

ORDENADOR PERSONAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD (Comentario a la STC de 7 de noviembre de 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ

*Secretario Judicial del Juzgado de Vigilancia
Penitenciaria n.º 3 de Madrid*

Extracto:

CONSIDERACIONES del Tribunal Constitucional sobre los discos duros de los ordenadores como instrumentos de almacenamiento personal de información susceptible de protección. Necesidad de autorización judicial o consentimiento del interesado para su acceso y consulta por la autoridad policial. Violación del derecho fundamental a la intimidad y secreto de las comunicaciones, justificado por el consentimiento tácito del dueño del ordenador y la naturaleza de la urgencia de la actuación policial. Consideración por el Tribunal Constitucional de los datos y contenidos almacenados en las memorias como una fuente de información que permite tener un conocimiento cabal del perfil de personalidad del usuario. El concepto de privacidad como ámbito superior que abarca a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal.

Palabras clave: prueba ilícita, derecho a la intimidad, derecho a un proceso con todas las garantías, secreto de las comunicaciones, ordenador personal.

¹ Véase el texto de estas sentencias en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 132, enero 2012, o en Normacef Civil-Mercantil (NCJ055863).

PERSONAL COMPUTER AND RIGHT TO PRIVACY (Commentary to the Tribunal Constitucional of 7 november 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ

*Secretario Judicial del Juzgado de Vigilancia
Penitenciaria n.º 3 de Madrid*

Abstract:

CONSIDERATIONS of the Constitutional Court on the hard drives of computers as tools for personal storage of information capable of protection. Need judicial authorization or consent of the individual for access and consultation by the police authority. Violation of the fundamental right to privacy and confidentiality of communications, justified by the tacit consent of the owner of the computer and the urgent nature of policing. Consideration by the Constitutional Court of the data and content stored in the memory as a source of information that can have a thorough knowledge of the user's personality profile. The concept of privacy as covering higher level of privacy, secrecy of communications and protection of personal data.

Keywords: illegal evidence, right to privacy, right to trial with all guarantees, secret communications, PC.

¹ Véase el texto de estas sentencias en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 132, enero 2012, o en Normacef Civil-Mercantil (NCJ055863).

Los hechos del presente caso son los siguientes: una persona acude a un taller de reparación de ordenadores para que le arreglen su PC pues la grabadora de DVD no lee algunos DVD(s) y quiere que se la sustituyan. La hoja de encargo reza «cambiar grabadora DVD/no lee muchos DVD», y la persona se quedó con una copia de esa hoja de encargo. Una vez hecha la reparación, el operario que la realiza se pone a comprobar que había quedado bien reparada y entra en algunos archivos de la carpeta «mis documentos» del cliente, en los cuales se reproducen imágenes y vídeos de contenido pornográfico con menores y ante este hallazgo decide acudir a la policía con el PC en su poder.

Los informáticos policiales sin consentimiento ni conocimiento de su propietario, acceden para investigar los hechos al fichero eMule/incoming al objeto de constatar si el interesado está compartiendo los ficheros pornográficos con otras personas al objeto de poder integrar el tipo penal, haciéndose patente que efectivamente así es, y ante ello se detiene al propietario del PC que es condenado por la Audiencia de Sevilla.

El condenado interpone recurso de casación argumentando la ilicitud de la prueba desde el momento en que se ha accedido a su ordenador sin su consentimiento ni permiso judicial tanto por el operario de la tienda de informática que se lo repara como por la policía posteriormente. Estima que ello le ha vulnerado su derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución Española así como su derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española.

La sentencia del Tribunal Supremo destaca algo muy importante para el caso: es práctica necesaria la de acceder al disco duro del PC para poder comprobar que la reparación estaba bien hecha, pero es que, además, el cliente detalló al taller que el ordenador no tenía contraseña de acceso de manera que podían acceder a los archivos para comprobar el resultado de la reparación, momento este en el que se descubren casualmente los ficheros pornográficos con menores.

El Tribunal Supremo, a continuación, nos destaca otros dos aspectos importantes: el detenido no había dispuesto ámbito de privacidad alguno en relación con los archivos pornográficos, por descuido o por la causa que fuere; y por otro lado, no hubo que realizar ninguna gestión para identificar a la persona dueña del PC ni al usuario de tales archivos, lo que termina determinando que no existía en este caso protección incardinable en el derecho a la intimidad ni en el secreto de las comunicaciones, ni se le han vulnerado por ello derechos fundamentales.

El condenado acude al amparo constitucional, reiterando básicamente los mismos argumentos que ante el Tribunal Supremo, manteniendo que se han obtenido pruebas de forma ilícita con vulneración del derecho a un proceso con garantías.

El primer punto interesante de esta sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos versa sobre el problema del consentimiento expreso o tácito que pudo haber dado el interesado al permitir al

informático que le reparara el PC con el acceso a sus archivos, indicando incluso que el ordenador carecía de contraseña. El cliente no puso limitaciones al taller a la hora de comprobar en el ordenador la reparación practicada.

Nos dice el Tribunal Constitucional que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida». En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que este no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito.

El consentimiento tácito había sido otorgado y probablemente el interesado no era consciente de que estaba dando ese consentimiento tácito ni de las consecuencias que ello le podía traer.

El Ministerio Fiscal estima que una vez entregado el ordenador junto con la formulación de la denuncia, la policía habría podido solicitar el consentimiento del recurrente, quien se hallaba ya identificado, o bien haber recabado autorización judicial. En ausencia de tales requisitos habilitantes, el acceso al contenido del ordenador únicamente podría considerarse legítimo cuando existiesen razones de necesidad de una intervención policial inmediata para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento del delincuente y la obtención de pruebas incriminatorias, y solo cuando la intervención se realizara desde el respeto al principio de proporcionalidad; circunstancias de urgencia y necesidad que no concurren en el caso concreto. Por otra parte, no cabe justificar la actuación policial con el argumento de que el denunciante ya había accedido a los mismos, ni tampoco en que el recurrente tuviera configurado un programa de intercambio de archivos con acceso a terceros. En relación con esta última circunstancia, asevera el Ministerio público que ese hecho no permite abrigar una suerte de autorización genérica para el acceso por cualesquiera personas al contenido de su ordenador, debiendo tenerse en cuenta, asimismo, que el conocimiento de la existencia del programa informático de intercambio de archivos se obtiene solo una vez se ha accedido al ordenador.

En relación con si la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) conllevaría, además, la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse valorado prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. «Las pruebas practicadas en el juicio oral y valoradas por los órganos judiciales han sido, además del hallazgo de los archivos pedófilos, el testimonio del testigo dueño de la tienda de informática y el del policía instructor del atestado, quien además depuso como perito del informe pericial que se aportó como prueba documental pericial. El hallazgo de los archivos proviene directamente de la medida lesiva del derecho fundamental, pero para determinar si las restantes pruebas derivadas adquieren también ese carácter, es preciso analizar si son jurídicamente independientes (STC 81/1998, de 2 de abril). Por lo que respecta a la testifical del policía, considera el fiscal que es materialmente inescindible de la prueba originaria, por no ser sino mera reproducción vía testimonio del acto de injerencia en el derecho fundamental; a igual conclusión llega respecto de la prueba pericial, hallándose también en conexión de antijuridicidad con el hallazgo ilícito de los archivos pedófilos. Distinta suerte ha de correr, no obstante, la prueba testifical del encargado del establecimiento, atendiendo a la menor entidad de la lesión del derecho a la intimidad –al no ser intencional– del que tal prueba proviene».

Pudiendo considerarse lícita la citada declaración testifical del encargado de la tienda, y habiéndose valorado conjuntamente con otras que sí deben ser consideradas ilícitas y deben, por ello, ser expulsadas del ordenamiento, concluye el Ministerio Fiscal que desde las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional no puede este efectuar un pronunciamiento sobre la entidad probatoria de dicha prueba a los efectos de su relevancia para la presunción de inocencia, por lo que lo procedente sería declarar la vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); anular las resoluciones recurridas y retrotraer el procedimiento al momento anterior a dictarse la Sentencia de la Audiencia Provincial para que sean los órganos judiciales quienes valoren la suficiencia de la prueba carente del vicio de ilicitud.

No muy distintos argumentos son los empleados por la magistrada del Tribunal Constitución de la señora PÉREZ VERA, en su voto particular a la sentencia, aunque incidiendo más esta en la ausencia de urgencia de la actuación policial.

El siguiente punto interesante, según el Tribunal Constitucional, es el de determinar si un ordenador personal puede ser un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal, resultando entonces necesario para acceder a su contenido el consentimiento de su titular o que se den los presupuestos que legalmente habilitan la intromisión, de acuerdo con los parámetros constitucionales. La conclusión a la que se llega es clara tras analizar otros elementos que sí han sido considerados en otros casos por el Tribunal Constitucional como soportes aptos para el archivo de datos personales susceptibles de intimidad: el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas han obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. «Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda de que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona».

Es aceptado en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional presente, que la actuación del testigo-denunciante, operario informático que descubre por pura casualidad los ficheros, es impecable y ningún derecho fundamental pudo infringir del condenado: «Así las cosas, durante el desempeño de la función encomendada, el responsable del establecimiento informático descubrió casualmente el material pedófilo, en particular cuando, una vez reparado el ordenador, procedía a comprobar su correcto funcionamiento. A tal fin, escogió al azar diversos archivos para llevar a cabo su grabación y posterior reproducción, lo que le permitiría conocer el correcto funcionamiento de las piezas sustituidas, práctica que, según se acreditó durante el juicio, constituye el protocolo habitual en estos casos. De lo expuesto se deduce que

dicho responsable no se extralimitó del mandato recibido estando amparado su proceder, que ha llevado al descubrimiento del material ilícito, por la propia autorización expresa del ahora demandante. Avala esta conclusión la circunstancia de que este encargado limitara su actuación a la carpeta "mis documentos" del usuario, mínimo necesario para realizar la referida prueba de grabación, sin pretender adentrarse en otras carpetas respecto de las que, por hallarse más ocultas o por expresarlo así el título asignado a las mismas, pudiera presumirse un mayor revestimiento de protección y reserva. Seguidamente, una vez producido el hallazgo, aquel se limitó a cumplir con la obligación que le viene legalmente impuesta a todo ciudadano consistente en denunciar ante las autoridades competentes la posible perpetración de un delito público del que ha tenido conocimiento».

El problema está en la actuación policial, pues es discutible la existencia de una urgencia en la actuación, y si no hubiera sido más respetuoso con los derechos fundamentales el obrar consistente en solicitar el consentimiento para acceder a los programas eMule/incoming, y a falta de este pedir la autorización judicial por parte de los especialistas policiales. Es aquí donde el voto particular de la magistrada citada y el parecer del Ministerio Fiscal son coincidentes a favor del amparo.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional considera que el amparo no procede aunque destacando que «la autorización que el recurrente prestó para el acceso a su ordenador al propietario del establecimiento de informática, en la forma expuesta, no puede extenderse al posterior acceso a los archivos por parte de la policía. Descartada la existencia de una autorización por parte del recurrente que facultase a la policía para supervisar su ordenador personal, nos corresponde analizar si, en todo caso, su actuación ha podido estar motivada por la concurrencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de forma que se aprecie una justificación objetiva y razonable para la injerencia en su derecho a la intimidad personal».

La conducta adoptada por la policía perseguía un fin legítimo, por cuanto se enmarcaba dentro de las investigaciones que esta realizaba dirigidas al esclarecimiento de un delito de pornografía infantil. Al propio tiempo existe la habilitación legal necesaria para la realización, por parte de los agentes intervinientes, de este tipo de pesquisas, pues, como hemos visto, se encuentran entre sus funciones las de practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir sus autores y recoger los efectos, instrumentos o pruebas, pudiendo efectuar «un primer análisis» de los efectos intervenidos (en este sentido, se observa en el propio atestado policial cómo su instructor califica el informe realizado sobre el contenido del ordenador como «un análisis preliminar», sin perjuicio de la pericial que luego se solicita al grupo especializado de pericias informáticas). Finalmente, si bien la intervención policial desplegada no contó con la previa autorización judicial, circunstancia esta que ha llevado a considerar, tanto al recurrente como al fiscal, que se había producido en este caso una vulneración del derecho a la intimidad personal, podemos afirmar que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad.

De todo lo cual cabe concluir que, siendo la actuación policial constitucionalmente legítima, el sacrificio del derecho fundamental afectado estaba justificado por la presencia de otros intereses constitucionalmente relevantes, no pudiendo apreciarse vulneración alguna del derecho a la intimidad personal del recurrente.