

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 465/2010 de 13 mayo. Recurso de Casación núm. 10718/2009.

RESUMEN

El Tribunal Supremo considera que el acceso al registro de llamadas de un terminal móvil intervenido supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas si se realiza sin autorización judicial.

I. ANTECEDENTES

1

El Juzgado de instrucción número 2 de Moguer instruyó procedimiento abreviado 48/2004, por delitos contra la salud pública y de receptación de capitales procedentes del narcotráfico contra Juan Antonio , Gabino , Bibiana , Clemente , Daniel , Maximo , Jose Luis , Anibal , Enrique , Imanol , Gervasio , Almudena , Sandra , Laura , Narciso , Alexis , Salvador , Leonor , Luis Enrique y Ana y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva cuya Sección Segunda dictó sentencia en fecha 5 de marzo de 2009 con los siguientes hechos probados: "Primero.- En la noche del día 18 de junio de 2.002 un helicóptero del Servicio de Vigilancia Aduanera siguió a una embarcación sospechosa que sobre las 3:30 horas del día 19 se dirigió a una playa de Mazagón donde una serie de individuos comenzaron a descargar bultos y al ser iluminados por la aeronave huyeron. Se intervinieron 53 fardos de arpillera conteniendo 1715 Kg. de hachís, un chándal azul, un teléfono móvil Nokia en una cazadora color caqui y otros dos Motorola en una mochila, correspondientes a los números NUM000 , NUM001 , un GPS Garmin, dos cuchillos y cuatro trajes de supervivencia, así como la embarcación semirrígida marca Crompton modelo Sea Phantom 9.0 con dos motores Yamaha de 250 CV sin nombre, matrícula ni numeración (atestado 21/2102, D. Previa1102/2002 JI 2 de Moguer, Tomo I f. 1-7). Las muestras extraídas por el jefe del Área de Sanidad de Sevilla ante el Secretario judicial (f. 50) fueron analizadas dando un resultado de 5,55% de contenido en tetrahidrocannabinol (f. 281). Los fardos han sido destruidos y han quedado restos de las muestras analizadas.- Segundo.- Decretada la intervención de tres números de teléfonos hallados en la agenda de esos móviles por auto de 26 de junio se llega a identificar a Raimundo , Daniel , Gabino y Juan Antonio como personas que están en contacto para organizar alijos de hachís. [...]

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido: 1.- Absolver a Aníbal, Luis Enrique , Salvador y Ana de los delitos por los que eran acusados, [...] 2.- Condenar a Juan Antonio , Gabino , Clemente y Daniel , como autores responsables de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud y en condiciones de extrema gravedad, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada e dilaciones indebidas [...] 3.- Condenar a Maximo , Bibiana , Jose Luis , Enrique y Imanol , como autores responsables de un delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas [...] 4.- Condenar a Juan Antonio , como autor de un

delito de receptación de capitales procedentes de narcotráfico, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas [...]5.- Condenar a Almudena , Alexis , Leonor , Sandra , Laura , Narciso y Gervasio , como autores del mismo delito con igual circunstancia [...]

3

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los condenados Juan Antonio , Leonor , Sandra , Clemente , Gabino , Bibiana , Máximo , Laura , Jose Luis , Alexis , Daniel , Almudena , Gervasio , Narciso que se tuvieron por anunciados [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

Primero

PRIMERO

Los recurrentes Juan Antonio y Daniel , por el cauce del art. 5,4 LOPJ, han denunciado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. En apoyo de esta afirmación se indica que el punto de partida de la investigación policial que llevó a la identificación de los implicados y, al fin, a las condenas producidas en esta causa, fue exclusivamente la toma de conocimiento de las llamadas que figuraban archivadas en la memoria del teléfono hallado en el bolsillo de una cazadora incautada junto con el alijo de hachís abandonado en la playa de Mazagón (Huelva) el 19 de junio de 2002.

Que es así resulta de la propia sentencia, que en el primero de los fundamentos de derecho admite la veracidad de ese aserto de los que recurren, a la vez que niega las consecuencias de ilegitimidad de las interceptaciones que se reclaman, con el argumento de que el modo de proceder cuestionado no habría violado el secreto de las comunicaciones y tampoco el derecho a la intimidad, porque esos datos grabados en el teléfono no eran constitutivos de las comunicaciones mismas, sino algo equivalente a lo que podría obtenerse del examen de una agenda convencional.

Por otra parte, **la información conseguida mediante la injerencia de que se trata, tiene, en efecto, la relevancia que le atribuyen los impugnantes**, como resulta también de lo que se lee en la sentencia de instancia, en los hechos probados (folio 6), cuando explica que "decretada la intervención de tres números de teléfonos hallados en la agenda de esos móviles por auto de 26 de junio se llega a identificar a Raimundo, Daniel, Gabino y Juan Antonio como las personas que están en contacto para organizar los alijos de hachís". Y asimismo porque en los fundamentos de derecho (folio 16) dice: "la primera referencia a Juan Antonio] la encontramos en una conversación [...] el 10 de agosto de 2002" (folio 16). De lo que se sigue que antes se carecía por completo de esas informaciones y, obviamente, de las obtenidas con posterioridad a partir de las mismas, como fuente sine qua non y ya mediante las intervenciones telefónicas.

El Fiscal ha formulado oposición a estos motivos, concordando con el criterio de la Audiencia que acaba de expresarse, y por entender que el examen del teléfono

móvil que se ha descrito no afectaría al secreto de las comunicaciones, sino a lo sumo, y sólo en cierta limitada medida, al derecho a la intimidad, dotado de menor protección frente a injerencias policiales como la del caso, justificadas además - dice- por la localización de ese aparato junto a la droga.

Pero este criterio es francamente inaceptable, ya por la propia literalidad del precepto del art. 18,3 CE que "garantiza el secreto de las comunicaciones", un enunciado éste que, en el caso de las telefónicas, no puede reducirse al solo contenido de las que estén produciéndose o en acto, sin que ello suponga limitar seriamente su alcance y redimensionar a la baja su campo semántico y su efectividad. Podrá decirse (con STC 123/2002, entre otras) que la garantía constitucional del secreto de aquéllas no se extiende con la misma intensidad a todo lo que implica el acto comunicativo. Pero, desde la conocida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Malone , es claro que aquél da cobertura a la identidad subjetiva de los interlocutores, que es por lo que el acceso, inconsciente por el titular del teléfono o no autorizado judicialmente, a los listados de las compañías telefónicas -es obvio que en un momento posterior al de las conversaciones mismas- supone una interferencia en el proceso comunicativo, sujeta a la disciplina del art. 8 del Convenio Europeo. Porque los números marcados son parte de las comunicaciones telefónicas y ponerlos en conocimiento de la policía se opone al derecho garantizado por ese precepto. De este modo, es claro, ex STC 123/2002, entre otras: la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica, como su momento, duración y destino, está constitucionalmente amparada, con la consecuencia de que "la entrega de los listados de las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial" (en el mismo sentido STS 889/2004).

Pues bien, siendo así, y contra lo mantenido por la sala de instancia y por el Fiscal en su informe, **la intervención policial que se contempla supuso una injerencia en el ámbito de comunicaciones por medio del teléfono constitucionalmente amparadas.** Además, por las peculiaridades del caso, con comunicaciones ya producidas, es cierto, pero de carácter prácticamente actual, pues estaban inscritas -con aludida "inmediación temporal" que expresivamente señala la Audiencia- en los propios acontecimientos en curso. **Y fue una injerencia que permitió a los funcionarios saber de la realidad de las conversaciones, momento de las mismas y de la identidad de uno de los intervinientes. Un tipo de invasión que, no importa insistir, se proyecta sobre "la existencia de la comunicación misma".** Del mismo modo que en el caso de la actuación policial consistente en el acceso al registro de llamadas de un terminal móvil intervenido, supuesto de patente identidad con el de esta causa, que la STC 230/2007 declaró no ser conforme a la doctrina constitucional de que la identificación de los partícipes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones.

Es cierto que en alguna jurisprudencia, así en STC 70/2002, que cita el Fiscal, el Tribunal Constitucional ha admitido alguna reducción del estándar general de garantía. Pero se trata de un género de supuestos -intervención de una carta sin sobre en poder de un detenido por la policía- que nada tienen que ver con el que se examina. Primero, al haber sido allí la intimidad el derecho en juego; y, segundo, porque la ratio de la excepcionalidad del tratamiento fue la existencia de una urgencia que no concurrió aquí, cuando la droga ya estaba en poder de la policía y cuando, de todos modos, era

inexcusable acudir al juez para instar las intervenciones telefónicas, que no habrían experimentado ningún retraso por el simple hecho de haber puesto directamente a su disposición los teléfonos intervenidos para examen. Por lo demás, es claro que esta última circunstancia, la urgencia, tan fácil de invocar, deberá ser en todo caso objeto de una valoración muy rigurosa, para evitar que pueda convertirse en una suerte de coartada.

Por tanto y como consecuencia, tienen razón los recurrentes, ya que **la actuación policial a examen, llevada a cabo de propia autoridad por los agentes, fue una auténtica vía de hecho, constitucionalmente ilegítima, según se ha visto. De una ilegitimidad de raíz que, como tal, se transmitió también a sus efectos, es decir, a la información obtenida por ese medio. Y sabido es que la presunción de inocencia sólo puede ser eficazmente destruida por elementos de válidamente obtenidos.**

En definitiva, y por todo, debe estimarse el motivo. [...]

III. FALLO

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Juan Antonio y Daniel contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva de fecha 5 de marzo de 2009 dictada en causa seguida por delito contra la salud pública, y, en consecuencia, anulamos esta resolución, haciendo extensivos los efectos a todos los condenados. [...]

SEGUNDA SENTENCIA

Se absuelve a Juan Antonio , Leonor , Sandra , Clemente , Gabino , Bibiana , Maximo , Laura , Jose Luis , Alexis , Daniel , Almudena , Gervasio , Narciso del delito contra la salud pública por el que habían sido condenados en la instancia y se declaran de oficio las costas. [...]