

## **RESUMEN**

**El Tribunal Supremo estima que se vulnera el derecho a la intimidad cuando se utilizan como prueba de cargo mensajes archivados en teléfono móvil del acusado obtenidos por la policía sin autorización judicial.**

## **I. ANTECEDENTES**

1

El Juzgado de instrucción número 2 de Requena instruyó procedimiento abreviado 39/2007, por delito contra la salud pública contra Basilio y contra Everardo y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Segunda dictó sentencia en fecha 3 de abril de 2009 con los siguientes hechos probados: "Con ocasión de las fiestas patronales de la localidad de Utiel se encontraban diversos agentes de la Guardia Civil de paisano en el recinto ferial sobre las tres horas del día 9 de septiembre de 2006, en cuyo momento se les acercó un individuo ofreciéndoles la posibilidad de venderles alguna sustancia estupefaciente, si bien requiriendo el pago por anticipado. Como los agentes no estaban dispuestos a ello, le transmitieron que primero querían ver la droga, por lo que el referido individuo, que era conocido de uno de ellos por haberlo detenido con anterioridad, posteriormente identificado como Everardo , que había sido condenado por un delito contra la salud pública por sentencia firme de 27 de abril de 2006 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia , se dirigió a otra persona que se encontraba a solas a unos cuarenta metros de distancia, intercambiando con él una conversación al oído, regresando al lugar donde los agentes se encontraban.- Como quiera que el suministrador les dijo que ya había vendido la droga de que disponía, el Teniente de la Guardia Civil acordó y ordenó al resto de los agentes seguir a ambos, optando por el individuo con quien había contactado el tal Everardo , supuesto que no era conocido por ellos.- En el recorrido a una prudencial distancia, tomando contacto el nuevo individuo, posteriormente identificado como Basilio , con dos parejas y dirigiéndose al vehículo Opel Astra de su propiedad de color rojo y matrícula ....HHH, que se encontraba estacionado en un descampado junto a las carpas del recinto. Estando a punto de acceder al mismo decidieron los agentes de la Guardia Civil darle el alto en voz alta, en cuyo momento inició la huida lanzando con fuerza algo que llevaba en la mano, siendo reducido posteriormente.- Efectuada una batida por los agentes de la Guardia Civil, auxiliado por los agentes de la Policía Local de Utiel en apoyo solicitado, y tras diversas salidas en búsqueda de lo lanzado, intervinieron una bolsita, envuelta como un caramelo, entre unos matorrales a una distancia aproximada de unos cincuenta metros, cuyo contenido fue analizado y resultó ser 11,14 gramos de cocaína con una pureza del 43%.- Efectuado el posterior registro del vehículo de la propiedad de aquél, se descubrió debajo de la bombilla en la parte superior del espejo retrovisor seis papelinas de una sustancia, que igualmente analizada arrojaron un peso de 2,12 gramos de cocaína con una pureza del 43,5%, interviniendo debajo del asiento del conductor una riñonera con una cartera con dinero, en la que se intervinieron 545 euros dispuestos en dos billetes de 50, diecinueve billetes de 20, cinco billetes de 10 y tres billetes de 5 euros, dinero procedente de la venta de tales sustancias.- Localizado posteriormente el individuo que había sido el oferente de la venta e identificado como Everardo , también conocido como Cofi, se le ocuparon en el interior de sus calzoncillos una dosis de

sustancia, que analizada resultó ser MDMA con un peso de 0,3 gramos, así como 405 euros en efectivo dispuestos en nueve billetes de 10 euros, cuatro billetes de 50 euros, dos billetes de 20 euros y un billete de 5 euros, también procedentes de la venta de sustancias estupefacientes. Everardo era consumidor habitual de sustancias estupefacientes, persona se sometió a tratamiento de rehabilitación que culminó al año siguiente.- Las sustancias intervenidas tienen un valor en dosis de 830,74 euros los 11,24 gramos de cocaína; 164,79 euros, los 2,22 gramos de cocaína en papelinás; y de 11,96 euros los 0,3 gramos de MDMA."

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Uno.- Condenar a Basilio , como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño para la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...].- Dos.- Condenar a Everardo , como responsable en concepto de cómplice de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de toxicomanía y la de haber finalizado con éxito el tratamiento de deshabituación a que era adicto en el momento de los hechos [...]"

3

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Basilio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso. [...]"

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

Primero

PRIMERO

**Por el cauce del art. 5,4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, del art. 18,3 CE, y también vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por la utilización del contenido de mensajes archivados en un teléfono móvil, sin autorización judicial, con fines incriminatorios.**

El examen de la sentencia permite comprobar que, en efecto, en el caso del que recurre, se produjo el examen por la policía del texto de tales actos comunicativos, de lo que el tribunal se sirve, sin más, como datos de cargo.

Pero lo cierto es que **tiene razón el recurrente**, pues **tanto el Tribunal Constitucional ( STC 123/2002) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Copland, han entendido que los datos registrados durante un proceso de comunicación, como propios del mismo, permanecen protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque se tomen en consideración una vez finalizado el proceso comunicativo (SSTS 156/2008, 8 de abril, 952/2009, 30 de septiembre y 1273/2009, de 17 diciembre). De ahí que la toma de conocimiento sólo podría tener lugar mediando autorización judicial, que aquí no se ha dado.**

Por tanto, es cierto, **se trata de elementos de juicio ciertamente inutilizables** y que, por eso, la sala de instancia debería haber descartado.

Así, el motivo tiene que estimarse. [...]

### **III. FALLO**

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Basilio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 3 de abril de 2009 que le condenó como autor de un delito contra la salud pública, y, en consecuencia, anulamos esta resolución. [...]

SEGUNDA SENTENCIA [...]

Se absuelve a Basilio del delito contra la salud pública a que había sido condenado en la instancia y declaramos de oficio la mitad de las costas. [...]