2014-34-RE

CAUSA 2014-34-RE
(Iturbe Garcia i Gagliardini Busser c/ Principat d'Andorra)

Sentència del Tribunal Constitucional del 13-3-2015 relativa al recurs d'empara 2014-34-RE

Número de registre 449-2014. Recurs d'empara

Sentència del 13 de març del 2015

BOPA núm. 23, del 25 de març del 2015

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 17 de setembre del 2014, per la representació processal dels Srs. Josep Maria Iturbe Garcia i Eric Gagliardini Busser, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara, contra l'aute del 17 d'abril del 2014, dictat per la batlle de guàrdia, i contra la sentència del 30 de juliol del mateix any, dictada per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, en el marc del procediment urgent i preferent, per una presumpta vulneració dels drets fonamentals a la intimitat i al secret de les comunicacions, establerts als articles 14 i 15 de la Constitució, respectivament, i atès que demana al Tribunal Constitucional que admeti aquest recurs d'empara, que declari la vulneració dels drets fonamentals esmentats, que adopti les mesures per reposar els drets fonamentals vulnerats i que se segueixen vulnerant, o *"el que és el mateix, fent cessar la situació il·lícita, procedint a recaptar la totalitat de la informació obtinguda i especialment: Que el Ministeri d'Interior informi als meus mandants de forma fefaent si les trucades i les comunicacions de ràdio emeses i rebudes per la SIIC són gravades i que el propi Ministeri d'Interior garanteixi que l'accés a dites gravacions únicament es podrà realitzar prèvia autorització judicial; Que es procedeixi a seguritzar l'accés a les màquines de gravació de la SIIC en una sala o altre sistema similar que impedeixi l'accés de tercers, dipositant el sistema d'accés al sistema de gravació en mans i custòdia del batlle president, sense perjudici que aquest ho delegui en altres autoritats judicials, com pot ser el batlle que en cada moment es trobi de guàrdia; Que es procedeixi a recuperar la totalitat dels logs o registres d'accés del sistema central de policia on es conserven les dades d'accés, consulta i identificació dels agents de policia (i més concretament dels meus mandants) i que serveixen per la realització de traçabilitats i identificació, així com tots els logs d'accés a internet i/o pàgines d'internet que els meus mandants poden haver consultat en el seu lloc de treball; Que es procedeixi a recuperar la totalitat dels enregistraments i/o gravacions de les càmeres de vídeo i en el seu cas d'àudio vigilància, tant interiors com exteriors existents a l'edifici administratiu de l'Obac, procedint d'immediat a desinstal·lació de totes les càmeres."*

També demana que es porti al coneixement dels recurrents tota aquella informació vulneradora dels

seus drets a la intimitat i al secret de les comunicacions i que es procedeixi a la destrucció immediata de la informació recaptada, amb la finalitat d'evitar fugues d'informació que perjudiquin els drets esmentats;

Vista la Constitució, especialment els articles 14, 15, 41, 88 i 98 c);

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítol sisè;

Vist l'aute del Tribunal Constitucional del 17 de novembre del 2014, que va admetre a tràmit, sense efectes suspensius, la causa 2014-34-RE;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat, el 3 de desembre del 2014, pel Ministeri Fiscal;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat, el 4 de desembre del 2014, pel Govern;

Vistes les conclusions formulades, dintre de termini, per les parts i pel Ministeri Fiscal;

Escoltat l'informe de la magistrada ponent, Sra. Laurence Burgorgue-Larsen;

Antecedents

Primer

El 21 de març del 2014, els Srs. Josep Maria Iturbe Garcia i Eric Gagliardini Busser, agents de policia en diferents àrees del Departament de Policia, van presentar una demanda davant el batlle de guàrdia en el marc del procediment urgent i preferent, establert a l'article 41.1 de la Constitució, per una presumpta intromissió il·legítima i il·legal en els seus drets a la intimitat i al secret de les comunicacions, reconeguts als articles 14 i 15 de la Constitució.

Segon

El 17 d'abril del 2014, la batlle de guàrdia va dictar un aute mitjançant el qual acordava no donar lloc a aquesta demanda.

Tercer

La representació processal dels Srs. Josep Maria Iturbe Garcia i Eric Gagliardini Busser va presentar un recurs d'apel·lació contra aquest aute i, el 30 de juliol del 2014, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia va dictar una sentència en què desestimava el recurs esmentat i confirmava

íntegrament l'aute objecte d'apel·lació.

Quart

El 17 de setembre del 2014, la representació processal dels Srs. Josep Maria Iturbe Garcia i Eric Gagliardini Busser va presentar un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional per tal com considerava que s'havien vulnerat els seus drets a la intimitat i al secret de les comunicacions.

Aquesta part exposa que, el 20 de novembre del 2008, el Sr. Josep Maria Iturbe Garcia, arran d'un problema amb la seva exparella, va trucar com a ciutadà a la Policia on va ser atès per l'agent Gagliardini que atenia aquell dia a la Sala d'Informació, d'Intendència i Comandament (SIIC).

El 9 de novembre del 2012, el Sr. Josep Maria Iturbe Garcia va ser informat que havia estat objecte d'escoltes a l'extensió del seu telèfon professional per part de persona i/o persones desconegudes, fet que és objecte d'investigació en la causa DP-2354-4/10.

L'objecte d'aquest procediment urgent i preferent no té per única i exclusiva finalitat el fet que s'hagi escoltat i gravat el Sr. Josep Maria Iturbe Garcia en el seu lloc de treball, sinó també vol posar de relleu altres actuacions que es consideren molt greus. Entre elles, l'enregistrament de les trucades i de les comunicacions via ràdio de la SIIC. Aquest enregistrament és fàcilment accessible i es pot escoltar i difondre sense cap autorització judicial i amb finalitats allunyades del simple control de les comunicacions, com pot ser l'obertura d'expedients disciplinaris.

Aquests enregistraments s'efectuen sense informar els ciutadans, ni els agents de policia. El mateix succeeix amb la videovigilància i la traçabilitat de les comunicacions informàtiques.

Aquesta part analitzarà una a una les vulneracions que al·lega. En primer lloc, les escoltes efectuades a l'extensió del lloc de treball del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia. En relació amb aquest punt, la part recurrent discrepa de l'argumentació de la batlle de guàrdia que declara que el procediment urgent i preferent portaria a una duplicitat de procediments, atès que aquesta causa està sent objecte d'investigació en el marc de la causa penal DP-2354-4/10. Segons el parer d'aquesta part, un procediment no té res a veure amb l'altre, ja que la pretensió de vulneració dels seus drets fonamentals és compatible processalment amb l'existència de la causa penal i no és lògic procedir a un recurs d'empara sense indicar totes les actuacions en què s'han vulnerat els drets objecte de la demanda. El Tribunal Superior de Justícia per la seva part considera que la via penal és la més ràpida per salvaguardar els drets fonamentals i és en el marc de la causa penal que les parts s'han de manifestar. Aquesta part també discrepa d'aquest punt de vista i considera necessari el reconeixement formal de la vulneració esmentada, renega de la rapidesa i, per consegüent, de l'eficàcia, de la via penal tenint en compte, entre d'altres, que la causa ha estat 3 anys sense instruir-se i pel que fa a la prejudicialitat penal, la part recurrent, recorda la sentència del Tribunal Constitucional del 3 d'octubre del 2011, recaiguda en la causa 2011-12-RE, en què es declarava la competència del Tribunal Constitucional, amb independència del possible vessant penal, en relació amb les vulneracions dels drets fonamentals adduïdes. Efectivament, el procediment urgent i preferent és idoni quan es respecti i no es prejutgi la causa penal, quan la via penal ha estat poc efectiva i lenta, la protecció dels drets fonamentals sigui inexistent i quan es tracti de drets fonamentals diferents a aquells previstos a l'article 10 de la Constitució.

Afegeix que l'article 8 de la Llei qualificada de la Justícia defineix la prejudicialitat penal davant els processos civils i administratius, ara bé, ens trobem aquí en un procés especial de defensa dels

drets fonamentals i el Tribunal Superior de Justícia no pot suplir la llei, de fet, no fonamenta jurídicament la seva decisió en cap norma, tan sols va buscar una excusa per tal de no pronunciar-se.

Per consegüent, en relació amb aquest primer punt, aquesta part conclou que res impedeix la declaració de la vulneració del dret a la intimitat i del dret al secret de les comunicacions del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia pel fet que les seves converses telefòniques en el seu lloc de treball van ser gravades i eventualment escoltades.

En segon lloc, pel que fa a la gravació, la recuperació, l'escolta i la difusió de les trucades del SIIC, la part recurrent recorda tant la jurisprudència del Tribunal Constitucional, com la del Tribunal Europeu dels Drets Humans, la qual posa en relació amb la causa actual per tal de concloure que la ingerència en la vida privada dels recurrents és patent. D'una banda, destaca l'absoluta manca de regulació legal i reglamentària, sense la qual no hi pot haver transparència, ni legitimitat. Aquestes gravacions no només es fan servir per controlar possibles incidents amb els ciutadans o en el marc d'investigacions judicials, sinó, que aquesta manca de marc legal, permet moltes altres finalitats, no justificades ni en la seva proporcionalitat, ni en la seva pertinència, com per exemple, l'obertura d'expedients disciplinaris, com en aquest cas. Com es desprèn de les actuacions, els agents haurien estat informats verbalment de les gravacions de les trucades al SIIC. Els recurrents ho neguen, tanmateix, sigui així o no, no existeix una regulació legal, ni tan sols un protocol intern que estableixi les condicions en què es gravarà, es recuperarà i es custodiarà, ni les finalitats que aquestes gravacions puguin tenir.

D'altra banda, destaca la manca d'informació i de consentiment per part dels afectats en les converses telefòniques del SIIC, tant dels agents de policia com dels ciutadans. Segons el parer del Tribunal Superior de Justícia, en tractar-se d'un servei d'emergències, no cal informar. Ara bé, prou que existeix una locució que informa on s'ha trucat, res impediria informar que la conversa es gravarà. Evidentment, no totes les trucades tenen la mateixa importància, en el cas que ens ocupa, l'enregistrament, però sobretot la seva posterior recuperació i difusió tenia per finalitat l'espionatge dels agents com a forma de control intern dins el Cos de Policia mateix amb possibles finalitats disciplinàries.

De tot això que acabem d'exposar, existeix un abús de Dret que no es pot emparar en l'excusa de la seguretat jurídica, ja que aquestes converses no tenen ni la rellevància, ni el contingut, ni les característiques requerides a aquest efecte. Així mateix, de la jurisprudència anteriorment citada es desprèn la protecció de la vida familiar en les comunicacions efectuades en el lloc de treball.

Finalment, al·lega la manca de control judicial en l'autorització d'aquestes comunicacions, quan és clar que només poden ser controlades les comunicacions mitjançant una ordre judicial i pels motius taxats per la llei. En conseqüència, el Departament de policia no es pot escudar en la seguretat nacional, ni en una investigació criminal quan en la pràctica aquestes finalitats decauen davant actuacions tafaneres i espiadores.

En relació amb aquest segon punt, també s'ha d'aplicar allò que ja s'ha dit sobre la prejudicialitat penal, deixant clar que aquest procediment constitucional no serveix per atribuir les responsabilitats penals de ningú.

En un tercer i darrer punt, exposa la problemàtica de la traçabilitat de les connexions informàtiques i de les videocàmeres. Aquesta part considera que cal ser molt clar, una cosa són les bases de dades del Servei de Policia i l'altra la captació de les dades de connexió que es realitzen en la seu del

Servei de Policia, aquesta darrera és una captació de les dades personals de les comunicacions que es realitza de manera completament il·legal, ja que es realitza sense manament judicial, sense el consentiment, ni el coneixement dels agents de policia i vulnera, per tant, els seus drets a la intimitat i al secret de les comunicacions. El mateix es pot dir de les càmeres que estan situades en diversos llocs del Servei de Policia, de les quals es desconeix si també enregistren els sons, quina finalitat tenen i qui en disposa. Tot això vulnera de manera flagrant el dret a la intimitat en l'àmbit laboral.

Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que declari la vulneració dels drets fonamentals a la intimitat (article 14 de la Constitució) i al secret de les comunicacions (article 15 de la Constitució) i que adopti les mesures per reposar aquests drets vulnerats i que se segueixen vulnerant, fent cessar la situació il·lícita, procedint a recaptar la totalitat de la informació obtinguda tal com s'ha citat en l'encapçalament d'aquesta sentència.

Cinquè

El 17 de novembre del 2014, el Tribunal Constitucional va admetre a tràmit aquesta causa, sense efectes suspensius, i va trametre la causa a les parts i al Ministeri Fiscal per tal que presentessin les al·legacions que estimessin pertinents.

Sisè

El 3 de desembre del 2014, el Ministeri Fiscal va presentar un escrit d'al·legacions en què precisa de manera preliminar tres punts concrets: en primer lloc, la capacitat processal dels recurrents s'ha de limitar a la reclamació dels drets fonamentals que els hi haurien personalment estat vulnerats; en segon lloc, tampoc es pot al·legar una pretesa vulneració *in abstracto* i sense que la mateixa s'hagi produït; i, finalment, recorda que la part recurrent només pot fer valer la prova 1- Documental público-privada apartat c), és a dir, la unió per corda fluixa de les causes DP-2354-4/10 i TC-051-2/13.

Pel que fa a la vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia i d'altres agents pel fet d'haver-se efectuat escoltes en les extensions telefòniques en els seus llocs de treball, el Ministeri Fiscal considera que aquests fets estan sent investigats en el marc d'unes diligències prèvies que es troben en curs, per tant, el recurrent trobarà satisfacció en l'eventual vulneració d'aquests drets en el marc d'aquella causa que, a més, identificarà els responsables d'aquestes vulneracions. El Ministeri Fiscal recorda la jurisprudència d'aquest Tribunal recaiguda en la causa 2011-12-RE en què es declara que la prejudicialitat penal no es pot descartar de bones a primeres, salvat que aquesta hagi estat ineficaç, cosa que no és el cas en aquesta causa.

Pel que fa a la vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions dels dos recurrents, o de qualsevol altra persona que efectua una trucada a la Sala d'Informació, d'Intendència i de Comandament (SIIC) del Servei de Policia, el Ministeri Fiscal destaca que el tipus de trucades en qüestió no són de caràcter personal, familiar, íntimes en l'esfera de la vida privada o simplement laborals. Es tracta de trucades evidentment sensibles amb evidents conseqüències en la seguretat nacional i dels ciutadans, en definitiva són trucades a un servei públic d'urgència, de requeriments, demandes de socors, ajuda o assistència o per posar en coneixement de les autoritats un fet delictiu. El seu enregistrament té com a finalitat l'eventual explotació en el marc d'una investigació policial o judicial.

Afegeix que si un dels interlocutors efectua la gravació de les trucades rebudes i efectuades, ho pot fer sense mandat judicial, tampoc és necessària la regulació legal d'aquestes gravacions. El Ministeri Fiscal manifesta que la ignorància de les gravacions per part de dos policies amb experiència professional no és creïble.

La part recurrent considera que la utilització d'aquestes gravacions pot esdevenir un abús de dret o tenir com a finalitat l'obertura d'eventuals expedients disciplinaris. El Ministeri Fiscal s'oposa a aquestes manifestacions, ja que la finalitat de les gravacions és una altra, i si l'ús que se'n fa és incorrecte, com a qualsevol altra desviació d'un poder o d'un dret, aquest tindrà rellevància penal.

Pel que fa a la traçabilitat de les connexions informàtiques, tampoc existeix la vulneració de cap dret. En aquest cas s'està parlant de bases de dades especialment sensibles, d'accés limitat i quin control sembla evident i és obligatori, atesa la matèria de la qual es tracta i que inclou no solament dades personals de moltes persones, sinó també dades relatives a la seguretat nacional i a la seguretat de les persones.

La part recurrent no té un interès legítim en la demanda formulada, ja que no ha demostrat, ni tan sols ha al·legat cap vulneració concreta per l'accés a una d'aquestes bases de dades.

Finalment, pel que fa al sistema de videovigilància de l'edifici administratiu de la seu del despatx central de Policia, es pretén novament la vulneració d'un dret *in abstracto* i per si de cas, sense que cap vulneració s'hagi produït, al·legant únicament que no coneix el destí, ni la finalitat d'aquestes gravacions, cosa que és del tot incorrecta, atès que existeix al Servei de Policia diferents notes de servei aportades pel Govern que evidencien el coneixement de l'existència d'aquestes càmeres i la seva finalitat concreta, com és la vigilància i la seguretat d'un edifici sensible on es custodien persones privades de llibertat, peces de convicció i sovint productes estupefaents confiscats, armes i municions.

Per acabar, demana doncs, la desestimació d'aquest recurs d'empara.

Setè

El 4 de desembre del 2014, el Govern va presentar un escrit d'al·legacions en què després de resumir el contingut de les resolucions judicials objecte de recurs i seguint el mateix ordre d'exposició dels recurrents, manifesta que pel que fa a les escoltes en el lloc de treball del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia, els fets esgrimits són objecte d'investigació en el marc d'unes diligències prèvies i aquests fets es discutiran, per tant, en la via penal, recordant que la via de l'empara és excepcional i només s'ha d'utilitzar com a *ultima ratio* quan per al restabliment dels drets constitucionals vulnerats no existeixi un procediment, cosa que no succeeix en aquest cas.

Pel que fa a la vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions respecte de les gravacions de les trucades al SIIC, els recurrents pretenen una manca d'informació i de consentiment per part dels afectats i ciutadans, així com una manca de rellevància del contingut de les converses enregistrades i manca de control judicial i l'absoluta manca de regulació legal i reglamentària.

Després d'assenyalar l'antiguitat professional dels recurrents, recorda que per motius de seguretat, les comunicacions de ràdio, com les trucades que es reben al número d'emergències i al del Servei de Policia s'enregistren, atesa la seva tipologia, ja que són trucades realitzades a un servei públic,

principalment demanant socors, ajuda o assistència o per posar en coneixement de les autoritats un fet delictiu, prevalent, per tant, els criteris de seguretat i d'immediatesa.

Si bé és cert que no hi ha cap advertència que les trucades s'estan enregistrant, també és incontestable que els dos recurrents, agents amb força antiguitat, eren coneixedors d'aquest fet, ja que aquestes trucades poden ser utilitzades davant possibles incidents amb els ciutadans i poden ser de gran ajut en una investigació policial o judicial.

Per tal com es tracta d'un servei públic d'emergència i no pas de trucades realitzades a un telèfon particular, no és l'interlocutor aquell qui ha d'acceptar la gravació de la línia, sinó que aquell que està legitimat per fer-ho és el servei públic mateix.

El Govern afegeix que no nega la manca de regulació en el marc de les intervencions telefòniques i de l'ús de les videocàmeres, nogensmenys, s'oposa a l'al·legació segons la qual aquesta manca causa de manera immediata la vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions dels recurrents, ja que no es tracta de drets absoluts que prevalguin davant altres valors.

Pel que fa a la traçabilitat de les connexions informàtiques, destaca la necessitat d'un control sobre les consultes que es fan amb les eines de treball per la delicadesa de la informació que tracten i així evitar la seva utilització per fins no professionals per part d'algun membre del Cos de Policia.

En relació amb les videocàmeres, insisteix que la seva instal·lació s'ha fet sempre de manera pública amb l'única finalitat de garantir la seguretat dels funcionaris del Servei de Policia, dels detinguts i dels ciutadans mateixos. Totes les càmeres estan situades en llocs perfectament visibles i estratègics per a la seguretat. No s'enregistren sons. Els recurrents estan assabentats de l'existència d'aquestes càmeres i de la seva finalitat mitjançant les circulars de servei.

Per acabar, el Govern demana al Tribunal Constitucional que desestimi íntegrament la petició deduïda en aquest recurs d'empara.

Vuitè

Les parts i el Ministeri Fiscal van presentar els seus escrits de conclusions en què reprodueixen les al·legacions i els arguments continguts en els seus escrits anteriors.

Fonaments jurídics

Primer

El recurs d'empara presentat pels recurrents, tots dos agents del Servei de Policia, impugna l'aute de la Batllia de guàrdia del 17 d'abril del 2014 i la sentència de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia del 30 de juliol del mateix any, per una presumpta vulneració dels articles 14 i 15 de la Constitució que protegeixen, respectivament, el dret a la intimitat i a la pròpia imatge i el dret al secret de les comunicacions.

L'al·legació relativa a la vulneració d'aquestes dues disposicions constitucionals s'articula al voltant de quatre punts principals. El primer fa referència a les escoltes efectuades en el telèfon professional d'un dels recurrents (Sr. Josep Maria Iturbe Garcia). Els punts segon, tercer i quart es plantegen de manera conjunta pels dos recurrents i impugnen, respectivament, els enregistraments de les trucades d'emergència efectuats pel SIIC, la traçabilitat de totes les connexions informàtiques i, finalment, el sistema de videovigilància instal·lat en la seu del Servei de Policia.

Segon

El primer punt planteja, a més d'una qüestió de fons, una qüestió de procediment: la *prejudicialitat penal*. Efectivament, el Sr. Josep Maria Iturbe Garcia, en assabentar-se que havia estat enregistrat durant aproximadament un any, va presentar una demanda penal en què denunciava una intrusió il·legítima de la seva vida privada. El Govern (apartat segon del seu escrit d'al·legacions), així com el Ministeri Fiscal (apartat tercer del seu escrit), destaquen en aquest context l'excepció de *prejudicialitat penal*. Consideren que cal que el sistema penal identifiqui els responsables i determini les penes que s'hagin de pronunciar. Amb tot, consideren que el recurs d'empara (que és en aquest cas la segona etapa del procediment urgent i preferent) no pot, en aquesta fase, ser admissible.

Aquesta qüestió de concurrència de procediments ja ha estat examinada en dues ocasions pel Tribunal Constitucional, el qual mitjançant la sentència del 7 de setembre del 2009, recaiguda en la causa 2009-2-RE, i després, la sentència del 3 d'octubre del 2011, recaiguda en la causa 2011-12-RE, va establir un cànon de constitucionalitat en aquesta matèria. Cada vegada, i per motius diferents -d'una banda, la no concordança de l'objecte dels litigis (causa 2009-2-RE, FJ núm. 2 *in fine*) i, d'altra banda, la inactivitat del procediment penal (causa 2011-12-RE, FJ núm. 3), els recursos d'empara que també es fonamentaven en la vulneració dels drets a la intimitat i al secret de les comunicacions van ser admesos a tràmit.

En la causa que ara ens ocupa, a partir del moment en què l'objecte de l'acció penal (DP-2354-4/10) i el del procediment urgent i preferent és idèntic (és a dir, la vulneració del dret a la intimitat), la causa 2009-2-RE no pot ser utilitzada com a punt de referència. Per contra, la causa 2011-12-RE permet valorar, sobre la base dels principis que conté, si el procediment urgent i preferent activat pel Sr. Josep Maria Iturbe Garcia és en aquest cas pertinent.

Els arguments decisius que van permetre, en el marc de la causa 20011-12-RE, acceptar el recurs d'empara són relatius, en primer lloc, al temps escolat entre el moment en què es va iniciar l'acció penal i aquell en què es va presentar el procediment urgent i preferent de l'article 41.1 de la Constitució i, després, el fracàs, en dues ocasions successives, de la protecció penal (FJ núm. 3 *in fine*). Per consegüent, aquest Tribunal va considerar en aquell moment que "*sense afectar ni condicionar en el més mínim la decisió que pugui adoptar la jurisdicció penal amb caràcter definitiu*" calia examinar el fons del litigi.

Els fets de la causa actual també posen en joc qüestions relatives a la durada i al fracàs del procediment. L'acció penal es va iniciar i enregistrar el 8 de juliol del 2010 –altrament dit, fa més de 4 anys- "*contra persones desconegudes per la intercepció de comunicacions telefòniques*". El desenvolupament de la instrucció posa en evidència diversos elements que deixen copsar la lentitud amb la qual s'ha dut la investigació.

No és fins al 5 d'abril del 2011 que es va dictar un aute que autoritzava la perquisició dels locals del

Servei de Policia en què es trobava el material informàtic en litigi. Sobre la base d'aquest acte de procediment es van demanar mesures pericials a uns serveis tècnics espanyols (adscrits al Ministeri d'Interior espanyol) mitjançant una sol·licitud de cooperació, formulada per una providència del 17 d'abril del 2011 i rebuda el 17 d'octubre del mateix any, és a dir, quasi 1 any després de l'inici del procediment penal. Com que la pericial tècnica dels enregistraments no es podia fer a distància, els serveis policials espanyols van rebre, el 12 de juny del 2012, l'autorització de desplaçar-se a Andorra i realitzar-hi la seva tasca, és a dir, quasi 2 anys des de l'inici del procediment. Aquests especialistes van descobrir que el sistema de gestió informàtica ubicat en les dependències del Servei de Policia (el sistema ROMA) havia estat instal·lat en una data posterior a l'obertura de les diligències prèvies (Conclusió segona de l'informe datat del 28 de juny del 2012). Així mateix, van examinar tot el sistema informàtic d'escoltes que resultava del sistema WORDNET i van poder constatar que havia pogut enregistrar 25 canals de comunicació (altrament dit, 25 línies telefòniques internes del Servei de Policia). El peritatge tècnic espanyol va establir que diverses escoltes dels canals telefònics del Servei de Policia s'havien iniciat a partir del 8 de juliol de 1998.

A banda d'aquests peritatges, van comparèixer diversos testimonis a partir del 28 de juny del 2012, és a dir, 2 anys després de l'inici de l'acció penal: tècnics de l'empresa que havia instal·lat el material informàtic i, en particular, un nombre important d'agents de policia que havien estat sotmesos a escoltes. El 19 de setembre del 2013, el Col·lectiu de Funcionaris del Cos de Policia va ser admès a participar a la causa com a part civil. De les actuacions també es desprèn que no es va ordenar cap mesura provisional per tal de protegir el dret a la intimitat i el dret al secret de les comunicacions de l'agent Josep Maria Iturbe Garcia, ni dels altres agents sotmesos a escoltes.

En definitiva, a l'inici de l'any 2015, es desprèn que no hi ha cap element concret i efectiu que hagi permès establir de manera certa ni la identitat ni els motius de les persones que van enregistrar el recurrent i que hagi permès adoptar les mesures que permetrien -sens dubte- impedir més ingerències en els seus drets a la intimitat i al secret de les comunicacions. En aquestes condicions, el Tribunal Constitucional considera que el temps transcorregut associat a una absència concreta de resultats són, *per se*, sinònims de fracàs de la protecció penal de la qual la jurisprudència ordinària afirma que ha de ser ràpida. Efectivament, els drets afectats són particularment importants en una societat democràtica i cal que de manera imperativa puguin beneficiar-se de totes les garanties necessàries per tal d'evitar abusos eventuals; ara, el fet que la instrucció penal al cap de 4 anys no hagi donat encara resultats –és a dir, que no hagi permès una protecció "*ràpida*" dels drets afectats– incita el Tribunal Constitucional a considerar com a necessari –sense perjudici de les decisions que s'adoptin en l'àmbit penal i de les responsabilitats individuals que s'estableixin– entrar en el fons d'aquest recurs d'empara.

Tercer

Sobre la base de la jurisprudència establerta pel nostre Tribunal Constitucional (causa 2011-12-RE) en relació amb l'abast del dret a la intimitat i a la protecció de les comunicacions (inspirada ella mateixa en la cèlebre causa Copland c/ Regne Unit del Tribunal Europeu dels Drets Humans del 3 d'abril del 2007), tots els llocs de treball –aquells en què tant els treballadors privats com els funcionaris exerceixen la seva professió– estan protegits pels articles 14 i 15 de la Constitució andorrana.

Els fets d'aquesta causa demostren que les línies telefòniques del lloc de treball del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia van fer l'objecte d'enregistraments "*De l'examen de les diligències resulta que la gravació de les converses s'hauria produït a partir de març del any 2009, quan un tècnic del servei*

oficial va posar en funcionament la gravació continuada de totes les converses i no a demanda de l'usuari, i es va acabar la gravació continuada el mes de maig de 2010" (sentència de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia del 30 de juliol del 2014, IV Considerant).

La realitat de l'enregistrament està establerta de manera expressa, tot i que la identitat precisa dels comendataris, així com la seva finalitat encara no estan establerts, ja que la instrucció segueix en curs. En aquesta fase, la qüestió que es planteja rau en saber si aquesta ingerència manifesta i directa en els drets a la intimitat i al secret de les comunicacions del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia en el seu lloc de treball estava "*prevista per la llei*". Es tracta d'una exigència elemental que assegura la preeminència del Dret en una societat democràtica com així ho destaca, des de fa temps, la jurisprudència europea en un cas relatiu a unes escoltes telefòniques (Kruslin i Huvig c/ França del 24 d'abril de 1990). L'existència d'una base legal, accessible i previsible, és una condició indispensable en la regulació dels drets fonamentals, en particular pel que fa a la concreció dels seus límits en relació amb les exigències de la vida en societat.

Efectivament, a partir del moment en què es tracta de la vulneració de drets fonamentals, la qüestió *liminar* que es planteja no és aquella de les finalitats legítimes, ni la de la proporcionalitat de la ingerència, sinó aquella de l'existència o no d'una base legal per la immixtió a la intimitat i al secret de les comunicacions. Aquest és un element major en l'estructura argumental del discurs en matèria de drets fonamentals que assenta qualsevol raonament ulterior. Una ingerència envers un dret garantit per la Constitució ha d'estar establert per la "*llei*", tenir una finalitat legítima i estar proporcionada a aquesta finalitat. El segon i el tercer elements (finalitat legítima i proporcionalitat) només es poden analitzar si el primer element s'ha realitzat (existència d'una base legal).

Quart

En la causa 2011-12-RE (FJ cinquè), aquest Tribunal va recordar el contingut de l'article 40 de la Constitució, d'acord amb el qual l'exercici dels drets i de les llibertats reconeguts en els capítols III i IV només poden ser regulats mitjançant una llei qualificada. En aquesta causa també va destacar la manca d'una regulació d'aquesta naturalesa i va analitzar "*el contingut essencial del dret*" ("*A manca d'una regulació mitjançant una norma amb rang suficient, aquest Tribunal ha de raonar respectant el contingut essencial del dret*"). Va constatar l'existència d'altres tipus de regulació (com l'Ordinació de la Funció Pública del Comú de Sant Julia de Lòria) que, conjugats amb altres aspectes fàctics del litigi, li havien permès examinar la proporcionalitat de la ingerència envers el dret de la recurrent. En qualsevol cas, va poder constatar l'existència d'una base jurídica, tot i que en aquell cas, no es tractava d'una llei qualificada, ja que, allò que compta, *in fine*, en un Estat de Dret, és l'existència d'una norma que permeti als justiciables ajustar el seu comportament al Dret i això amb coneixement de causa. Això es justifica tant més quan el dret al secret de les comunicacions està en joc.

En la causa actual, caldrà verificar si, pel que fa al primer punt plantejat pel Sr. Josep Maria Iturbe Garcia, hi ha una llei qualificada o si, en cas contrari, una base jurídica suficientment accessible i previsible regula les modalitats diverses d'enregistrament.

L'examen de les actuacions demostra que no hi ha cap base legal derivada d'una llei o d'una jurisprudència, alhora accessible i previsible, que estableixi –regulant-la– aquesta immixtió en les comunicacions del recurrent. Així mateix, cap resolució dictada per un jutge -en el marc d'una suposada investigació policial- va autoritzar les escoltes; en aquesta autorització s'haguessin pogut precisar els límits indispensables d'aquesta immixtió (modalitats, durada de l'autorització, finalitats, etc.) com així ho estableix l'apartat final del redactat de l'article 15 de la Constitució.

Per consegüent, s'ha vulnerat el dret al secret de les comunicacions, reconegut a l'article 15 de la Constitució, del Sr. Josep Maria Iturbe Garcia.

Cinquè

Ara cal examinar els punts segon, tercer i quart esmentats en el fonament jurídic primer, aquesta vegada al·legats conjuntament pels dos recurrents, relatius a l'enregistrament de les seves converses a través de la línia d'emergència efectuat per la Sala d'Informació, d'Intendència i Comandament (SIIC), al sistema de videovigilància instal·lat en la seu del Servei de Policia i a la traçabilitat de totes les connexions informàtiques.

Els arguments al·legats en aquests punts, encara que facin referència a qüestions importants en el marc del funcionament d'una societat democràtica, no poden prosperar.

Les qüestions fonamentals al·legades conjuntament pels dos recurrents fan referència a tres temes principals: el primer, la finalitat expressa dels enregistraments de les trucades d'emergència, de les seves modalitats d'emmagatzematge, del termini de conservació, de les modalitats de destrucció i del seu control; el segon, de les persones i/o les entitats públiques o privades que poden instal·lar les càmeres de videovigilància, de l'abast de la captació de les imatges, de la durada del seu emmagatzematge, així com de les modalitats del seu control; i finalment, de la informació escrita i prèvia que implica la traçabilitat de les connexions a internet a la seu del Servei de Policia -i que no van lligades amb les dades sensibles.

Aquests tres grups de qüestions són fonamentals, perquè en una societat democràtica, cal l'existència d'una base jurídica expressa que determini precisament els límits, la qual cosa no succeeix en aquesta causa.

Tanmateix, encara que fonamentals, aquestes qüestions adduïdes en les al·legacions dels recurrents, no poden prosperar. Efectivament, els recurrents no han pogut demostrar l'existència d'un perjudici real sofert en l'exposició de les vulneracions al·legades. Presentats, *in abstracto,* els seus arguments són inadmissibles.

DECISIÓ:

En atenció a tot allò que s'ha exposat, el Tribunal Constitucional, per l'autoritat que li confereix la Constitució del Principat d'Andorra,

HA DECIDIT:

Primer

Atorgar l'empara al Sr. Josep Maria Iturbe Garcia pel que fa a la vulneració del seu dret al secret de les comunicacions per les escoltes efectuades en el seu telèfon professional.

Desestimar l'empara al Sr. Josep Maria Iturbe Garcia i al Sr. Eric Gagliardini Busser pel que fa a la vulneració dels seus drets a la intimitat i al secret de les comunicacions pels enregistraments de les trucades d'emergència efectuats pel SIIC, pel sistema de videovigilància instal·lat en la seu del Servei de Policia i per la traçabilitat de les connexions a internet, independentment de l'accés a les dades sensibles emmagatzemades en la base de dades del Servei de Policia.

Segon

Estimar aquest recurs d'empara en el punt precisat en la sentència, i una vegada acabat el procediment penal, declarar que s'ha de procedir a la destrucció de les escoltes efectuades al Sr. Josep Maria Iturbe Garcia.

Tercer

Publicar aquesta sentència, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al Butlletí Oficial del Principat d'Andorra.

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada a la representació processal dels Srs. Josep Maria Iturbe Garcia i Eric Gagliardini Busser, al Govern, al president de la Batllia, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, el 13 de març del 2015.

Laurence Burgorgue-Larsen
Presidenta

Isidre Molas Batllori
Vicepresident

Pierre Subra de Bieusses
Magistrat

Juan A. Ortega Díaz-Ambrona
Magistrat