

Núm. de Rotlle: TSJP-13/13
Batllia de Guàrdia núm. 59
Procediment Urgent i Preferent 41.1 CA

SENTÈNCIA 17-2013

PARTS:

Recorrent: Sr. B F T
Advocat: Sra. PBV

Recorregut: SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA
-ANDORRA TELECOM
Advocat: Sr. JSC

Ministeri Fiscal
Mgfc. Sr. AAS

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

Presidenta: M. I. Sra. Marie CONTE
Magistrats: M. I. Sr. Yves PICOD
M. I. Sr. Josep Maria PIJUAN CANADELL

Andorra la Vella, quinze de juliol del dos mil tretze.

En el recurs d'apel·lació interposat contra l'aute de data 8 de març del 2013, dictat pel l'Hble. Batllia de guàrdia en la Causa i Rotlle de referència, en el Procediment urgent i Preferent de l'article 41.1 de la Constitució. 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 8 de març del 2013, l'Hble. Sr. Batlle de Guàrdia va decidir desestimar la demanda formulada per la representació lletrada del Sr. B F T, en data 7 de febrer del 2013, pel procediment urgent i preferent establert a l'article 41.1 de la Constitució, per vulneració dels drets fonamentals a la intimitat i al secret de les comunicacions, reconeguts als articles 14 i 15 de la Constitució, en no desprendre's dels autes les vulneracions als drets fonamentals al·legades.

II.-RESULTANT: que contra l'esmentat Aute de data 8 de març del 2013 la representació lletrada del Sr. B F T interposà recurs d'apel·lació, en aplicació de l'article 16 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials, doncs entén que l'emmagatzematge per part del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM de les dades de les comunicacions telefòniques realitzades pel Sr. F, sense disposar de cap autorització judicial, suposa una intromissió il·legítima en la seva vida privada i, per tant, una vulneració del dret a la intimitat i al secret de les comunicacions, per quan que el SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM no disposa de l'autorització del client, ni de cap empara legal, ni d'una autorització judicial, per la qual cosa entén que aquest emmagatzematge de les dades de les comunicacions fetes entre el 15 d'agost i el 4 de desembre del 2001 és il·legítim, per la qual cosa sol·licita a aquest Tribunal que dicti sentència revocant l'aute de data 8 de març del 2013 i, apreciament la violació del dret constitucional a la intimitat i al secret de les comunicacions, vulgui acordar la cessació de totes les conseqüències lesives que deriven de manera directa de la utilització indeguda de les dades protegides, i vulgui acordar ordenar la destrucció de qualsevol document incriminador o que pugui donar lloc a informar a tercers sobre les dades recollides en els folis 562 a 667 dels autes TC-128-6/11, amb imposició al SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM de les costes judicials causades.

III.-RESULTANT: que en el present recurs han comparegut el Mgfc. Ministeri Fiscal i la representació lletrada del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM, a qui es donà trasllat de l'escrit del recurs. El Ministeri Fiscal informà en el sentit d'oposar-se al recurs per considerar que no hi ha lloc a apreciar cap mena d'il·legalitat en l'emmagatzematge de les comunicacions telefòniques realitzades pel Sr. B F T, que considera plenament ajustada a dret, doncs la Llei 15/2003, del 18 de desembre, qualificada de protecció de dades personals, que és la que regula aquesta matèria, en el seu article 5 estableix que queden fora de l'aplicació de dita Llei el tractament de dades personals relatives a les matèries de Seguretat de l'Estat i Investigació i prevenció d'infraccions penals, assenyalant que es tracta d'una llei qualificada. I, d'altra banda, l'aute dictat per l'Hble. Sr. Batlle en la causa TC-128-6/11 autoritzant el control de les comunicacions del Sr. B F T compleix els requisits legals i està correctament fonamentat en Dret. Per tot això, el Ministeri Fiscal interessa la desestimació del recurs d'apel·lació interposat per la representació lletrada del Sr. B F T i la confirmació de l'aute de data 8 de març del 2013 dictat per l'Hble. Sr. Batlle de guàrdia.

Per la seva banda, la representació lletrada del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM s'ha oposat al recurs al·legant que no és cert que el SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM hagi fet alguna actuació en violació o infracció dels drets constitucionals del Sr. B F T a la intimitat i al secret de les comunicacions doncs s'ha limitat a lliurar a l'autoritat judicial la informació que li havia estat demanada per dita autoritat, informació consistent en el llistat de trucades emeses i rebudes per dos concrets números de telèfons mòbils del Sr. F en un determinat i específic espai temporal. I, pel que fa a l'emmagatzematge de les dades de les comunicacions del Sr. F relatives a la relació de trucades entrants i sortints, amb indicació dels números de telèfons i data, hora i durada de les comunicacions, que es tracta d'una activitat perfectament lícita, realitzada dins del marc legal, doncs s'ajusta a la Directiva Comunitària 2006/24 CE, sobre la conservació de dades tractades en la prestació de serveis de comunicacions telefòniques, i té

la finalitat legítima de permetre el control del consum i la facturació feta al client per part de l'empresa que presta el servei de telecomunicacions. Per tot això, aquesta representació lletrada demana la desestimació del recurs d'apel·lació interposat per la representació lletrada del Sr. B F T i la confirmació de l'aute dictat per l'Hble. Sr. Batlle de guàrdia, imposant a la part apel·lant el pagament de la totalitat de les costes, amb expressa inclusió dels honoraris d'advocat i procurador de aquesta part apel·lada.

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 ja té declarat aquest Tribunal que, en el marc de la protecció dels drets fonamentals, cal fer la distinció entre dos procediments diferents, un que és aplicable en el cas de la vulneració del dret fonamental a la jurisdicció, i altre que és aplicable quan s'invoca una lesió de qualsevol altre dels drets fonamentals recollits en els Capítols III i IV del Títol II de la Constitució.

Quan s'invoca la vulneració del dret fonamental a la jurisdicció de l'article 10 de la Constitució, la via processal que cal seguir és la que preveuen els articles 18 bis de la Llei transitòria de procediments judicials i 94 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional,

en la redacció que li va donar la Llei qualificada de 22 d'abril de 1999 (en aquest sentit és reiterada la Jurisprudència, tant del Tribunal Constitucional, Aute de 2 de juliol del 1999, Aute de 18 de juliol del 2001, Aute 12 de novembre del 2003, com del Tribunal Superior de Justícia, Sentències de data 1 de febrer del 2000 y 19 d'abril del 2001, 30 de gener de 2007, totes elles de la Sala Administrativa).

En el cas d'una hipotètica vulneració d'algun altre dels drets fonamentals recollits en els Capítols III i IV del Títol II de la Constitució, s'ha d'utilitzar el procediment previst en l'article 41.1 de la Constitució, que desenvolupen els articles 15 a 18 de la Llei transitòria de procediments judicials, i que constitueix la via prèvia al recurs general d'empara dels articles 85 a 92 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, procediment aquest que, com diu la sentència d'aquesta Sala Penal del Tribunal de data 10 de desembre del 2004, "és un procés de tutela constitucional que a més a més de ser "urgent" i "preferent" s'ha de considerar "excepcional" per a ser utilitzat com a "ultima ratio" solament quan per al restabliment dels drets constitucionals vulnerats no existeixi un procediment jurisdiccional ordinari i idoni per a aquella finalitat".

L'article 41.1 de la Constitució diu textualment que "Els drets i llibertats reconeguts en els capítols III i IV són tutelats pels tribunals ordinaris per mitjà d'un procediment urgent i preferent regulat per la llei, que, en qualsevol cas, se substanciarà en dues instàncies".

La tutela dels drets i llibertats fonamentals comporta, necessàriament, la exigència de que el Tribunal ordinari es qüestioni si hi ha hagut la vulneració del dret fonamental que el demandant denuncia i, en el seu cas, declarar l'existència de la vulneració doncs és evident que la declaració de la vulneració és un pas previ, necessari i ineludible per acordar la cessació de la vulneració, prenent les mesures escaients a tal efecte. És a dir, davant d'una demanda formulada a l'empara de l'article 15 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials el Batlle, o en el cas de recurs d'apel·lació el Tribunal, no pot eximir-se de declarar de manera clara i terminant si hi ha hagut vulneració del dret fonamental, cas en el que també ha de fer cessar la situació il·lícita, si encara perdura, o bé

que no hi ha hagut la vulneració denunciada, doncs quan l'article 15 de la Llei Transitòria de Procediments Judicials parla de "en cas de lesió", és evident que es refereix a vulneració del dret fonamental, ja que en aquest cas hi ha sinonímia entre els conceptes "lesió" i "vulneració".

III.-CONSIDERANT: que la part apel·lant al·lega que l'emmagatzematge, sense disposar de cap autorització judicial, per part del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM de les dades de les comunicacions telefòniques realitzades pel Sr. F suposa una vulneració del seu dret a la intimitat i al secret de les comunicacions, no disposant el SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM ni de l'autorització del client, ni d'una autorització judicial, per la qual cosa entén que l'emmagatzematge de les dades de les seves comunicacions entre el 15 d'agost i el 4 de desembre del 2001 es il·legítim i, per tant, demana que aquest Tribunal apreciï la violació del dret constitucional a la intimitat i al secret de les comunicacions i acordi la cessació de totes les conseqüències lesives que deriven de manera directa de la utilització indeguda de les dades protegides, demanant de manera expressa que aquest Tribunal ordeni la destrucció dels documents incriminadors que consten en els autes TC-128-6/11.

Són, doncs, dues les qüestions plantejades: primer, si l'emmagatzematge per part del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM de les dades de les comunicacions telefòniques realitzades pel Sr. F en un determinat període de temps suposa una vulneració del seu dret a la intimitat i al secret de les comunicacions; i, segon, si l'obtenció de les dades referents al llistat de les trucades entrants i sortints, amb indicació dels números de telèfons i data i hora de les comunicacions, també vulnera l'esmentat dret fonamental.

IV.-CONSIDERANT: que, pel que fa a la primera qüestió, la legitimació del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM per l'emmagatzematge de les dades de les comunicacions telefòniques realitzades pel Sr. F, i pels clients de dita empresa en general, durant un determinat període de temps suposa o no una

vulneració dels drets constitucionals a la intimitat i al secret de les comunicacions que a tothom reconeixen els articles 14 i 15 de la Constitució, la resposta no pot ser altra que la de què aquest Tribunal no aprecia cap motiu que doni lloc a pensar que en l'emmagatzematge d'aquestes el SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM no hagi actuat de conformitat amb la legalitat que li és d'aplicació, i que l'autoritza a conservar i emmagatzemar les dades de les comunicacions telefòniques dels usuaris dels serveis que presta, amb la finalitat primordial de tractar i resoldre les eventuals queixes i reclamacions de clients en relació a la facturació. I, òbviament, altra finalitat de la conservació i l'emmagatzematge d'aquestes dades és la de col·laborar amb l'Administració de Justícia, quan dites dades li siguin demanades per l'autoritat judicial.

I aquest Tribunal no aprecia cap motiu que doni lloc a sospitar de la constitucionalitat de la normativa que regula l'actuació del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM.

Pel que fa a la segona qüestió, si l'obtenció de les dades referents al llistat de les trucades entrants i sortints, amb indicació dels números de telèfons i data i hora de les comunicacions, és obvi que la facilitació d'aquestes dades per part del SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM sols es pot fer amb l'autorització del titular de la línia telefònica afecta o per mandat de l'autoritat judicial.

En el present cas, consta que en el marc de la instrucció de la causa sumari número TC-128-6/11, seguit per un presumpte delicte major continuat de tràfic de producte estupefaent marihuana contra el Sr. B F T, l'Hble. Sr. Batlle instructor va dictar aute de data 30 d'agost del 2012 autoritzant "l'obtenció del llistat de trucades emeses i rebudes des de i als números de telèfons mòbils XXXXXX i XXXXXX, d'ençà el 15 d'agost del 2011 fins el 4 desembre del 2011, havent-se d'indicar a més dels números de telèfons emissors i receptors, la identitat del titular de tots aquells que constin", autoritzant al Servei de Policia el tractament i estudi de les proves obtingudes. I, en compliment de dita resolució, el SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM lliurà al Servei de Policia un CD contenint la informació sol·licitada.

La representació lletrada del Sr. B F T pretén la destrucció d'aquesta informació obtinguda arran de l'aute de data 30 d'agost del 2012, doncs en l'escrit del recurs demana de manera expressa que aquest Tribunal ordeni "la destrucció de qualsevol document incriminador o que pugui donar lloc a informar a tercers, com són els folis núm. 562 a 666 i el CD contenint la totalitat de les comunicacions del núm. XXXXXX i XXXXXX (foli 667) que es troben en els autes núm. TC-128-6/11". És a dir, pretén que es deixi sense efecte la prova obtinguda en el marc de la instrucció del sumari número TC-128-6/11, seguit per un presumpte delictes major continuat de tràfic de producte estupefaent marihuana contra el Sr. B F T, prova que s'obtingué en virtut de l'aute de data 30 d'agost del 2012 dictat per l'Hble. Sr. Batlle instructor.

És obvi que aquesta pretensió de la part apel·lant no pot prosperar doncs, como ja té declarat aquest Tribunal, el procediment urgent i preferent no és adient per declarar la nul·litat d'una prova obtinguda en el marc d'un procés penal que es troba pendent de sentència, doncs es sostrauria de la jurisdicció del òrgan judicial competent la decisió sobre la validesa o nul·litat d'una prova, qüestió que és de la seva exclusiva competència, sense perjudici de la revisió de la decisió en el marc dels recursos legalment establerts, ja sigui en la via penal, ja en la de l'empara davant del Tribunal Constitucional.

De conformitat amb l'article 17 de la Llei Transitòria, el procediment urgent i preferent no té efecte suspensiu quant als procediments ordinaris. La qüestió de la prejudicialitat penal ha estat precisada pel Tribunal Constitucional en la seva sentència de data 7 de setembre del 2009, dictada en la Causa 2009-2-RE. En aquesta sentència el Tribunal Constitucional nega la prejudicialitat perquè, encara que fos cert "que va existir una denúncia prèvia dels fets que són objecte del procés penal", no constava que la denúncia "hagués estat admesa per cap òrgan judicial competent" i perquè, d'altra banda, perquè era "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".

És a dir, el Tribunal Constitucional no nega amb caràcter general la possibilitat de la prejudicialitat penal en el marc del procediment urgent i preferent sinó que la supedita a que hi hagi un "condicionament" entre el procés penal i el procés relatiu als drets constitucionals, condicionament que vindria donat per l'existència d'un procediment penal pendent sobre els fets en que es fonamenta la demanda del procediment urgent i preferent.

Procedeix, per tot el que s'ha exposat, desestimar el recurs d'apel·lació i la confirmació íntegra de l'aute recorregut, amb imposició a la part apel·lant de les despeses processals del recurs, amb expressa inclusió dels honoraris d'advocat i procurador de la part apel·lada SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM.

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

DECISIÓ

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, en nom del poble andorrà, decideix:

1- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la representació lletrada del Sr. B F T contra l'Aute de data vuit de març del dos mil tretze dictat per l'Hble. Sra. Batlle de Guàrdia en el present procediment urgent i preferent de l'article 41.1 de la Constitució.

2- Confirmar íntegrament dit Aute, imposant a la part apel·lant les despeses processals del recurs, amb expressa inclusió dels honoraris d'advocat i procurador de la part apel·lada SERVEI DE TELECOMUNICACIONS D'ANDORRA - ANDORRA TELECOM.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manen que, una vegada notificada la present sentència a totes les parts, es retorni la causa a L'Hble. Batlle de procedència, amb certificació de la present Sentència, per al seu compliment i execució.

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