

11898 *Sala Primera. Sentencia 123/2002, de 20 de mayo de 2002. Recurso de amparo 5546/99. Promovido por doña Francisca Jiménez Escobedo frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Córdoba, que la condenaron por un delito de estafa agravada relativo al «cupón del minusválido».*

Supuesta vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la igualdad y la legalidad penal, y a la presunción de inocencia: autorización de entrada y registro proporcionada a la gravedad del delito; registro de llamadas intervenido con autorización judicial; fallo fundado en la ley y en indicios de cargo.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Fernando Garrido Falla, doña María Emilia Casas Baamonde y don Javier Delgado Barrio, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5546/99, promovido por doña Francisca Jiménez Escobedo, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Avilés Díaz y asistida por el Letrado don Manuel Jesús Gamero Peso, contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba de 26 de julio de 1999. Han intervenido el Ministerio Fiscal y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal y asistida del Letrado don Luis Rodríguez Ramos. Ha sido Ponente la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 27 de diciembre de 1999, doña Beatriz Avilés Díaz, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña Francisca Jiménez Escobedo, interpuso demanda de amparo contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 que confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba de 26 de julio de 1999, contra la que también se dirige la presente demanda de amparo, en virtud de las cuales resultó condenada como autora de un delito de estafa a la pena de dos años de prisión menor, accesoria de suspensión de empleo y cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, al pago de cinco sextas partes de las costas y al pago de distintas indemnizaciones.

2. Los hechos y circunstancias procesales relevantes para la resolución del presente recurso de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La Brigada Provincial de la Policía Judicial de Córdoba recibió denuncia del Director Administrativo de la ONCE sobre la venta de un nuevo cupón, denominado «Cupón del Minusválido» y la posible estafa que pudiera estarse cometiendo. Tramitada, la misma dio lugar a la incoación de diligencias previas en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Córdoba el 29 de octubre de 1995.

b) La Policía Judicial solicitó el 7 de noviembre de 1995 en dicho Juzgado que se cursase orden a la com-

pañía telefónica para que informara del destino último de las llamadas efectuadas desde los teléfonos núms. 434860 y 430293 de Córdoba que estaban instalados en el local comercial sito en la calle Juan de Cervantes, núm. 29, y que habían sido contratados con el sistema de desvío inmediato y llamada en espera. Dicho local figuraba en el sello del «Cupón del Minusválido» como sede local de una supuesta Asociación del Minusválido.

c) El Juez de Instrucción accedió a la petición en providencia de 7 de noviembre de 1995 del siguiente tenor: «Dada cuenta, el anterior oficio presentado ante este Juzgado, únase a los autos de su razón y visto lo actuado se acuerda acceder a lo solicitado en el cuerpo de dicho oficio, librándose para ello el correspondiente oficio que se entregará al funcionario de Policía Nacional que ha presentado el oficio antes mencionado». En oficio de la misma fecha se solicitó a la compañía telefónica la información sobre el destino de las llamadas de los números de teléfono señalados que fue remitida por la misma.

d) En escrito de 28 de noviembre de 1995, la Policía Judicial solicitó del Juzgado que se dieran las órdenes oportunas a la compañía telefónica para que facilitasen el titular del teléfono móvil núm. 908553962 al haberse comprobado que se utilizaba con fines ilícitos en relación con la venta del «Cupón del Minusválido». En providencia de idéntica fecha, el Juzgado de Instrucción acordó «oficiar al Sr. Delegado Provincial de la Compañía Telefónica de Córdoba a fin de que se informe acerca de quien es el titular del teléfono móvil núm. 908553962».

e) El 4 de diciembre de 1995 se recibió denuncia de don Pedro Martínez Cárdenas, denunciando que había vendido cinco cupones del número 95146 que coincidía con el premiado en el sorteo del cupón de la ONCE del día 17 de noviembre de 1995. Al comunicar este hecho a las personas que le proporcionaban los cupones, éstos remitieron un telegrama a los premiados en el que se especificaba que el día treinta de noviembre pasaría por sus domicilios un responsable de la organización para hacerles efectivos los premios, circunstancia que no tuvo lugar.

f) En el curso de la investigación se solicitó al Juzgado de guardia de Montilla (Córdoba) autorización para entrada y registro en el domicilio de don Domingo López Valle, destinatario último de las llamadas de uno de los teléfonos desviados. Dicha solicitud de 20 de diciembre de 1995 tiene el siguiente tenor literal:

«Como consecuencia de las investigaciones que se realizan en esta Brigada por supuesta estafa continuada en la confección, distribución y venta del llamado "Cupón del Minusválido", por lo que se sigue diligencias previas 4174/95-MJ, en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de los de esta capital, se ha venido en conocimiento que en la supuesta sede de tal entidad en esta ciudad, sita en calle Juan de Cervantes núm. 29, esquina a Padres Mohedano, que tan sólo se trata de un local comercial permanentemente cerrado, se encontraron dos líneas telefónicas números 43.48.60 y 43.02.93, por el sistema de telecontratación, con servicio de desvío inmediato y llamada en espera. / Con la debida orden judicial se obtuvieron listados de los destinos de las llamadas, resultando entre otros como último destinatario, el teléfono 30.83.03, del que es titular Domingo López Valle, quien lo tiene instalado en su domicilio sito en calle Duque de Rivas, núm. 69, de La Victoria, Córdoba y cuyos demás datos de filiación son nacido en Puertollano, Ciudad Real, el día 12-05-62, hijo de Domingo y Dominga, titular del DNI 5.896.100. / Como quiera que uno de los vendedores de tales cupones vendió en Ventorros del Valerma, Iznajar, Córdoba, el número 95.146 de fecha 17-11-95, que fue adquirido por cuatro personas a las que correspondió un premio de 3.500.000 pesetas por cupón, que

tras numerosas gestiones no les fue pagado, presentando las correspondientes denuncias en esta Comisaría y considerando que el afiliado Domingo López Valle forma parte de la organización que viene actuando en esta provincia, se solicita Mandamiento de Entrada y Registro en su domicilio, a la búsqueda de la posible imprenta, cupones, sellos, documentos u otros elementos de prueba relacionados con el caso expuesto. / De concederse tal solicitud, el registro se llevaría a efecto a primera hora de la mañana del día 21-12-95. / Se participa que de ser habido Domingo López Valle en el acto del registro, se procedería a su detención y traslado a estas dependencias judiciales para la instrucción de las correspondientes diligencias, al cabo de las cuales y dentro del plazo legal sería puesto a su disposición.»

g) El Juzgado autorizó la entrada y registro en Auto de 20 de diciembre de 1995 que reza:

«Hechos: / Único: Por Agentes de la Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía de Córdoba, se presenta el precedente oficio a este Juzgado en funciones de guardia, solicitando se autorice la entrada y registro en el domicilio de Domingo López Valle, en base a las argumentaciones que se exponen en referido escrito, siguiendo por los hechos diligencias el Juzgado de Instrucción núm. Siete de Córdoba. / Razonamientos Jurídicos/ Único / El Derecho Constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Española), solo puede quebrantarse cuando ello sea necesario para el buen fin de una causa criminal, y siempre que medie autorización judicial; debiendo la autoridad que lo haya de autorizar el calibrar con criterios restrictivos la necesidad de la misma, habida cuenta nos encontramos ante un derecho fundamental. Así se ha de apreciar la necesidad de tal quiebra del derecho a la inviolabilidad domiciliaria y razonarlo debidamente e incluso calibrar la entidad del perjuicio social que cause el hecho delictivo que se persigue; pues afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en delitos de escasa entidad no debe considerarse procedente la autorización de la entrada en el domicilio, y en este caso del detallado y amplio informe de la Policía Judicial se aprecia en primer lugar la existencia de fundadas sospechas del afectado por la medida solicitada en los hechos objeto de la investigación; y en segundo lugar habida cuenta de la existencia de una pluralidad de perjudicados y el cuanto de la cantidad defraudada (arts. 528 y 529 del Código Penal) que podrían llevar aparejada la pena de prisión mayor. / Autorización a la que se ha de acceder, que ha de comprender la del traslado de la persona o personas que pudieran resultar detenidas, a disposición del Juez de Córdoba que conoce de la causa conforme al art. 498 de la L.E.Cr., al ser competente este Juzgado solamente para adoptar la medida solicitada. / Vistos los preceptos citados y demás de oportuna y general aplicación al caso.»

h) El procedimiento se instruyó contra seis personas por delitos de falsedad y estafa, siendo condenadas cinco de ellas por delito de estafa y absueltas del delito de falsedad. Respecto de la demandante de amparo consta en los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba que, junto con otros acusados, ideó «de común acuerdo la creación de una organización que ellos mismos denominaron "Asociación Nacional del Minusválido" cuyo único fin era la venta no autorizada, al menos en pueblos de las provincias de Córdoba y Sevilla, del denominado "cupón del minusválido", cuyo sorteo se hacía coincidir con el de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), para hacer suyos con ánimo de beneficio las cantidades procedentes de la venta de los cupones, a sabiendas de que no iban a hacer efectivos los premios importantes que correspondiesen a los adquirentes de los referidos

cupones». Consta, asimismo, que la recurrente era la titular del teléfono móvil núm. 908553962, que convivía con don Domingo López Valle, también acusado y condenado en la causa, y que era usuaria de dicho teléfono.

i) En el fundamento jurídico sexto se sostiene que «resulta obvio poner de manifiesto que estando probada la connivencia entre los distintos partícipes, resulta intrascendente penalmente quién o quiénes de ellos hayan realizado los concretos actos que se declaran probados, tales como el alquiler del local, las contrataciones telefónicas, las contrataciones con los vendedores de cupones, cobro del importe de los cupones, remisión de telegramas a los agraciados, etc.» No obstante, respecto de la demandante de amparo, en el fundamento jurídico 11 se exponen como pruebas incriminatorias de la misma:

«es la esposa o compañera sentimental de Domingo López Valle, por lo que le son aplicables las consideraciones expuestas en relación con este último en relación con el registro de su domicilio y la obtención de los efectos y documentos mencionados con anterioridad [facturas de teléfono y varios cupones con sellos de las localidades de Hospitalet, Ciudad Real y Puerto de Santa María]. Además, es titular o usuaria del teléfono 908553962, al que aparecen desviadas 230 llamadas de los teléfonos 434860 y 430293, habiéndose encontrado con motivo del registro de su domicilio varias facturas del citado teléfono, el cual, según declaró Domingo López, usaba normalmente Francisca Jiménez. / En el careo efectuado entre el Sr. Relaño y la referida acusada, aquél insistió en que la Sra. Jiménez Escobedo había ido en innumerables ocasiones junto al llamado "Andrés" —que se trataba de su marido Domingo López— al local de la calle Juan de Cervantes 29, extremo negado por la acusada. / Por otro lado, la Sra. Jiménez Escobedo es titular de los vehículos Ford Sierra CO-3642-AF y Ford Orion CR-2501-J, ambos adaptados a personas con minusvalía, utilizados por el Sr. López Valle en sus desplazamientos relacionados con la organización de la venta del cupón.»

j) En dicha Sentencia se reproduce en su literalidad el Auto de 20 de julio de 1999 en el que se resolvieron las cuestiones previas planteadas por las defensas. En relación con la desestimación de la alegación referida a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se razona con los siguientes argumentos: «la providencia de fecha de 7 de noviembre de 1995 acordando librar oficio a la Delegación del Gobierno en la Cía. Telefónica para que se informase al Juzgado sobre los números de teléfono desde los cuales han sido atendidas las llamadas efectuadas a los números 434860 y 430293, en modo alguno supone interceptación de comunicaciones toda vez que no se accede al contenido de éstas. Se trata de una diligencia de investigación criminal que puede acordarse mediante providencia al no afectar a derechos fundamentales, y que además en el presente caso se trataba de una medida imprescindible para la instrucción criminal como medio de conocer los destinos últimos de las llamadas efectuadas y procurar así el esclarecimiento de los hechos denunciados».

k) La Sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial, siendo confirmada por ésta en Sentencia de 22 de noviembre de 1999. En dicha Sentencia se asumen expresamente los razonamientos de la Sentencia recurrida afirmando que es tan minuciosa y acertada que nunca mejor que en el presente caso estaría justificada la motivación por remisión. En relación con el recurso de apelación interpuesto por la demandante de amparo se afirma su absoluta identificación con los argumentos del Juez de lo Penal así como que las razones «individualizadas al máximo» que se dan, son absolutamente convincentes.

3. La demandante de amparo alega la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE), a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) en relación con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), del principio de legalidad de los delitos (art. 25.1 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Se alega, en primer término, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), en virtud de la falta de proporcionalidad de una medida excepcional como la entrada y registro en el domicilio de la recurrente, ya que los hechos investigados eran susceptibles de ser calificados como delito menor, incluso como falta. Se sostiene que la venta ilegal de cupones no revestiría repulsa penal, sino, en todo caso, administrativa y que, aun cuando las diligencias posteriormente se siguieron por presunto delito de estafa, tampoco hubiera sido necesaria la adopción de tal medida, por cuanto el delito, en sí mismo, tampoco tenía la entidad suficiente como para determinar la adopción de tal medida.

En segundo término, se aduce la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), y, en su virtud, la nulidad de la prueba consistente en los listados de las llamadas telefónicas suministrados por parte de la compañía telefónica, porque en su obtención no se observaron las garantías debidas. De un lado, se afirma que los datos aportados pertenecen a la esfera privada de la demandante. De otro, se sostiene que la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones se habría ocasionado por cuanto la práctica de la prueba se realizó mediante providencia del Juzgado, sin razonar. El derecho al secreto de las comunicaciones alcanzaría «no sólo a las conversaciones sino también a los interlocutores y teléfonos que se utilicen», por lo que la prueba debió haberse practicado «en virtud de resolución debidamente motivada, que expresase la necesidad de la misma para las indagaciones en curso, que el resultado no pudiera obtenerse por otro medio y finalmente la proporcionalidad de salvaguardar los fundamentales derechos de mi representada, en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En atención a ello y al art. 11.1 LOPJ entiende que la prueba es nula, así como todas las posteriores, en virtud de la teoría del árbol envenenado, porque todas las pruebas derivan del registro domiciliario y de la interceptación telefónica.

En tercer lugar, se razona la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14.1 CE) en relación con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) ya que las resoluciones se habrían apartado de forma inmotivada de la jurisprudencia general de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la determinación del elemento de la estafa «perjuicio económico» en relación con los billetes de lotería. Conforme a dicha jurisprudencia reiterada el valor de la defraudación vendría determinado por el valor del cupón en el momento de su venta (200 o 500 pesetas) y no por el valor del premio, que no es más que una expectativa de beneficio que no forma parte del patrimonio del perjudicado. La aplicación de dicha tesis conduciría a que no habría delito de estafa.

En cuarto lugar, se alega la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Con la misma base que la anterior pretensión se argumenta que se ha procedido a realizar una aplicación extensiva *in malam partem* del delito de estafa, por cuanto «la resolución recurrida intenta hacer suya la tesis doctrinal que razona y explica que la expectativa de ganancia por el premio, es cuantía suficiente para determinar la existencia de delito, reconduciendo así [el supuesto] a un particular delito no contemplado en la Ley».

Por último, se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al entender que la condena se habría producido sin pruebas de cargo mínimas para enervarla. Se sostiene que la Sentencia de apelación no explica los motivos fácticos que sirven de fundamento a la condena, «dejando sin razonar indebidamente los motivos de inocencia [*sic*] que habían quedado expuestos en el ... recurso de apelación». De otro, se van individualizando los hechos imputados a la demandante de amparo para argumentar la ausencia de prueba sobre los mismos, las contradicciones de las declaraciones del testigo en que se basan algunos de ellos, o el nulo valor otorgado a otros datos. Finalmente se sostiene que los mismos hechos —titularidad de los coches y teléfono móvil— se han valorado respecto de otra coimputada como insuficientes indicios probatorios y se le ha absuelto, mientras que en su caso se han considerado suficientes para condenarla.

4. Por providencia de 24 de julio de 2000, la Sección Segunda de este Tribunal, tras recibir las actuaciones solicitadas del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordó conceder plazo común de diez días, al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo, para que dentro de dicho término alegasen lo que estimaren pertinente en relación con la posible existencia del motivo de inadmisión consistente en la carencia manifiesta de contenido que justifique la decisión, conforme lo prevenido en el art. 50.1.c LOTC.

5. En escrito registrado en este Tribunal el 2 de agosto de 2000, la representación de la demandante de amparo argumentó la inexistencia del motivo de inadmisión consistente en la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda con reiteración de lo expuesto en la demanda de amparo.

6. En escrito registrado en este Tribunal el 7 de septiembre de 2000, el Fiscal interesó la admisión a trámite de la demanda por entender que la misma no carecía de manera manifiesta de contenido constitucional, en especial respecto del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En relación con la falta de proporcionalidad del registro, se sostiene que en el momento en que se realizó existían datos para pensar que se trataba de una estafa masiva, con múltiples perjudicados y ello avalaría su gravedad. No obstante, entiende que sería necesario un estudio más preciso de la cuestión. El alegato relativo a la petición del listado de teléfonos le merece también alguna reflexión desde el derecho a la intimidad. De otra parte, respecto de la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, considera que habría que poner de relieve el presupuesto de que las resoluciones contrapuestas deben ser del mismo órgano judicial. En cuanto a la lesión del derecho a la legalidad penal, entiende que habría que entrar en el fondo para perfilar la cuestión y señalar los límites de lo que es legalidad ordinaria y el contenido del derecho constitucional. Por último, en lo que a la presunción de inocencia se refiere, sostiene que la demandante expresa una discrepancia en la valoración de la prueba y no ausencia de mínima actividad de cargo.

7. Por providencia de 23 de abril de 2001, la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba para que en el plazo de diez días remitiera testimonio del rollo núm. 128/99, interesándose al propio tiempo, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba que se emplazare a quienes fueron parte en el juicio oral núm. 124/99 (procedimiento abreviado núm. 107/97 del Juzgado de Instrucción núm. 7

de Córdoba), con excepción de la demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

8. Igualmente, en providencia de la misma fecha, la Sección Segunda de este Tribunal acordó abrir pieza separada de suspensión, y tras efectuarse las correspondientes alegaciones, se dictó el Auto de la Sala Primera de este Tribunal de 4 de junio de 2001, por el que se declaró la pérdida de objeto de la suspensión interesada respecto de la pena privativa de libertad impuesta y las accesorias legales al haberse concedido el indulto a la demandante en Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2000, y en el que se denegó la suspensión en lo relativo a los pronunciamientos patrimoniales de la resolución judicial impugnada.

9. Por providencia de 23 de mayo de 2001, la Sección Segunda de este Tribunal acordó tener por recibidos los testimonios pedidos, por personado y parte al Procurador don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones en la Secretaría de la Sala, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a los Procuradores doña Beatriz Avilés Díaz y don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, para que dentro de dicho término pudieran alegar lo que estimaren pertinente.

10. En escrito registrado en este Tribunal el 19 de junio de 2001, la representación procesal de la ONCE interesó la desestimación de la demanda.

En relación con la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio se aduce que no existe desproporción entre la medida y el delito que se investigaba, pues se trataba de un delito continuado de estafa concurriendo una agravante específica muy cualificada, por lo que, en atención a la pena —de seis meses a cuatro años—, y al potencial número de perjudicados, dado que el sorteo es diario, el delito es grave.

Sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, se sostiene, de un lado, que la medida no es desproporcionada teniendo en cuenta que no se produjo la escucha o intervención telefónica, sino que sólo se han obtenido los números de teléfono desde los que eran atendidas las llamadas producidas. De otra parte, se entiende que la motivación resulta innecesaria por cuanto no se trata de justificar una intromisión en el secreto de las comunicaciones. En contra de lo sostenido en la demanda, el secreto de las comunicaciones sólo está referido al contenido de las comunicaciones, pues el número al que se produce la llamada o el número al que tiene lugar una llamada no es secreto, como tampoco es secreto el nombre y la dirección de la persona a la que se remite una carta ni tampoco el remitente. Se cita en este sentido la STS de 22 de marzo de 1999 que declara que la obtención del «listado» «no afecta al contenido propio del referido derecho fundamental, y que, por ello, no puede considerarse que constituya vulneración del mismo el hecho de ordenar el Juzgado —por simple providencia— que la Compañía Telefónica le remita el listado de las llamadas telefónicas efectuadas desde un determinado número de teléfono. Tal información, propia de la investigación judicial en la fase de instrucción, es similar a la relativa al movimiento de cuentas bancarias, y no afecta en forma alguna al secreto de las comunicaciones telefónicas, que es lo que verdaderamente constituye el objeto de la protección constitucional cuya violación denuncia el recurrente. El registro de las llamadas efectuadas desde un determinado número de teléfono forma parte del conjunto de datos que las correspondientes compañías telefónicas obtienen y conservan para poder determinar el precio que

periódicamente debe abonarles el titular de aquél, al cual se le facilitan, bien espontáneamente, bien previa solicitud, para su conocimiento y posibles reclamaciones;... Se trata, en definitiva, de datos de carácter personal, custodiados en ficheros automatizados, a que se refiere la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento de tales datos, "en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución" (art. 1 de dicha Ley); estableciéndose en la misma que "el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado" (art. 6.1), el cual, sin embargo, no será preciso "cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas" [art. 11.2 d) de la referida Ley], como es el caso».

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, entiende que falta el presupuesto de la misma, esto es, que las resoluciones procedan del mismo órgano judicial, pues se aduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la resolución recurrida fue dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba.

Tampoco se considera vulnerado el derecho a la legalidad penal a partir del canon de esta garantía material sentada por este Tribunal en la STC 195/2000, entre otras. Se sostiene que no ha habido aplicación analógica *in malam partem* y que los razonamientos referidos a considerar el importe de los premios y no el de los cupones a efectos de determinar el perjuicio económico no son aberrantes, irracionales ni contrarios a los principios del ordenamiento jurídico. De un lado, se advierte que dicha consideración encaja con la naturaleza del contrato, aleatorio, y con los hechos, dado que no se trata de falsificación de cupones, sino del impago del premio efectivamente obtenido.

Por último, entiende que tampoco se ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia. En este contexto, se advierte que la pretensión de la recurrente se basa en que no existe prueba de que ella misma haya participado en todos y cada uno de los hechos que se declaran probados. Sin embargo, lo que se imputa a la recurrente es su colaboración en la creación y en la actividad de la organización. De otra parte, en relación con los argumentos específicos expuestos en la demanda, se afirma que se refieren a la valoración de la prueba, a imprecisiones sin importancia, y que, en todo caso, hubo suficientes hechos indiciarios para considerar acreditada su participación.

11. En escrito registrado en este Tribunal el 20 de junio de 2001, el Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda de amparo por entender que se ha conculcado el derecho al secreto de las comunicaciones, si bien considera que no se han producido ninguna de las restantes vulneraciones de derechos fundamentales aducidas.

En relación con la alegación de la falta de proporcionalidad del registro atendiendo a la escasa entidad de los hechos investigados, sostiene que en ningún momento de la instrucción se contempló la posibilidad de que los hechos fueran constitutivos de infracción administrativa, sino que desde el inicio se valoraron los hechos como delitos de estafa y falsedad y respecto de la estafa se consideran aplicables dos agravaciones al afectar a un número elevado de personas y constituir una defraudación de suficiente entidad.

En segundo término, en cuanto a la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones ocasionada por haberse autorizado la entrega del listado de llamadas telefónicas por mera providencia, carente de motivación, plantea el Ministerio Fiscal la duda de si tal interferencia afecta al secreto a las comunicaciones o al derecho a

la intimidación, decantándose a favor de la primera opción a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone*, la STC 114/1984 y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999 también en el mismo sentido. No obstante, se expone también la doctrina del Tribunal Supremo que entiende que afecta al derecho a la intimidad en la STS 22 de marzo de 1999, también citada en sus alegaciones por la ONCE.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*, se pronunció sobre la afectación del derecho reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos por el sistema denominado *comptage* —sistema electrónico del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar y facturar las llamadas de sus clientes— a pesar de que este mecanismo sólo registra los números marcados y no suponen la interceptación de las conversaciones telefónicas. En dicha Sentencia se afirma expresamente que en los listados figuran informaciones que son parte integrante de las comunicaciones telefónicas, en particular, los números de destino de las llamadas.

Igualmente, en la STC 114/1984 este Tribunal afirmó que el concepto de «secreto», que aparece en el art. 18.3 CE, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales.

Finalmente en la Circular 1/1999 la Fiscalía General del Estado, en base a estos antecedentes, afirma que el secreto de las comunicaciones cubre tanto el contenido de la información como la identidad de los interlocutores, por lo que la necesidad de autorización judicial se extiende no sólo a aquellas técnicas aptas para interceptar los mensajes transmitidos, sino también aquellas cuyo objeto es averiguar, a partir de la determinación de los aparatos con los que se establece una comunicación, la identidad de personas que reciben llamadas o llaman al teléfono intervenido.

A la vista de todo ello, el Ministerio Fiscal considera que en el presente caso no bastaba la mera autorización judicial por providencia, sino que era necesaria una resolución debidamente motivada, por lo que al no dictarse en la causa resultó afectado el derecho fundamental protegido en el art. 18.3 CE, siendo nula esta prueba. Además, en cuanto a la conexión de antijuridicidad exigida para considerar nulas las pruebas derivadas, entiende el Ministerio Fiscal que también se da, pues el listado de llamadas efectuadas desde los tres teléfonos instalados en el local de la calle Juan de Cervantes, de Córdoba, fue la diligencia inicial de la que derivó directamente el conocimiento de las respectivas identidades de los partícipes en los hechos delictivos enjuiciados, y a su vez, la causa determinante de la práctica del registro domiciliario en la localidad de Montilla, en el que se intervinieron determinados efectos que acreditaban, en la valoración del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial, la autoría de la acusada y recurrente en amparo. En atención a todo ello, interesa el Ministerio Fiscal el otorgamiento del amparo.

Procede la desestimación de la pretensión relativa a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), en opinión del Ministerio Fiscal, en la medida en que se alega la diferencia de criterio entre órganos judiciales distintos —el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial y la jurisprudencia del Tribunal Supremo—, cuando, de conformidad con la doctrina constitucional, es presupuesto de la vulneración alegada la identidad del órgano que resuelve sobre similar objeto.

Argumenta el Ministerio Fiscal también la desestimación de la pretensión relativa a la lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en aplicación de la

jurisprudencia constitucional aplicable, dado que no cabe considerar que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal relativo a la estafa y a su subtipo agravado se aparte en modo alguno del tenor literal del precepto o haya recurrido a pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional vigente; incluso, la interpretación del perjuicio sería difícilmente rebatible en el plano de la legalidad. Además el planteamiento de la demanda se sustentaría en un hecho inveraz, pues no se trata de la potencialidad de un premio, o de la expectativa de un crédito, sino de la realidad de ese derecho de crédito una vez cumplida la condición, que efectivamente se produjo y que privó a tres personas de sendos premios de tres millones y medio de pesetas y a otra más de siete millones de pesetas.

Finalmente, en lo que se refiere a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), el Ministerio Fiscal argumenta su desestimación, entendiendo que la queja se reduce a una discrepancia en la valoración de la prueba. Las resoluciones impugnadas razonan la participación de la recurrente en el delito de estafa explicitando como pruebas: las declaraciones de su compañero que afirma que uno de los teléfonos móviles a los que se desviaban las llamadas lo utilizaba habitualmente aquélla, la declaración del testigo Sr. Relación que reconoció que la recurrente había acudido al local en innumerables ocasiones, los documentos de los que se deducía la titularidad del teléfono móvil al que se derivaron 230 llamadas, o su titularidad sobre dos vehículos empleados por su marido.

En conclusión, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, la declaración de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de la actora y la nulidad de las Sentencias núm. 219/1999, de 26 de julio, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba, y la núm. 71/1999, de 22 de noviembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba.

12. En escrito registrado en este Tribunal el 20 de junio de 2001, la demandante de amparo reiteró la demanda y sus fundamentos.

13. Por providencia de 16 de mayo de 2002 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de noviembre de 1999 y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba de 26 de julio de 1999, en virtud de las cuales resultó condenada la recurrente como autora de un delito de estafa agravada de los arts. 528 y 529.7 CP (texto refundido 1973) a la pena de dos años de prisión menor, accesorias legales, pago de costas y a indemnizar a los perjudicados, si bien, respecto de la pena privativa de libertad y las accesorias legales, ha sido indultada por Acuerdo del Consejo de Ministros, según consta en los antecedentes. La demandante de amparo alega la vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

La representación de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) considera que no se ha lesionado ninguno de los derechos fundamentales aducidos, mientras que el Ministerio Fiscal sostiene la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de la recurrente al entender que la prueba consistente en los listados telefónicos es nula, así como todas las posteriores, pues dicha diligencia fue la primera que se realizó en el curso

de la instrucción y de ella derivaron todas las demás, incluido el registro del domicilio de la demandante.

2. La primera de las pretensiones aducida en la demanda de amparo es la relativa a la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), que se fundamenta en la falta de proporcionalidad del registro efectuado en la medida en que los hechos investigados no tenían la entidad suficiente para justificar una medida como la mencionada. Y ello porque, en el momento de la investigación, se trataba de la venta ilegal de cupones, que podía no ser constitutiva de delito, sino de falta o de infracción administrativa y, si bien finalmente se siguieron diligencias por delito de estafa, tampoco este delito puede considerarse grave.

Hemos de comenzar compartiendo la premisa de la que parte la demandante, puesto que este Tribunal ha declarado con reiteración que la restricción de derechos fundamentales sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si se autoriza judicialmente para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando la medida restrictiva se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 1 y 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2, entre las últimas). Sin embargo, en este caso no es posible considerar que los hechos investigados no constituyeran una infracción punible grave.

A tal efecto es necesario recordar que el juicio de proporcionalidad ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), debiendo comprobarse, desde la perspectiva de análisis propia de este Tribunal, si en la resolución judicial de autorización aparecen los elementos necesarios para entender que se ha realizado la ponderación de la proporcionalidad de la medida (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 9).

En el caso, en el momento en que se autoriza el registro y según resulta de los datos que constan expresamente en el Auto del Juzgado de Instrucción de 20 de diciembre de 1995, el órgano judicial entendió que se trataba de la investigación de un delito de estafa grave en virtud de la posible aplicación de las agravaciones relativas a la concurrencia de una pluralidad de perjudicados y a la especial gravedad de la propia estafa en atención a la cuantía defraudada, por lo que conforme a los arts. 528 y 529 CP (texto refundido 1973) los hechos podían ser sancionados con la pena de prisión mayor.

Pues bien, el razonamiento judicial expuesto no es objetable desde la perspectiva constitucional. Es cierto que este Tribunal ha sostenido que la gravedad de la infracción punible a los efectos que ahora consideramos no deriva únicamente de la gravedad de la pena con la que se sanciona, sino que, aunque la pena no sea calificada de grave por el Código penal, la infracción puede serlo en atención a la consideración de criterios como la importancia del bien jurídico protegido o la relevancia social de los hechos (SSTC 299/2001, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 3). Ahora bien, ello no exige que la calificación de un delito como grave en los casos en los que la pena con la que se castiga el delito sea calificada de tal por el Código penal precise atender a criterio suplementario alguno al de la propia pena. Pues la gravedad de la pena es expresión de la importancia social y jurídico-penal de los bienes jurídicos

tutelados y de la modalidad de afectación a los mismos, valorada por el legislador.

No puede, en consecuencia, tildarse de irrazonable la ponderación efectuada por el Juez que autorizó el registro sobre la base de factores —la existencia de múltiples perjudicados y la magnitud de la cuantía de lo defraudado— no sólo indicativos de la trascendencia social de los hechos, sino exponentes de su relevancia jurídico-penal al haber sido tenidos en cuenta por el legislador para la configuración de subtipos agravados de estafa. Hemos, pues, de concluir que no se ha producido ninguna vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente por falta de proporcionalidad de la medida de registro adoptada.

3. En la demanda se aduce, en segundo término, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), de modo que la prueba consistente en los listados de las llamadas telefónicas suministrados por parte de la compañía telefónica incurre en nulidad al no haberse observado las garantías debidas en su obtención. En este contexto se afirma que los datos aportados por dichos listados pertenecen a la esfera privada de la demandante y que la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones se ocasionó al practicarse la prueba mediante resolución inmotivada del Juzgado en forma de providencia. En opinión de la demandante, el derecho al secreto de las comunicaciones alcanza «no sólo a las conversaciones, sino también a los interlocutores y teléfonos que se utilicen», por lo que la prueba debió haberse practicado «en virtud de resolución debidamente motivada, que expresase la necesidad de la misma para las indagaciones en curso, que el resultado no pudiera obtenerse por otro medio», así como su proporcionalidad. En atención a ello y al art. 11.1 LOPJ entiende que la prueba es nula, así como todas las posteriores, en virtud de la teoría del árbol envenenado, porque todas las pruebas derivan del registro domiciliario y de la interceptación telefónica.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la Sentencia del Juzgado de lo Penal y, por remisión, la de la Audiencia Provincial, sostienen que la solicitud y entrega a la policía de los listados telefónicos no suponen «interceptación de comunicaciones toda vez que no se accede al contenido de éstas» y que, al no afectar a derechos fundamentales, «puede acordarse mediante providencia».

La representación procesal de la ONCE considera también que no se ha producido una intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones, pues este derecho sólo alcanza al contenido de las comunicaciones, y, en el caso, no se produjo la escucha o intervención telefónica. En apoyo de su interpretación cita la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1999, que declaró que la obtención del listado telefónico no afecta al contenido propio del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que el registro de llamadas efectuadas desde un determinado número de teléfono forma parte del conjunto de datos de carácter personal, custodiados en ficheros automatizados por las compañías telefónicas, a los que se refiere la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento de tales datos, de modo que si bien esta Ley dispone en su art. 6.1 que el tratamiento de estos datos requiere el consentimiento del afectado, sin embargo, dicho consentimiento no es preciso si la cesión de datos se realiza, entre otros, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas [art. 11.2 d)].

De esta solución se distancia el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, utilizando como soporte argumental de su posición la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*, nuestra STC 114/1984, de 29 de noviembre, y la Cir-

cular de la Fiscalía General del Estado 1/1999. Así, la Sentencia del caso *Malone* sostiene que aunque el mecanismo del que se sirven las empresas de comunicación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes no implica interceptación de la comunicación, sin embargo en los listados figuran datos —los números de los teléfonos de destino— que son parte integrante de las comunicaciones telefónicas, por lo que dicho sistema afecta al art. 8.1 CEDH, no siendo posible disponer de dichos datos sin consentimiento de su titular. La STC 114/1984 y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999 coinciden en el entendimiento de que la obtención del listado mediante el mecanismo técnico utilizado por las compañías telefónicas constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE, por cuanto el concepto de «secreto» de la comunicación no sólo cubre su contenido, sino otros aspectos de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores.

4. En efecto, este Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone*, ha afirmado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, hemos declarado en aquella ocasión que «rectamente entendido», el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del “secreto”— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) ... Y puede también decirse que el concepto de “secreto”, que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 —caso *Malone*— reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma». «Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, añadimos, «la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado». Y concluimos: «el concepto de “secreto” en el art. 18.3 tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado» (FJ 11).

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente en la STC 70/2002, de 3 de abril. En su fundamento jurídico 9 precisamos que «el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea

el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente» y que «la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos», de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.

La separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuada en esta Sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, «no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial» respecto del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta— (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

5. De conformidad con lo expuesto, la cuestión sometida a nuestra consideración en este recurso de amparo reside, en primer lugar, en determinar si el registro de llamadas y la entrega del listado a la policía afecta al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protegido en el art. 18.3 CE o al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE); en segundo término, y en función de la respuesta a esta primera cuestión, en precisar si el acceso al listado de llamadas por parte de la policía requiere autorización judicial; y, finalmente, de ser así, si la autorización judicial a la compañía telefónica para entregar los listados a la policía mediante providencia se ajusta a las exigencias constitucionales de autorización judicial de las injerencias o medidas de restricción que legítimamente pueden sufrir los derechos fundamentales.

Pues bien, iniciando el examen de la pretensión de amparo en los términos lógicos enunciados, debemos proceder a contemplar el fundamento material de la garantía y delimitación constitucional de los ámbitos de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Para ello, hemos de partir de que, no obstante el diferente ámbito de protección del art. 8.1 CEDH y de los arts. 18.1 y 18.3 CE separadamente considerados, señalado ya en nuestras SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 10/2002, de 17 de enero, FJ 5, la injerencia de la autoridad pública

en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia reconocido en el art. 8.1 CEDH solo es posible, conforme al art. 8.2 CEDH, cuando esa injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo. Tampoco podemos olvidar que nuestra Constitución exige que toda limitación de un derecho fundamental esté prevista en la ley (art. 53.1 CE) y que dicha limitación sea adecuada a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, necesaria para alcanzar un fin legítimo, proporcionada al efecto y, en todo caso, respetuosa del contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4). Y, finalmente, se ha de tener en cuenta que si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone* (§ 84) reconoció que el sistema del recuento es por naturaleza distinto a la interceptación de las comunicaciones, pues puede tener una finalidad lícita como es la comprobación de la exactitud de los cargos que se exigen a los abonados, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos, mientras que la interceptación de las comunicaciones no es deseable ni lícita en una sociedad democrática, también dejó afirmado que la utilización de los datos obtenidos por el recuento puede plantear problemas en relación con el art. 8 CEDH, ya que «[e]n los registros así efectuados se contienen informaciones —en especial, los números marcados— que son parte de las comunicaciones telefónicas. En opinión del Tribunal, ponerlos en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado, se opone también al derecho confrmado por el artículo 8».

Ya hemos dicho, con palabras de la STC 114/1984, que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) protege implícitamente la libertad de las comunicaciones y, además, de modo expreso, su secreto. De manera que la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada (STC 70/2002) y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir —conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc.— pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/1984). El derecho al secreto de las comunicaciones protege a los comunicantes frente a cualquier forma de interceptación o captación del proceso de comunicación por terceros ajenos, sean sujetos públicos o privados (STC 114/1984).

Pues bien, es de señalar aquí que el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación. A través de la protección del proceso de comunicación se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado. Este reconocimiento autónomo del derecho no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar. En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.

Proyectando estas consideraciones sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión —eléctrico, electromagnético u óptico etc.— de la misma.

Por ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (*mutatis mutandi* respecto de las comunicaciones postales STC 70/2002) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

6. La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo.

Ahora bien, aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las «escuchas telefónicas», siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Hemos de separarnos, pues, de la argumentación desarrollada por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial en las decisiones impugnadas, ya que la entrega de los listados a la policía afecta al objeto de protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, aunque ello no signifique, como se razonará a continuación, que se haya ocasionado en este caso la vulneración de este derecho fundamental.

7. En el caso analizado, la policía solicitó del Juzgado de Instrucción, primero que se autorizara a la compañía telefónica para entregar los listados de los dos

números telefónicos conectados en el local que constituía la sede de la supuesta Asociación del Minusválido, y, con posterioridad, una vez que tuvo acceso a los mismos, que se autorizara a la misma compañía telefónica para facilitar el nombre del titular del teléfono móvil al que, de conformidad con los datos aportados por los listados, se desviaban muchas de las llamadas de aquéllos. La policía no se dirigió directamente a la compañía telefónica solicitando el listado telefónico, sino que acudió al Juez competente solicitando autorización para acceder a dichos listados.

En este contexto, se ha de precisar que la demandante ciñe su queja a la cuestión de que el tipo de resolución judicial adoptada para autorizar la entrega de los listados no reúne los requisitos constitucionales exigidos relativos a la fundamentación de la proporcionalidad de esta medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones, por cuanto revistió la forma de providencia inmotivada, teniendo en cuenta, como ya hemos advertido, que no se trata de una forma de injerencia o interferencia que permitiera el acceso al contenido de lo comunicado.

Le asiste la razón a la recurrente en cuanto al presupuesto en el que asienta su pretensión, pues, ciertamente, este Tribunal tiene declarado que la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede acordarse, por decisión expresa de la Constitución, en resolución judicial; de modo que dicho requisito constituye una exigencia material de ponderación judicial de la proporcionalidad de la injerencia en el derecho fundamental (por todas, STC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Sin ningún género de dudas una providencia no es, por su propia estructura, contenido y función, la forma idónea que ha de adoptar una resolución judicial que autoriza la limitación de un derecho fundamental, y, ciertamente, lo deseable, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental, es que la resolución judicial exprese por sí misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4). Sin embargo, hemos admitido que una resolución judicial puede considerarse motivada si, integrada con la solicitud de la autoridad a la que se remite, «contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

Desde esta perspectiva, y en la medida en que la exigencia de resolución judicial a efectos de limitar un derecho fundamental posee carácter material, pues han de ser los Jueces y Tribunales los que autoricen el levantamiento del secreto de las comunicaciones ponderando la proporcionalidad de las medidas que afecten a este derecho fundamental y controlen su ejecución, hemos de considerar que, aunque desde luego la resolución judicial debe adoptar la forma de Auto, excepcionalmente también una providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, puede cumplir las exigencias constitucionales en un caso como el analizado en el que se trata de autorizar el acceso a los listados telefónicos por parte de la policía. Ello sucederá si la providencia, integrada con la solicitud policial a la que se remite, contiene todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental. A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo, como hemos subrayado, el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato

constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.

En el caso objeto del presente recurso de amparo, de la integración de la providencia con la solicitud de acceso a los listados de los teléfonos resultan los elementos que son exigibles desde la perspectiva constitucional: los hechos investigados, el delito que podían constituir, los datos de los teléfonos y los hechos de que los que se infieren las sospechas. Ha de tenerse en cuenta que las diligencias se iniciaron con una denuncia del Administrador General de la ONCE en Córdoba respecto de la posible estafa que se estaría cometiendo con la venta de los denominados cupones del minusválido, aportándose uno de estos cupones en los que figuraba un sello de la supuesta «Asociación del Minusválido» en el que aparecían una dirección de la sede de la Asociación y los teléfonos de la misma. De manera que aunque no se realizara una investigación previa, los indicios que resultaban de los datos que figuraban en dicho cupón eran suficientes para avalar la posible existencia del delito y la conexión de los titulares de dichos teléfonos con el mismo en el momento de la investigación. De otra parte, a efectos de ponderar la necesidad de la medida ha de tenerse en cuenta que dichos teléfonos habían sido contratados con el sistema de desvío inmediato y llamada en espera, por lo que el acceso a los listados era necesario para averiguar el destino último de las llamadas.

Por consiguiente, y más allá de la ausencia de ponderación que, en principio y formalmente, es predicable de las providencias, sin embargo, en el caso objeto de este recurso de amparo, existió la resolución judicial requerida por el art. 18.3 CE para legitimar la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

8. Tampoco pueden prosperar las pretensiones de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14.1 CE) en relación con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), realizada por los órganos judiciales con fundamento en las cuales se cuestiona la interpretación y aplicación del delito de estafa en lo relativo al elemento del perjuicio económico.

La pretensión de vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por apartamiento inmotivado de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha de desestimarse, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el presupuesto de la vulneración aducida exige que exista identidad del órgano judicial que emite las resoluciones cuyo apartamiento jurisprudencial inmotivado se alega (SSTC 168/1989, de 16 de octubre, FJ 3; 134/1991, de 17 de junio, FFJJ 2, 3, 4; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2; y 122/2001, de 4 de junio, FJ 4). Pues bien, no se da dicha identidad ya que las Sentencias impugnadas se dictaron por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la misma ciudad respectivamente, alegándose para el contraste la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

De otra parte, la interpretación y aplicación de las figuras de estafa agravadas, considerando que el perjuicio económico se determina en atención al valor del premio de lotería y no en atención al valor del billete de lotería antes de celebrarse el sorteo, no constituye lesión del derecho a la legalidad penal. Precizando nuestro canon de control de constitucionalidad relativo a este derecho hemos sostenido que sólo «cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha apli-

cación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11)» [STC 125/2001, 4 de junio, FJ 3]. En su aplicación, no puede entenderse que las decisiones judiciales impugnadas hayan efectuado una interpretación ajena al tenor literal del precepto, ni contraria a las pautas valorativas que derivan de nuestra Constitución, ni tampoco extravagante en relación con lo sostenido en la comunidad jurídica, toda vez que se corresponde con una de las interpretaciones usuales en la doctrina y jurisprudencia en estos casos.

9. Por último, la recurrente alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que, en su criterio, la Sentencia de la Audiencia Provincial no motivó la desestimación de idéntico motivo alegado en apelación, no existió prueba de cargo suficiente para condenarla y los mismos indicios que se consideraron suficientes en su caso fueron considerados insuficientes para condenar a otra acusada.

Hemos afirmado en numerosas ocasiones que el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de modo que toda Sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que sustenta la declaración de responsabilidad penal, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable (SSTC 174/1985, de 17 de septiembre, FJ 2; 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9 y ss.). Igualmente hemos declarado que es constitucionalmente legítimo sustentar la responsabilidad penal en prueba indiciaria, aunque en este caso las exigencias de motivación cobran mayor rigor, dado que han de expresarse las pruebas de las que derivan los hechos indiciarios, que han de estar plenamente probados, y las inferencias que unen éstos con los presupuestos fácticos del delito o con la declaración de su realización por el condenado (por todas SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2; y 124/2001, de 4 de junio, FJ 11). Por último, ha de tenerse en cuenta que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia cuando no puede establecerse un engarce suficiente entre los indicios y el hecho que ha de ser probado conforme a las reglas de la lógica y la experiencia; así, cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, o cuando del hecho base no se infiere de forma inequívoca la conclusión, de modo que la inferencia sea tan abierta o débil que dé pie para albergar tal pluralidad de conclusiones que ninguna pueda darse por probada (SSTC 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; y 124/2001, de 4 de junio, FJ 12).

En aplicación de la doctrina expuesta ha de desestimarse la pretensión, aunque ciertamente sea reprochable la técnica de motivación por remisión utilizada por

la Audiencia Provincial al resolver el motivo referido al error en la apreciación de las pruebas y al derecho a la presunción de inocencia, pues la inferencia realizada por el Juzgado de lo Penal no puede considerarse ilógica o excesivamente abierta, sin perjuicio de que pudieran establecerse otras hipótesis en cuya razonabilidad no puede entrar este Tribunal. En efecto, el Juzgado de lo Penal señala como indicios de los que infiere la intervención de la demandante de amparo en la creación de la trama defraudatoria, haber hallado en su domicilio en el registro un cupón del minusválido y facturas de uno de los teléfonos, ser la titular del teléfono móvil núm. 908553962 al que se desviaron doscientas treinta llamadas de los teléfonos núms. 434860 y 430293, y ser usuaria del mismo según declaración de su esposo, ser la titular de dos vehículos adaptados para minusválidos utilizados por su esposo en desplazamientos relacionados con la organización y que, conforme declaró un testigo, acompañó en múltiples ocasiones a su esposo al local sede de la Asociación del Minusválido, aunque ella lo negó. Este conjunto de indicios puede unirse, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, con la intervención de la demandante de amparo en la trama, sin que la conexión pueda considerarse excesivamente abierta.

Por último, hemos de subrayar que en el marco de la lesión del derecho a la presunción de inocencia no compete a este Tribunal comparar las pruebas que sustentan las declaraciones de culpabilidad o inocencia de los acusados de un mismo proceso, por cuanto este Tribunal sólo puede examinar si la condena del —o de la— recurrente de amparo se fundamenta en pruebas de cargo de las que quepa inferir de forma no irrazonable su culpabilidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente demanda de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinte de mayo de dos mil dos.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzanao.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Firmado y rubricado.

11899 *Sala Segunda. Sentencia 124/2002, de 20 de mayo de 2002. Recurso de amparo 4834-2000. Promovido por don Juan S. M. y doña Josefa R. G. frente al Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla que denegó su personación en un litigio entre la madre biológica de unos menores y la Junta de Andalucía.*

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al proceso): personación de los acogedores preadoptivos de menores en un procedimiento sobre desamparo y acogimiento familiar.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Tomás S. Vives Antón, Presidente, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijos, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña Elisa Pérez Vera