponerse en duda en el caso que comentamos, pues, como expresa la STC 173/2011, FJ 7, cuando la policía accedió a los archivos del ordenador personal (tanto a los de la carpeta «Mis documentos» descubiertos por el informático como incluso a los de la bandeja de descargas de *eMule*) estaba investigando el delito del que, según mostraron los hechos, podían obtenerse pruebas incriminatorias en aquel terminal informático.

La necesidad, por su parte, no se puede confundir con la necesidad de la que habla el Tribunal Constitucional yuxtaponiéndola a la urgencia pues, como hemos explicado, esta segunda condición de la excepción a la regla general de la autorización judicial previa reenvía al juicio de proporcionalidad en su conjunto y no sólo a este nivel intermedio. Con él se pretende asegurar la indispensabilidad de la medida limitativa del derecho, descartando que no haya otra medida que, siendo igualmente idónea para consecución de la finalidad perseguida, sea menos lesiva para el derecho afectado. En este punto, la STC 173/2011, FJ 7, es apodíctica cuando, sin más explicación, afirma que la medida es «imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas)».

La proporcionalidad en sentido estricto salvaguarda, por último, un cierto equilibrio entre el daño infligido al derecho limitado y el beneficio obtenido gracias a la limitación. En otras palabras, si el beneficio para el interés general en la investigación del delito es, en este caso, superior al coste que supone para la intimidad del afectado. También en este punto es parco el Tribunal cuando se conforma con constatar que el acceso al ordenador personal «fue ejecutada

la STC 136/1999, sobre la *Mesa de Herri Batasuna* (condena por delito de colaboración con banda armada de sus miembros). Hay quien considera, con todo, que el único límite que la constitución impone al legislador es el contenido esencial (art. 53.1 CE) y que no es de recibo el enjuiciamiento proporcional de las leyes, JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pág. 79. El Tribunal lo usa desde la STC 55/1996.

(35) GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 29-34.

en tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las *evidencias existentes*» (STC 173/2011, FJ 7).

Veremos a continuación cómo el laconismo de la decisión constitucional esconde un cierto déficit de motivación.

IV. UNA CONDENA ILEGAL POR DISTRIBUCIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL QUE EL TC NO AMPARA: LA STC 173/2011 A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Cuando yendo más allá de las exigencias mínimas impuestas en el Convenio de Roma, nuestro Juez constitucional amplía el monopolio jurisdiccional de las limitaciones de derechos también al derecho a la intimidad confluente, como es notorio, con el sentir y con la comprensión que las constituciones modernas tienen del poder judicial, del juez, como garante de la libertad, y en tal sentido, como único legitimado para autorizar injerencias de los derechos. Como guardián de la libertad, se encomienda al juez la tarea de verificar si concurren los demás requisitos convencional y constitucionalmente exigidos para considerar legítima cualquier afectación limitativa del derecho a la vida privada o intimidad (art. 10.2 CE) (36).

Una vez elaborada, tal construcción jurisprudencial alimenta el marco del concepto de ley a los efectos de satisfacer la exigencia de la previsibilidad legal impuesta por el Convenio de Roma en los términos interpretados por su Tribunal.

Dicho de otro modo, una vez que, en complicidad con el constitucionalismo moderno, el Tribunal fija la reserva de jurisdicción como regla, aunque admitiendo ciertas excepciones basadas en la urgencia y necesidad de la actuación policial, ambas, regla general y excepción, se incorporan a la noción de la ley a efectos de las limitaciones convencionales al derecho a la intimidad que estipula el artículo 8 CEDH. De suerte que si en Estrasburgo se apreciara una desviación en la aplicación de lo que constituye el Derecho interno aplicable (tanto de la regla como, en su caso, de la excepción) se vería abocado a declarar violado el derecho a la vida privada y familiar por incumplimiento del requisito de la previsión legal, de la legalidad.

(36) DÍAZ REVORIO, F. L., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español», pág. 16, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/2/art/art5.pdf>.

De ahí nuestro interés por analizar en detalle si, a la vista de la jurisprudencia europea, puede imputarse alguna desviación en la sentencia que comentamos de cara a concluir si, en definitiva, se vulneró el derecho a la intimidad del condenado cuando la policía entró en la bandeja de descargas de *eMule* y descubrió el material de pornografía infantil que luego fue usado como prueba de cargo en juicio.

En el capítulo de la legalidad, conviene subrayar por última vez los beneficios que se derivan de incluir la jurisprudencia constitucional al lado de la ordinaria en la noción de ley aplicable en un país ubicado, como el nuestro, en la órbita continental. En lo que nos atañe, destaca la interpretación del Tribunal Constitucional respaldando al artículo 282 LECrim como habilitación legal para las diligencias preliminares de la policía, toda vez que tal jurisprudencia constitucional se incorpora, repetimos, a la noción convencional de ley (ayudándonos a superar las dificultades palmarias de su tenor literal).

El protagonismo en la STC 173/2011 lo adquiere la valoración de la proporcionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional al resolver la actuación de la policía, pues es en la proporcionalidad expresada en términos de urgencia y necesidad donde está la llave constitucional para que pueda aplicarse la excepción a la regla general de la autorización judicial previa. De su acierto en la medición de esta balanza depende, en fin, que a los ojos de Estrasburgo se haya respetado la previsión legal en el sentido impuesto por el artículo 8 CEDH.

Al calibrarlo resulta imprescindible analizar en todo momento la injerencia policial en la intimidad del sospechoso diferenciando dos ámbitos o espacios informáticos, aunque esta delimitación no siempre sea tan nítida en el razonamiento del Tribunal Constitucional.

De un lado, identificamos el acceso a los archivos situados en la carpeta «Mis documentos», descubiertos a su vez por el informático, y de otro, señalamos la ulterior indagación policial en otros archivos, que llevó a descubrir el material pedófilo descargado en la bandeja correspondiente del programa *eMule*, constituyendo prueba de cargo en la condena por el más grave delito frente a la “sola” posesión como es el de distribución de pornografía infantil.

En el primer caso, la actuación policial está cubierta por el paraguas de la habilitación legal que suministra el tantas veces mencionado artículo 282 LECrim, pues analiza preliminarmente los elementos mínimos imprescindibles para corroborar la denuncia que en cumplimiento de su deber legal interpone el informático. También se amolda la policía a los cánones de la proporcionalidad que le permiten actuar si autorización judicial. En efecto, no sólo que concurren los más evidentes elementos de urgencia sino que se trata de una medida idónea para la comprobar la veracidad de la denuncia, es ciertamente necesaria, ya

que cuesta pensar en otra menos gravosa pero igualmente eficaz para lograr el mismo fin y, por supuesto, parece equilibrada en cuanto al sacrificio infligido y el beneficio obtenido, pues la afectación del derecho no va más allá del límite en que se había afectado legítimamente por el informático y permitía obtener un indicio mínimo sin el cual se frustraría cualquier investigación criminal, en los términos en que el artículo 87.1 LOPJ se la asigna a los jueces.

La ulterior indagación policial en la carpeta *incoming* o de descargas del programa *eMule* presenta, sin embargo, muchas más dudas de constitucionalidad, hasta el punto de que, en nuestra opinión, no puede superar el filtro de la legitimidad. Y ello porque no se respetan las condiciones de la proporcionalidad, expresada en términos de urgencia y necesidad, que constituyen la única excepción *legal* posible a la regla de la autorización judicial previa.

En primer lugar, es discutible que las razones argüidas por el Tribunal Constitucional sean de verdadera urgencia. Avanzamos en su momento que, como usuarios de nivel básico, no alcanzamos a comprender cómo el efecto más temido por la policía, que el Alto Tribunal comparte, de que pudieran borrarse ficheros ilícitos de un ordenador, a través de una supuesta conexión a distancia con la que se podría manipular en red, sirven para justificar su decisión. Y ello porque estamos ante un ordenador monitorizado en todo momento por la policía experta en delitos tecnológicos y, por tanto, bastaría con que el ordenador no se conectara en red para conjurar ese peligro, por no mencionar la posibilidad de una conexión supervisada y autenticada por los expertos por ser técnicamente más compleja. Al igual que los archivos de «Mis documentos», los descargados ya en la bandeja *incoming* están alojados en el disco duro del ordenador, y no podían ser borrados a distancia, salvo mediante el uso de avanzados programas que en todo caso requerían conexión en red. Sin ella, no podían físicamente desaparecer. Otra cosa sería, en efecto, los que se temía pudieran estar alojados en la *cloud* o nube de internet, de la que, por lo demás, no tenemos constancia de que en realidad existieran, toda vez que el material probatorio que guardaba el disco duro era ya repugnantemente notable, y no sufría, en puridad, ningún riesgo de supresión, estando como estaba el ordenador custodiado por la policía.

Sí es más verosímil el riesgo invocado por el Tribunal de que se usara la plataforma de intercambios de archivos *eMule* para avisar a otros posibles partícipes, pero no se entiende el argumento circular que en este caso emplea el Constitucional cuando lo que se enjuicia es, justamente, el acceso mismo a ese programa de archivos, a la carpeta de *incoming* de ese programa informático, en el ordenador del usuario, cuando la constatación del riesgo tiene lugar tras haber sido el derecho ya vulnerado. No olvidemos que con la comprobación del

material pornográfico de «Mis documentos» que denunció el informático, como legítimamente comprobó la policía, ya había suficientes indicios de delito (de posesión de pornografía infantil) que habrían autorizado a la policía a adoptar otras medidas, menos gravosas, para evitar que se destruyeran pruebas y que el sospechoso se fugara avisando a otros delincuentes.

En efecto, si bien la actuación policial, indagando en el ordenador del denunciado, es una medida idónea (sin duda, descubrió pruebas incriminatorias del delito de distribución de pornografía infantil) no es, por el contrario, una medida necesaria, pues a nuestro modo de ver había medios menos gravosos por ser más respetuosos con los derechos del sospechoso sin perder eficacia en la investigación criminal.

La policía lo tenía fichado, seguramente porque sospecharía de su actividad en la red de intercambios de archivos. Sin duda, ello le llevó a buscar en las descargas de *eMule* porque quería que se castigara su connivencia en la distribución del material pornográfico. Sin embargo, con el mero conocimiento del material archivado en la carpeta de «Mis documentos», a las que legítimamente accedieron tanto el informático como la policía, ya había pruebas ciertas de la comisión de un delito (si bien sólo de posesión, castigado por el art. 189.2 CP con una pena menor). Suficientes, en todo caso, para detener al sospechoso (art. 17.1 CE y art. 492.4 LECrim) y que el resto de diligencias orientadas a investigar la posible comisión del delito más grave de distribución [art. 189.1.b) CP] se pudieran haber practicado de modo respetuoso con los derechos fundamentales, desactivando además los temores de destrucción de pruebas y advertencia a otros posibles culpables. Por no mencionar la “posibilidad” de que, conjurada la urgencia, se hubiera podido recabar la autorización judicial oportuna para investigar al sospechoso sin llegar a detenerlo.

La obtención policial de los archivos descargados en *eMule* fue una medida innecesaria y, por tanto, desproporcionada, que, de acuerdo con la propia jurisprudencia constitucional, convertida en ley aplicable, debió obtener autorización judicial previa. Su utilización en el proceso como única prueba es ilegal porque, con la visión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al obtenerla la policía habría vulnerado el derecho a la vida privada del art 8 CEDH.