

Rotlle núm. 21/09
Procediment Urgent i Preferent, art. 41.1 CA.
Sentència núm. 29-09
Ponent M.I. Sr. Josep Maria PIJUAN CANADELL

S E N T È N C I A

Magistrats M.I. Srs.
Josep M PIJUAN CANADELL
Marie CONTE
Yves PICOD

Andorra la Vella, a vint-i-tres d'octubre del dos mil nou.

En el recurs d'apel·lació interposat pel Lletrat Sr. Josep R.B. en defensa i representació del Sr. Marian M., contra l'aute de data 22 de maig del 2009 dictat per l'Hble. Batlle de guàrdia en el Procediment Urgent i Preferent de l'art. 41.1 de la Constitució. Sent part el Magfc. Ministeri Fiscal. Els components del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent el M. Il·ltre. Sr. Josep Maria PIJUAN CANADELL.

ANTECEDENTS DE FET

I.-RESULTANT: que per Aute de data 22 de maig de 2009

l'Hble. Sr. Batlle en funcions de Guàrdia va decidir desestimar la demanda formulada en data 8 de maig de 2009 per Marian M. a través de la seva representació lletrada a l'empara del procediment previst en l'art. 41.1 de la Constitució.

II.-RESULTANT: que contra l'esmentat Aute de data 22 de maig del 2009, el Sr. Marian M. interposà recurs d'apel·lació, en aplicació de l'article 16 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials entenent que, contràriament al que es diu en l'Aute recorregut, el Sr. Marian M. sí que té un interès legítim directe per a la protecció del dret invocat ja que la intervenció telefònica del Sr. L. afecta directament a la prova per condemnar al Sr. M. A més a més, la part apel·lant al·lega que, encara que ja existeix en el cas d'antes un pronunciament definitiu, ha estat el Tribunal Constitucional qui en el seu Aute de data 30 de març del 2009, dictat en la Causa 2008-28-RE, ha obligat al Sr. M. a iniciar el present procediment urgent i preferent.

La representació processal del Sr. M. fonamenta el recurs en que el Servei de Policia va intervenir el telèfon mòbil del Sr. Ion L. sense autorització judicial ja que en l'aute de data 22 de març del 2007 pel que la Hble. Sra. Batlle instructora va decidir que es realitzés un estudi detallat de la informació continguda en els telèfons mòbils incautats als detinguts, es va autoritzar la intervenció dels telèfons dels altres detinguts, però no del Sr. L., que estava en llibertat, tot i que no li havia estat retornat el seu telèfon mòbil marca NEC contingut a la bossa precintada PP18116. Al·lega que en el posterior aute de data 3 d'abril del 2007 la Hble. Sra. Batlle denegà l'autorització de l'obtenció del llistat de trucades i de sms de la targeta SIM i del telèfon mòbil incautat al Sr. L. i que no fou fins en data 4 de juliol del 2007 quan es dictà aute autoritzant l'obtenció del llistat de trucades del mateix telèfon. Conclou la representació processal del Sr. M. que des del 17 de març del fins al 4 de juliol del 2007 no hi hagué autorització judicial per intervenir el telèfon mòbil del Sr. L. i, malgrat això, el Servei de Policia va extraure informació de dit telèfon mòbil, com resulta del contingut

de l'informe de data 29 de març que el Servei de Policia va enviar a la Batllia. I, finalment, assenyala que el *thema decidendi* "rau en determinar si trucar des d'un telèfon mòbil aliè amb causa o no justificada.....descarregar dues fotografies d'un dels mòbils, examinar l'agenda telefònica així com el tràfic de trucades i missatges, cal o no autorització judicial segons estableix l'art. 87.2 del Codi de Procediment penal".

La representació processal del Sr. M. acaba el seu escrit de recurs demanant que aquest Tribunal dicti sentència declarant la vulneració dels drets fonamentals esmentats i retrotraient les actuacions fins al moment de dictar-se sentència per part del M.I. Tribunal de Corts per tal que el mateix dicti una altra sentència sense la vulneració dels drets invocats.

III.-RESULTANT: que en el present recurs ha comparegut el Ministeri Fiscal, a qui es donà trasllat de l'escrit del recurs i que informà en el sentit de considerar en primer lloc que el procediment regulat en els articles 15 a 18 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials, que desenvolupa el procediment previst en l'article 41.1 de la Constitució, no sembla el més idoni per a la protecció dels drets fonamentals quan les presumptes vulneracions es produeixen en el marc d'un procediment judicial, com té declarat la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia en la seva sentència de 22 de desembre del 2008 (Rotlle 33/08, ja que altrament suposaria la possibilitat de que el Batlle de Guàrdia pugui declarar en qualsevol moment, ja que en el procediment previst en els articles 15 a 18 de la Llei Transitòria no està subjecte a termini per la interposició de la demanda, la nul·litat d'una prova obtinguda en el marc d'un procés judicial que ja hagi conclòs amb sentència ferma dictada en apel·lació per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, a banda que la resolució que es dicti en el procediment dels articles 15 a 18 de la Llei Transitòria no té l'autoritat de cosa jutjada, com mana l'article 17 de la mateixa Llei. El Ministeri Fiscal denuncia, d'altra banda, la manca de legitimació activa del Sr. M. per a l'exercici d'aquest recurs extraordinari, com ja va exposar davant la Batllia, ja que el Sr. M. no es

troba legitimat activament per a la denúncia d'eventuals vulneracions dels drets fonamentals del Sr. Ion L. I, finalment, que la sentència dictada per aquesta Sala Penal en el marc de la causa TC-34-4/07 ja determinà que el tràfic de trucades i missatges fou objecte d'autorització judicial prèvia. Per tot això, el Ministeri Fiscal mostra la seva oposició a la demanda interposada pel Sr. M. per no haver-se produït les vulneracions dels drets fonamentals al·legades i demana que es dicti sentència desestimant les pretensions formulades per la representació processal del Sr. M..

FONAMENTS DE DRET

I.-CONSIDERANT: que, seguint la Jurisprudència d'aquest M.I. Tribunal en interpretació de l'article 16 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials, havent estat designada per a la resolució del present recurs aquesta Sala Penal, s'ha donat al recurs el tràmit establert en els articles 199 i següents del Codi de Procediment Penal per la tramitació del recurs d'apel·lació que l'article 195 del mateix Codi preveu contra les resolucions dictades en primera instància pel Tribunal de Corts, en el decurs del qual totes les parts comparegudes en el present recurs d'apel·lació han tingut puntual trasllat de l'escrit interposat pel recurrent, havent pogut fer les al·legacions que consideraven escaients al seu dret.

II.-CONSIDERANT: que, en primer lloc i pel que fa a si el Sr. M. està o no legitimat per interposar el present procediment urgent i preferent denunciant eventuals vulneracions dels drets fonamentals del Sr. Ion L., legitimació que no li és reconeguda pel Ministeri Fiscal, cal dir que no serà aquest Tribunal qui qüestionari si el Sr. M. té o no interès legítim directe per la raó que el motiu pel qual el Tribunal Constitucional, en el seu aute de data 30 de març del 2009, va decidir no admetre a tràmit el

recurs d'empara interposat per la representació processal del Sr. M. no fou la seva manca de legitimació per denunciar la vulneració del dret fonamental al secret de les comunicacions del Sr. L. sinó en que el demandant d'empara, malgrat al·legava la vulneració dels drets dels articles 14 i 15, "van prescindir de la via ordinària prevista en els preceptes legals sobre la base de l'article 41.1 de la Constitució, i van emprar la via del recurs de nul·litat previst només per la vulneració de l'article 10", per la qual cosa el recurs d'empara no podia ser admès a tràmit ja que l'empara és procedent després d'haver esgotat els tràmits de la jurisdicció ordinària, com de manera amplament reiterada s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional.

En tot cas, si el Sr. M. té o no interès legítim directe per a la protecció del dret invocat és qüestió que depèn directament de l'efecte que la intervenció del telèfon mòbil del Sr. L. hagi tingut en la prova de càrrec que hagi servit per condemnar al Sr. M..

III.-CONSIDERANT: que hem de dir que compartim el criteri exposat pel Ministeri Fiscal en el seu informe al present recurs, en el sentit de què el procediment urgent i preferent de l'article 41.1 de la Constitució no sembla que sigui el més idoni per a la protecció dels drets fonamentals quan les presumptes vulneracions es produeixen en el marc d'un procediment judicial, i així ho tenim declarat en la nostra sentència de 22 de desembre del 2008 (Rotlle 33/08), i fem nostres els arguments expressats pel Ministeri Fiscal de que, altrament i com sigui que el procediment previst en els articles 15 a 18 de la Llei Transitòria no està subjecte a termini per la interposició de la demanda, suposaria que en qualsevol moment el Batlle de Guàrdia podria declarar la nul·litat d'una prova obtinguda en el marc d'un procés judicial que ja hagués conclòs amb sentència ferma, és a dir, que per via d'aquests recurs es vindria a deixar sense efecte el principi de dret processal de la cosa jutjada material, amb les perniciosos conseqüències que això suposa per a la seguretat jurídica, i aquesta possibilitat fins i tot podria ser reiterativa tota vegada que la resolució que es dicta en el procediment dels articles 15 a 18 de la Llei Transitòria no té l'autoritat de cosa jutjada, com mana

l'article 17 de la mateixa Llei ("Les decisions en aquesta matèria no podran tenir en cap cas l'autoritat de la cosa jutjada"). I pensem que, com també disposa el mateix l'article 17, el procediment urgent i preferent tampoc té l'efecte de la cosa jutjada formal, doncs no té cap efecte suspensiu quant als procediments ordinaris.

Però no podem desconèixer la recent sentència del Tribunal Constitucional de data 7 de setembre del 2009, dictada en la Causa 2009-2-RE (Núm. de registre 18-2009. Recurs d'empara), en la que el Tribunal Constitucional, després d'argumentar que "En aquesta causa, és cert que va existir una denúncia prèvia dels fets que són objecte del procés penal i que la intervenció del Servei de Policia va tenir lloc en relació amb unes diligències prèvies certes en funció d'aquella denúncia. Tanmateix, no consta que aquesta denúncia hagués estat admesa per cap òrgan judicial competent. També, és evident que la resolució del procediment urgent i preferent per a la protecció dels drets fonamentals en qüestió no té res a veure amb el fet que s'hagués produït o no un delictes contra la propietat de tercers que és sobre el que versa la qüestió penal pendent. Per consegüent, no existeix cap condicionament entre el procés penal relatiu al delictes contra la propietat esmentat i el procés relatiu als drets constitucionals a la intimitat i a la privacitat del domicili", i conclou que "no és procedent l'al·legació de la prejudicialitat penal per a no entrar en el fons de l'assumpte objecte tant del procediment urgent i preferent de l'article 41 de la Constitució com en aquest recurs d'empara, sempre preferent si s'interposa en el moment oportú".

IV.-CONSIDERANT: que l'objecte del present procediment urgent i preferent i, en definitiva, del recurs no és determinar la legitimitat de la intervenció dels telèfons mòbils dels Srs. M.i M. sinó si fou legítima la intervenció del telèfon mòbil del Sr. L., per a la qual cosa caldrà veure si hi hagué pròpia intervenció del telèfon mòbil del Sr. L., en què va consistir la recerca d'informació, per tal de saber si la informació quedava o no emparada pel dret fonamental al secret de les comunicacions de l'article 15 de

la Constitució, i si dita intervenció es va fer amb l'oportuna autorització, ja sigui del titular del telèfon mòbil, ja sigui de l'Hble. Sr. Batlle instructor.

Abans de res, i seguint el fil del que la part apel·lant assenyalava com a *thema decidendi*, cal dir:

1r. Que, com ja tenim amplament declarat, l'abast de la protecció del dret fonamental al secret de les comunicacions que a tothom garanteix l'article 15.2 de la Constitució, comprèn no sols el contingut de les comunicacions sinó també, en el cas de les comunicacions telefòniques, la informació relativa al tràfic de les trucades emeses i rebudes, o intentades, així com a la relació dels números de telèfon i dels seus titulars i als missatges escrits SMS enviats o rebuts (sentències d'aquest Tribunal de 21 de juny del 2007, en Rotlles d'apel·lació núm. 13/07 i núm. 14/07), sentència de 10 d'abril del 2008 en Rotlle d'apel·lació núm. 43/07, i sentència de 30 de juny del 2008 en Rotlle apel·lació núm. 9/08). I que això, tot això i res més que això és el que abasta el dret fonamental, en el cas de les comunicacions telefòniques.

2n. Que no queda sota la protecció jurisdiccional perquè no és, ni s'integra, en cap mena de comunicació del titular del telèfon, el fet d'efectuar el Servei de Policia una trucada des d'un telèfon mòbil intervingut a un detingut amb la finalitat d'esbrinar el número de línia de dit telèfon perquè, no disposant els agents del PIN, havien d'assegurar la identificació del número del telèfon abans que es descarregués la bateria i el telèfon s'apagués doncs, altrament, no tenint coneixement del número de línia i targeta SIM es veurien en la impossibilitat de demanar la corresponent autorització judicial per poder posteriorment examinar el tràfic de trucades i el contingut de les trucades i sms efectuats amb dit telèfon mòbil. Aquesta és una actuació que s'emmarca en les facultats que als agents Servei de Policia els atorga l'article 26 del Codi de Procediment Penal.

3r. Que per a descarregar fotografies d'un telèfon mòbil o examinar la seva agenda telefònica no cal l'autorització judicial que estableix l'article 87.2 del Codi de Procediment Penal ja que dites accions no suposen cap restricció del dret fonamental al secret de les

comunicacions, doncs ni l'agenda telefònica ni els arxius fotogràfics que contenen els telèfons mòbils no queden compresos en la protecció del dret fonamental ja que no poden ser considerats comunicacions, ni formen part de cap comunicació. També és una actuació que s'emmarca en les facultats que als agents Servei de Policia els atorga l'article 26 del Codi de Procediment Penal.

V.-CONSIDERANT: que, de l'examen de les actuacions que obren en la causa TC-034-4/07 arran de la detenció de Aurelian Florin M., Marian M., Razvan C.O., Nicoleta Camelia B., Ion L. i Gisella Hajnalka V. pel Servei de Policia s'ocuparen, entre altres objectes, a Razvan C. O. dos telèfons mòbils, un de la marca NOKIA amb el seu carregador que fou dipositat en la bossa precintada núm. PP18067 i un altre de la marca MOTOROLA que fou dipositat en la bossa precintada núm. PP18118, a Nicoleta Camelia B. un telèfon mòbil de la marca NOKIA que fou dipositat en la bossa precintada núm. PP18119, a Ion L. un telèfon mòbil de la marca NEC que fou dipositat en la bossa precintada núm. PP18116, a Gisella Hajnalka V. un telèfon mòbil de la marca NOKIA amb el seu carregador que fou dipositat en la bossa precintada núm. PP18073 i a Aurelian Florin M. un telèfon mòbil de la marca NOKIA amb el seu carregador que fou dipositat en la bossa precintada núm. PP18117, que quedaren en dipòsit al Despatx Central de Policia a disposició de l'Hble. Sr. Batlle (foli 32). Els detinguts foren posats a disposició de la Hble. Sra. Batlle de Guàrdia qui, per aute de data 20 de març del 2007, va deixar sense efecte la detenció de Ion L. (foli 290), mentre que dictà aute de la mateixa data decretant el processament de Razvan C.O., Marian M., Aurelian Florin M., Nicoleta Camelia B. i Gisella Hajnalka V. (folis 292 a 298). Posteriorment, per aute de data 22 de març del 2007 la Hble. Sra. Batlle va decidir que es procedís "a la realització d'un estudi detallat de la informació continguda en els aparells de telefonia mòbils incautats als detinguts, per part del Servei de Policia", manant que "L'informe elaborat al respecte serà tramès a la Batllia el mes aviat millor" (folis 312.1 a 312.3), i s'adreçà ofici al Director del Servei de Policia interessant que "procediu a realitzar un

estudi detallat de la informació continguda en els aparells de telefonia mòbils incautats als detinguts, els qui consten en les bosses precintades PP18067, PP18118, PP18119, PP18116, PP18073, PP18117, aparells els quals resten sota la vostra custòdia fins a la finalització de l'estudi encomanat, moment en el qual seran tramesos a aquesta secció d'Instrucció, juntament amb el resultat del mateix" (foli 313 bis).

S'observa, doncs, que entre els telèfons mòbils intervinguts quina informació quedava sota la autorització de la Hble. Sra. Batlle estava el telèfon mòbil incautat al Sr. L. que constava dipositat en la bossa precintada núm. PP18116. Per tant, aquest aute de data 22 de març del 2007 legitimà la investigació del contingut del telèfon mòbil incautat al Sr. L. quin resultat es fa constar a l'Annex A (folis 363 i següents) de l'informe que fou tramès pel Servei de Policia a la Hble. Sra. Batlle en data 30 de març del 2007 (foli 330), informe que té per objecte el resultat de l'anàlisi de la informació continguda en els telèfons mòbils a que es feia referència en l'aute de 22 de març del 2007 i ofici de la mateixa data adreçat per la Hble. Sra. Batlle al Director del Servei de Policia.

La conclusió no pot ser altra que la recollida de les dades sobre tràfic de trucades i sms realitzada pel Servei de Policia respecte del telèfon mòbil de la marca NEC que havia estat incautat a Ion L., dipositat en la bossa precintada núm. PP18116, fou absolutament legítima tota vegada que estava degudament emparada per l'autorització donada prèviament per la Hble. Sra. Batlle instructora mitjançant aute de data 22 de març del 2007. Per tant, no hi ha lloc a declarar la vulneració del dret fonamental al secret de les comunicacions respecte del ara apel·lant Sr. Ion L., procedint la desestimació del recurs d'apel·lació i la confirmació íntegra de l'aute de data 22 de maig del 2009 dictat per l'Hble. Sr. Batlle.

VI.-CONSIDERANT: que, havent estat desestimat el recurs en la seva integritat, procedeix imposar a la part apel·lant les despeses processals causades en aquesta segona instància.

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i altres fonts del Dret del Principat d'Andorra,

La Sala Penal del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

D E C I D I M

1- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. Marian M. contra l'Aute de data 22 de maig del 2009 dictat per l'Hble. Sr. Batlle de Guàrdia en el present procediment urgent i preferent de l'article 41.1 de la Constitució.

2- Confirmar íntegrament dit Aute.

3.- Imposar a la part apel·lant les despeses processals causades pel recurs.

4.- Retornar la Causa a l'Hble. Sr. Batlle, amb certificació de la present Sentència, per al seu compliment i execució.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.