

REGISTRO DE LA AGENDA DE TELÉFONO MÓVIL EN EL CURSO DE UNA INVESTIGACIÓN. ENTREGA DE LISTADO DE LLAMADAS

Ángel Muñoz Marín

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

EXTRACTO

El derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, ambos recogidos en el artículo 18 de la Constitución, no protegen, en todos los casos, de las mismas intromisiones, sino que cada uno de ellos tiene su específico ámbito de protección; del mismo modo que en el plano del secreto de las comunicaciones las injerencias que puedan llevarse a cabo tienen diferente intensidad.

Palabras claves: tráfico de drogas, derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad y denegación de diligencias de pruebas.

Fecha de entrada: 14-07-2014 / Fecha de aceptación: 21-07-2014

ENUNCIADO

En el curso de una investigación policial relativa a un grupo de personas que se dedican al tráfico ilegal de drogas, agentes del Cuerpo Nacional de policía observan cómo, en un lugar del litoral de la provincia de Almería, a altas horas de la noche una embarcación se acerca sigilosamente a la costa, en concreto a la playa de xxx, donde cuatro personas comienzan a descargar diversos fardos de la embarcación. Dada la escasa visibilidad, ya que es noche cerrada, los agentes de la autoridad se acercan discretamente hasta un lugar más próximo que les permitiera una mejor observación de los movimientos realizados y de las personas. Una vez situados a escasos diez metros del lugar, proceden a identificarse y a dar el alto a los cuatro individuos que se encontraban en el lugar; los cuales, lejos de acatar las órdenes dadas, emprenden la huida en dos motos todoterreno. Mientras dos de los agentes emprenden la persecución, otros dos proceden a comprobar el contenido de los fardos, extrayendo de uno de ellos una muestra que, una vez realizado el drogotest, resultó ser heroína. Junto a uno de los fardos se encuentra una riñonera en cuyo interior, entre otros objetos, se encuentra un teléfono móvil, a cuya agenda de teléfono accedieron los agentes, observando como uno de los contactos de la misma contenía el nombre de cuñado, número que tras las oportunas investigaciones resultó ser el del cuñado de Roberto.

En el curso de la investigación, por el Juzgado de Instrucción se solicita a la compañía de telefonía el listado de llamadas entrantes y salientes del móvil de Roberto, solicitud que se realiza mediante providencia. Del listado remitido, y del análisis de las llamadas, y de otras investigaciones derivadas de dicho listado, se llega a la conclusión de que Santiago y Juan eran, junto a Roberto, tres de las cuatro personas que se encontraban aquella noche en la playa.

Durante la instrucción de la causa judicial el letrado de Roberto solicita un contraanálisis de la droga, prueba que no se lleva a cabo, sin que, posteriormente la solicite en el escrito de conclusiones; sin embargo, en el recurso de casación que plantea contra la sentencia condenatoria, al amparo del artículo 850.1 de la LECrim., interpone recurso de casación por denegación de diligencias de prueba.

Cuestiones planteadas:

- ¿Es correcto el acceso a la agenda del teléfono móvil de Roberto por parte de los agentes de policía?
- ¿Se puede solicitar el listado de llamadas mediante providencia?
- ¿Puede prosperar el recurso de casación planteado por la defensa de Roberto?

SOLUCIÓN

Para dar respuesta a la primera de las cuestiones planteadas hay que acudir necesariamente a lo establecido en el **artículo 18 de la Constitución**, en sus apartados 1, 3 y 4. Así, el apartado primero del citado precepto, referido al derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el apartado tercero que otorga salvaguarda al derecho al secreto de las comunicaciones y, finalmente, el apartado cuarto con el cual se protege el derecho fundamental al honor y a la intimidad personal y familiar por la invasión que de los mismos se pudiera efectuar mediante el uso de la informática, nos estamos refiriendo a la protección de los datos personales.

Una vez reseñados estos derechos fundamentales, la siguiente cuestión a dilucidar es si el acceso por parte de los agente de la autoridad –policía nacional– puede considerarse protegido bajo alguno de dichos derechos fundamentales. La praxis judicial, tanto las resoluciones del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, distingue de forma nítida entre el derecho a la intimidad –**art. 18.1 CE**– y el derecho al secreto de las comunicaciones –**art. 18.3 CE**–, ambos con un diferente grado de protección. Así, en cuanto al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el propio **artículo 18.3 de la Constitución** garantiza su incolumidad, la cual solo cederá ante una autorización judicial que tendrá que reunir los requisitos que la jurisprudencia ha venido exigiendo, o en su caso del consentimiento de su titular. Pero realmente, ¿qué protege el derecho al secreto de las comunicaciones? ¿La invasión por un extraño en la agenda de un teléfono móvil choca con esta protección? Básicamente el derecho al secreto de las comunicaciones como establece la **STS 444/2014, de 9 de junio**, comprende, no solo el secreto de la comunicación en sí, esto es, la conversación que se mantiene, sino también la confidencialidad de todo aquello sobre lo que pivota la comunicación realizada, esto es, las circunstancias en que se lleva a cabo la comunicación, los datos mismos de la llamada, la duración, quiénes han sido los interlocutores, etc. Pues bien, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo vienen estableciendo de forma unánime que el acceso exclusivamente a la agenda de teléfonos, es decir, a los datos que se incorporan a la misma, sin realizar ningún acceso a otra aplicación del mismo, no puede considerarse como una intromisión del derecho al secreto de las comunicaciones. Por tanto, habrá que determinar si tal acceso supone una vulneración del derecho a la intimidad personal consagrada en el **apartado primero del artículo 18 de la CE**. La cuestión no es baladí, ya que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones tiene, por así decirlo coloquialmente, un plus de protección del que no disfruta el derecho a la intimidad del apartado primero. Así, mientras que en el **ordinal tercero del artículo 18** se establece que el derecho al secreto de las comunicaciones solo cede ante el consentimiento del titular del mismo o de la autorización judicial, no ocurre lo mismo con el derecho a la intimidad –**art. 18.1 CE**– para lo cual no es precisa la autorización judicial. La pregunta que surge necesariamente es ¿en qué casos cede el derecho a la intimidad? ¿Ante que otros intereses puede ceder?

La **STC 207/1996, de 16 diciembre**, ya venía a establecer la posibilidad de que el derecho a la intimidad cediera ante lo que se denominan otros intereses constitucionalmente legítimos. Y para ello exigía una serie de requisitos, a saber: 1) la existencia misma de un interés constitucio-

nalmente legítimo, el cual podría perfectamente modularse por la existencia de una investigación por un delito, 2) que la medida limitativa del derecho esté prevista por la ley, esto es, que exista una habilitación legal, 3) que quede salvaguardado el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la primera de las condiciones exigidas, en el caso que nos ocupa, al tratarse de la investigación de un delito de tráfico de drogas, dicho requisito se cumple. Respecto del segundo, la habilitación legal, hay que cuestionarse si la policía judicial en el curso de una investigación por delito está facultada para realizar dicha intromisión. Los argumentos que sustentan la actuación de los efectivos policiales hay que buscarlos en los siguientes preceptos: **artículo 282 de la LECrim.** que establece que «La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación, practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial»; el **artículo 11.1 g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**, que recoge como función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, «Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes»; y el **artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana**, «Las autoridades competentes, de acuerdo con las leyes y reglamentos, podrán dictar las órdenes y prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el artículo 1.º de esta Ley». Al respecto, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo que dentro de estas facultades que les confiere la ley, se encuentran la de poder inspeccionar el contenido de los efectos o pruebas recogidas, así como realizar un primer examen de los mismos, todo ello acomodándose al principio de proporcionalidad que siempre debe regir toda actuación que afecte a un derecho fundamental.

El tercero de los requisitos es, precisamente, la proporcionalidad, que se configura como principio rector de la actuación, en este caso, de la policía judicial. Este principio de proporcionalidad, según establece la **STC 207/1996, de 16 de diciembre**, supone que la actuación realizada sea idónea para la investigación que se está llevando a cabo; en segundo lugar que sea necesaria, lo que supone que no existan otras medidas menos gravosas para alcanzar el fin propuesto y, finalmente, y en relación con las dos anteriores, que la actuación produzca más ventajas para el interés general que perjuicios.

Aplicada dicha doctrina al caso que nos ocupa, debemos concluir que el acceso de los agentes de la policía judicial a la agenda de teléfonos, exclusivamente, no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino una intromisión en el derecho a la intimidad, en este caso de Roberto. Sobre esta premisa, la actuación de los efectivos de la policía nacional puede considerarse que fue llevada a cabo dentro de los parámetros que marca la doctrina constitucional, ya que estaba en curso una investigación por la comisión de un delito de tráfico de drogas que tiene, sin duda, una especial gravedad. Asimismo existía una habilitación legal para la

actuación, en el marco de las facultades que tiene conferidas como policía judicial y, finalmente, el principio de proporcionalidad fue respetado, ya que vista la dinámica en que acontecieron los hechos, el acceso a la agenda puede considerarse como una diligencia de carácter urgente y necesaria para la obtención de la finalidad buscada, la detención de los autores del delito.

La segunda de las cuestiones planteadas es la relativa a si la solicitud por el Juzgado de Instrucción del listado de llamadas entrantes y salientes del teléfono móvil intervenido puede realizarse mediante providencia o tiene que acordarse mediante auto. Como hemos adelantado, la praxis judicial viene considerando que dentro de la salvaguarda que proporciona el **artículo 18.3 de la Constitución**, se encuentra no solo el hecho mismo de la conversación mantenida, sino también todos aquellos otros datos que están embebidos de la confidencialidad de la llamada, dentro de los cuales está, sin duda, aquellos elementos que permitan identificar quién sea el destinatario de las llamadas realizadas o de las recibidas. Por lo tanto y, en principio, de conformidad con lo establecido en dicho precepto constitucional, la intromisión en dicho derecho, a falta de consentimiento del titular, deberá realizarse mediante autorización judicial. La solución la encontramos en la **STS 444/2014, de 9 de junio** que señala que dentro de la posible injerencia al derecho al secreto de las comunicaciones, hay actuaciones que tienen una menor intensidad que otras. Así, la intromisión en la comunicación, en la conversación, conlleva una grave injerencia, en el caso de la solicitud del listado de llamadas, la injerencia no alcanza tal intensidad, con lo que, aplicando nuevamente el tal manido principio de proporcionalidad, aunque la norma general es la necesidad de que la resolución judicial debe adoptar la forma de auto, en algunos casos bastaría con una providencia siempre y cuando el análisis de dicha resolución, junto con el de la solicitud policial tenga los datos suficiente para valorar si se ha respetado el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la última de las cuestiones planteadas, si es posible que prospere el recurso de casación planteado por la defensa de Roberto, decir que el **artículo 850.1 de la LECrim.** establece como motivo del recurso de casación «cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente». El relato de hechos nos dice que la solicitud del contraanálisis se solicitó durante la instrucción de la causa, sin que posteriormente se hubiere interesado nuevamente en el escrito de conclusiones provisionales –**art. 656 LECrim.**–. Lo cierto es que en el relato de hechos no se dice que haya denegado tal diligencia de prueba, sino que simplemente no se llevó a cabo, sin embargo, aunque se hubiere denegado, tal denegación se produjo en la fase de instrucción, sin que dicha solicitud se reprodujera en el escrito de calificación, ni, por ende, en el acto del juicio oral. Por tanto, la denegación del contraanálisis se habría producido en la fase de instrucción, y el **artículo 311 de la LECrim.** establece que «El juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas sino las considera inútiles o perjudiciales. Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas podrá interponerse recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto ante la respectiva Audiencia o Tribunal competente». Era en la fase de instrucción en donde, en caso de silencio, debería haberse reiterado la solicitud de la prueba y ante la denegación por el instructor haberse planteado el oportuno recurso de apelación. El recurso de casación no tendría, pues, fundamento para prosperar.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución española, art. 18.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 282, 311, 656 y 850.1.
- LO 2/1986 (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), art. 11.1 g).
- LO 1/1992 (protección de la seguridad ciudadana), art. 14.
- STC 207/1996, de 16 de diciembre.
- STS 444/2014, de 9 de junio.