

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 84/2014

RECURSO CASACION (P) N°:10705/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha Sentencia: 05/02/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: ezp

Tráfico de drogas. Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas sin base en indicios de delito. Vacío probatorio.

Nº: 10705/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 29/01/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 84/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil catorce.

Esta Sala compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, de fecha 23 de mayo de 2013. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes: xxx, representada por la Procuradora de los Tribunales, doña Cristina Gramaje López; xxx, representada por el Procurador don Miguel Torres Álvarez; xxx, representado por la Procuradora doña María Inmaculada Díaz- Guardamino Dieffebruno; y xxx, representado por el Procurador don Miguel Lozano Sánchez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número de Albacete instruyó sumario con el número 7/2011, por delitos contra la salud pública, y tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368, párrafo primero inciso primero del Código Penal, y de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia y cometido por personas integradas en organización delictiva de los artículos 368,369, 5º y 369 bis del Código Penal, contra : xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Albacete, cuya Sección Primera, dictó sentencia el día 23 de mayo de 2011, cuyos hechos probados son como sigue:

<<En el seno de una investigación judicial por tráfico de cocaína contra los procesados xxx, xxx, xxx y xxx, mayores de edad y sin antecedentes penales, y en situación de prisión provisional en esta causa desde el día 12 de enero de 2011, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Albacete dictó auto con fecha 11 de enero de 2011 acordando la entrada y registro de los domicilios sitos en la C/ Hermanos Grimm nº 5, portal 2, 4º B, vivienda habitual de xxx y xxx, y en la C/ Baños nº 18.8º izquierda, vivienda habitual de xxx, xxx y del mismo xxx, practicándose los registros el mismo día, hallando en el domicilio de la C/ Hermanos Grimm, distribuida en bolsas en las habitaciones y salón de la vivienda, un total de 716,52 gramos de cocaína, con una pureza en torno al 21%, que los procesados anteriormente referidos destinaban al tráfico y venta a terceras personas.

Parte de la sustancia estupefaciente aprehendida, se encontró en el armario de la habitación que temporalmente ocupaba el procesado xxx, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, en prisión provisional por esta causa desde el día 12 de enero de 2011 hasta el día 22 de febrero de 2012, que no se ha demostrado que también participara en el tráfico ilícito de las sustancias intervenidas, aunque se hallase en un pantalón de su propiedad un total de 1.030,72 euros.

También se halló en el domicilio de la C/ Hermanos Grimm, una libreta con anotaciones manuscritas relativas a consumidores de cocaína, además de un gato hidráulico, un rollo de plástico transparente y otras sustancias, todo ello destinado al corte y elaboración de dosis de la cocaína aprehendida.

En el registro del domicilio sito en la C/ Baños, nº 18, 8º izquierda, se aprehendieron un total de 5 bolsas de cocaína con un peso neto de 1.335,42 gramos y una pureza en torno al 18,4 %. 14,68 gramos de la sustancia estupefaciente ketamina, 1.400 euros distribuidos en billetes de 500, 100 y 50, así como 10 relojes de diversas marcas, procedente todo ello de la venta de cocaína, además de una balanza de precisión modelo TX 2000. dos prensas artesanas, dos gatos hidráulicos y dos moldes destinados a elaborar dosis y tabletas de cocaína, hallándose también numerosas sustancias destinadas al corte de la cocaína para elaborar dosis destinadas a la venta.

En el curso de la investigación policial se procedió al registro de la vivienda sita en la C/ María de Zayas nº 4, 2ª derecha, vivienda a la que recientemente se había trasladado la procesada xxx, aprehendiendo en la referida vivienda dos bloques compactados de cocaína con un peso de 503,92 y 477,73 gramos y una pureza media en torno al 24 % y 6 envoltorios de plástico conteniendo dosis de cocaína, con un peso total de 25,42 gramos y una pureza en torno al 234 %, hallando el propietario de la vivienda con posterioridad al registro efectuado por la Guardia Civil, una bolsa que contenía 397 gramos de cocaína con una pureza en torno al 63,9 %. También se procedió al registro de la vivienda sita en la C/ Miguel López de Legazpi, nº 9, 1º H, en la que se alojaba el procesado xxx, hallando un envoltorio de plástico conteniendo una dosis de cocaína preparada su venta con un peso de 0,29 gramos y una pureza en torno al 19,5 %.

La sustancia intervenida a los acusados tenía un valor en el mercado ilícito de 146.953,8 euros.

Los procesados xxx, xxx, xxx y xxx, formaban una organización en la que xxx era el jefe. Se encargaba de conseguir las sustancias estupefacientes, así como de

alquilar los pisos en los que guardaban las sustancias y efectos aprehendidos, y de pagar las rentas, y también supervisaba las labores de corle y elaboración de las dosis de cocaína para su venta, además de proceder también a la venta y distribución a otros traficantes y a consumidores.

A su vez las procesadas xxx y xxx se encargaban de la custodia de las sustancias estupefacientes en las viviendas alquiladas por xxx, además de realizar las labores de corte, adulteración y elaboración de dosis de cocaína.

Y finalmente el procesado xxx, además de participar en las labores de custodia y adulteración de la cocaína, se dedicaba a la venta y distribución a terceras personas.

*xxx, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaba también al tráfico y venta de la cocaína que le era suministrada por el procesado xxx. En el registro del establecimiento "Sin Horas sito en la C/ La Caba nº 14 de Albacete, del que era titular el Sr. xxx, fueron aprehendidos por los miembros de la fuerza actuante, una dosis de cocaína que iba a destinar a la venta, con un peso de 0,28 gramos y una pureza en torno al 19,2 %, y con un valor en el mercado ilícito de 17 euros, y una balanza de precisión marca Tanita destinada a elaborar las dosis de cocaína para su venta. En el registro del domicilio del procesado, sito en la C/ Ávila nº 1, 1º D, de Albacete, se aprehendió una balanza de precisión marca Daman, un porta alambres plastificado, recortes circulares de bolsas de plástico, además de numerosos medicamentos en forma de comprimidos destinados a *adulterar y cortar las dosis de cocaína, además de una libreta con anotaciones relativas a compradores de esa sustancia.**

El procesado JONATAN HERRERA TRUJILLO, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encargaba de la venta a consumidores de la cocaína que adquiría.

habiéndose procedido por agentes de la Guardia Civil al registro de su domicilio, sito en la C/ Socuellamos nº 98 piso 1º de la localidad de Tomelloso, aprehendiendo una dosis de cocaína con un peso de 1,9 gramos y una pureza en torno al 15,7 %, con un valor en el mercado ilícito de 110 euros, que el procesado iba a destinar al tráfico y venta a terceras personas, interviniendo también una libreta con diversas anotaciones relativas a compradores de cocaína, una balanza de precisión marca Diablo modelo FP659 destinada a pesar las dosis de cocaína, diversos recortes de plástico de forma circular utilizados para elaborar dosis de cocaína y 200 euros obtenidos del tráfico ilícito al que se dedicaba el acusado.

xxx, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaba también a la venta de la cocaína que adquiría, precediéndose por agentes de la Guardia Civil al registro de su domicilio, sito en la C/ Dalmacio García Izcara nº 8, V derecha, de la ciudad de Cuenca, interviniendo, en un cajón de la cómoda de su habitación, un total de 7.350 euros dispuestos en 145 billetes de 50 euros y 14 billetes de 20 euros procedentes del tráfico ilícito al que se dedicaba la procesada.

Por ultimo xxx. mayor de edad y sin antecedentes penales, actuó en dos ocasiones como captador de clientes finales para xxx.>>

2.- La Audiencia de Instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

Condenamos a

<<(1) xxx, como autor de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, previsto en los artículos 368 y 369,5º del Código Penal, y de un delito de grupo criminal del art. 570 ter aptdo 1º b) del mismo cuerpo legal, con la atenuante analógica de colaboración con las autoridades, a las penas de 7

año» de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 150.000 euros por el primero de los delitos, y de doce meses de prisión y accesoria por el de integración en grupo criminal y al pago de dos catorceavas partes de las costas procesales.

(2) xxx, como autora de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, previsto en los artículos 368 y 369,5° del Código Penal, y de un delito de grupo criminal del art. 570 ter aptdo 1º b) del mismo cuerpo legal, con las penas de 6 años y seis meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 150.000 euros por el delito de tráfico de drogas, y de siete meses de prisión y accesoria por el de integración en grupo criminal, y al pago de dos catorceavas partes de las costas procesales.

(3) xxx como autora de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, previsto en los artículos 358 y 369,5' del Código Penal, y de un delito de grupo criminal del art. 570 ter aptdo 1º b) del mismo cuerpo legal, con las penas de 6 años y seis meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 150.000 euros por el delito de tráfico de drogas, y de siete meses de prisión y accesoria por el de integración en grupo criminal, y al pago de dos catorceavas partes de las costas procesales.

(4) xxx, como autor de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia, previsto en los artículos 368 y 369,5° del Código Penal, y de un delito de grupo criminal del art. 570 ter aptdo 1º b) del mismo cuerpo legal, con la atenuante analógica de colaboración con las autoridades, a las penas de 6 años y un día de prisión y accesoria de inhabilitación especial

para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 150.000 euros por el primero de los delitos, y de seis meses de prisión y accesoria por el de integración en grupo criminal, y al pago de dos catorceavas partes de las costas procesales.

(5) xxx, como autor de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, previsto en el artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal, a la pena de 1 año y medio de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de la catorceava parte de las costas procesales.

(6) xxx. como autor de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, previsto en el artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y multa de 30 euros y al pago de la catorceava parte de las costas procesales.

(7) xxx, como autora de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, previsto en el artículo 368, párrafo segundo, del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la catorceava parte de las costas procesales.

(8) xxx, como autor de un delito de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, previsto en el artículo 368, párrafo primero, del Código Penal, a la pena de 3 años de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 110 €, con un día de arresto sustitutorio en caso de impago y al pago de la catorceava parte de las costas procesales.

Decretamos el comiso de las sustancias estupefacientes y de corte intervenidas, así como de los instrumentos y el dinero intervenidos a los condenados, a los que se le dará el destino legal.

Absolvemos a xxx y xxx, a los que se reintegrarán los efectos que se les hubieran intervenido, y declaramos de oficio dos catorceavas partes de las costas.>>

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los condenados: xxx, xxx, xxx, y xxx, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación de xxx, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho de defensa del artículo 24 CE en relación con el artículo 118 CP. Denuncia indefensión como consecuencia de la actuación del órgano de instrucción que mantuvo a la acusada sin representación ni dirección letrada desde febrero de 2011 hasta diciembre de 2012.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por inaplicación del artículo 376.1 CP. Expone el recurrente como, a su entender concurren los requisitos para ello.

5.- La representación de xxx, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero, Segundo, Tercero y Cuarto.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852fd LECrim por vulneración del derecho al

secreto de las comunicaciones, de defensa y a la tutela judicial efectiva de los artículos 18.1 3 y 24.2 CE.

Quinto y Séptimo.- Al amparo del artículo 852, LECrim en relación con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.1 y 2 CE. Alega el recurrente que, establecida la nulidad de las intervenciones telefónicas y, en consecuencia, de todas las actuaciones posteriores, no existe prueba de cargo alguna.

Sexto.- Al amparo del artículo 852 LECrim en relación con el artículo 5.4 LOPOJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de la sentencia.

6.- La representación procesal de xxx, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 852 LECrim en relación con el artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen. El recurrente interesa la nulidad de las diligencias de entrada y registro y de las intervenciones telefónicas en base a los argumentos que expone.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por indebida aplicación del artículo 368 CP.

7.- La representación de xxx, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 85s2c LECrim y artículo 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. Se alega inexistencia de prueba de cargo.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por indebida aplicación del artículo 368.2 CP.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba.

8.- Instruido el Ministerio Fiscal, impugna los motivos del recurso, solicitando su inadmisión. La Sala lo admitió quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

9.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 29 de enero de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de xxx

Primero. Bajo los ordinales primero, segundo y tercero de su escrito, por el cauce de los arts. 5,4 LOPJ y 852 Lecrim, ha denunciado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad. Al respecto argumenta, en síntesis, con el deficiente tratamiento legal de estas formas de investigación en nuestro ordenamiento; y, luego, en concreto, con que la primera intervención producida en la causa, de la que se derivan todas las demás y la totalidad de las actuaciones, lo fue sin el necesario soporte de indicios, que es lo que habría determinado que tanto el primer auto dictado en respuesta a la inicial solicitud policial como los sucesivos, de prórroga, carezcan de verdadero fundamento.

Por lo que hace a la primera objeción, hay que decir que la propia recurrente ofrece la respuesta que corresponde a su objeción, cuando reconoce que, no obstante las insuficiencias, ciertamente indisculpables, del tratamiento legislativo, tanto el Tribunal Constitucional como esta sala han respondido a

objeciones como la que se examina en el sentido de que existe *uncorpus*jurisprudencial muy articulado, considerado idóneo para modular el modo de operar de los tribunales en la materia.

Para dar respuesta a las otras dos objeciones, es preciso examinar primero el oficio de la policía con el que se abre la causa y que dio lugar a la primera injerencia.

Pues bien, en ese oficio se hace referencia a dos personas, xxx y xxx como suministradores de cocaína. Del primero se dice que por informaciones recibidas a través de distintos cauces, se habría sabido que la vendía al menudeo. Con el fin de verificar la veracidad de esta denuncia, se le sometió a una vigilancia, que permitió comprobar la realización por su parte de cinco actos de venta, la interceptación de los compradores y la incautación de la droga, en tres de los supuestos.

En el caso de xxx se informaba de que, sometido a observación, a cierta distancia, se había observado como, en una ocasión, entregaba a un tercero un pequeño envoltorio de plástico, recibiendo a cambio un billete, sin mayores comprobaciones. También se dice que utiliza una motocicleta y un Renault Scenic y que tiene trabajo.

Seguidamente, se afirma de los dos: que se dedican al tráfico de estupefacientes; que se sirven de varios terminales telefónicos y cambian frecuentemente de número; y que utilizan un lenguaje codificado y encubierto. En fin, se habla asimismo “de una organización perfectamente organizada y estructurada” formada por uno y otro.

Interesa señalar que ni xxx ni xxx han sido acusados en esta causa. Si bien, todas las interceptaciones telefónicas producidas en ella, a partir de la primera, acordada mediante auto del Juzgado de Instrucción nº 3 de Albacete (folio 38 ss.), en respuesta al oficio que acaba de examinarse, provienen de lo sabido mediante las conversaciones

escuchadas, merced a la intervención de las comunicaciones de xxx.

En efecto, pues tal es la única fuente de conocimiento de la existencia de cada uno de los implicados, cuya emergencia en la investigación se produjo en el orden siguiente y con constancia en los folios que se indican: xxx (folio 105), xxx (folio 115), xxx (folio 115), xxx (folio 115), xxx (folio 618) xxx (folio 618), xxx (folio 1352), xxx (folio 1362), xxx (folio 1482), y xxx (folio 2028).

El propio organigrama-resumen de los contactos elaborado por la Guardia Civil, confirma lo que acaba de reflejarse. Y, para que no quede ninguna duda, la propia sala de instancia, en el primer fundamento de derecho, reconoce que los autos subsiguientes de prórroga y de intervención de nuevos teléfonos se basaron en el resultado fructífero de las primeras intervenciones, que darían lugar a los seguimientos de los implicados y estos a los registros domiciliarios.

Que así fue lo acredita también el examen del cuadro probatorio realizado luego por el propio tribunal. En efecto, pues a xxx (que se negó a responder al fiscal) le incrimina lo hallado en las viviendas en relación con el contenido de algunas conversaciones. De xxx se subraya su condición de colaborador del anterior De xxx y xxx, reconocida ante el instructor, el dato de que vivía en una de las casas registradas y, de nuevo, lo escuchado. De Sxxx se señala la condición de moradora de una de las viviendas, su manifestación de que ignoraba que en ella se guardase nada relacionado con la droga y también las conversaciones. De xxx consta que negó toda relación con lo hallado en su domicilio y asimismo la existencia de algunas conversaciones que la

incriminarían. De xxx se resalta lo manifestado ante el instructor a propósito de la ocasional adquisición de algunos gramos de cocaína, que corroboraría lo oído a través de alguna comunicación. De xxx, que luego de haber admitido la compra de algún gramo de esa sustancia negó que la hubiera revendido, se mencionan, de nuevo, ciertas conversaciones. De xxx se cuenta que en el juzgado negó todo, admitiendo alguna compra para su consumo y se señala lo hallado en su domicilio y, como en los demás casos, lo aportado por las escuchas.

A propósito de xxx y de xxx, se deja constancia de que su condena tiene como fundamento la conformidad con la acusación del fiscal.

Lo que acaba de exponerse pone clarísimamente de relieve que las intervenciones telefónicas, estrechamente encadenadas con la inicial practicada xxx, jugaron un papel esencial en la causa, tanto que puede decirse fueron la fuente exclusiva de conocimiento.

El planteamiento dado al motivo obliga a verificar si las decisiones cuestionadas se adecuan al paradigma constitucional, según aparece recogido en conocidísima jurisprudencia.

Conforme al estándar recabable de la misma, la apreciación de la legitimidad de una medida como la de que aquí se trata, impone un primer juicio acerca de su proporcionalidad, esto es, dirigido a comprobar si con ella se persiguió un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificarla. Después, habrá que verificar si el sacrificio del derecho fundamental concernido era realmente necesario para conseguir ese fin, a tenor de los datos ofrecidos a la consideración del instructor.

A esto ha de añadirse que la legitimidad de la medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con

los hechos) cuanto de la necesidad y adecuación de la misma (razones y finalidad perseguida).

Es, pues, claro que el instructor debe llevar a cabo un cuidadoso examen crítico de los presupuestos normalmente ofrecidos por la policía como justificadores de la necesidad de la intervención telefónica que se le solicita y eventualmente de sus prórrogas. Y no sólo, también tiene que acreditar de manera convincente que efectivamente lo ha hecho.

En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos en la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública y conminada por el Código Penal con una pena grave, es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo. Con lo que tal estimación trae a primer plano la exigencia de valorar si la medida fue ciertamente necesaria en el caso concreto para la consecución de aquel objetivo.

En esta segunda verificación hay que comprobar ahora si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos de investigación previa seriamente sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 Cpenal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella de los denunciados. Esto es, si los elementos de juicio sometidos a la consideración del juzgado por la policía evidenciaban tener como presupuesto un trabajo de indagación de calidad bastante para entender que sus aportaciones avalaban la adopción de la medida. Y esto, tanto por el contenido informativo de las mismas, como porque fuera razonable pensar que estaban agotados todos los restantes medios de averiguación. Por último, es también necesario verificar si el instructor ejerció de forma satisfactoria el control de la regularidad de la actuación policial a que está obligado, lo que tiene que desprenderse, con la necesaria claridad, de las resoluciones dictadas al efecto, tanto para autorizar inicialmente como para, en su caso, prorrogar las interceptaciones que hubiera autorizado.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha ofrecido pautas de suma utilidad acerca del método a seguir en tales comprobaciones. Al efecto, parte de la afirmación de que si la autorización de la intervención —por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado— ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar razones fácticas y jurídicas. Más en concreto: los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que son algo más que simples sospechas. Aquellos, pues, han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las meras hipótesis subjetivas, a las que también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles aptitud a esos efectos.

Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir entre el *dato objetivo* y el *delito* de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito. De ahí que el hecho en que este pudiera consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa.

Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada —*necesaria*—, solo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental del art. 18,3 CE. Tal modo de actuar no puede asentarse en una sospecha genérica ni

sobre un golpe de intuición; hábiles, en cambio, como legítimo punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor agresividad para la esfera íntima o privada de las personas, válidamente destinadas a obtener indicios dignos de tal nombre, pero no aptas para ocupar el lugar de éstos.

Aquí, decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría *formar criterio* —que es lo que la ley demanda— para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita.

Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un *acto de fe*, sino de un *juicio crítico* sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que —es obvio— debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Estas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor. De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud. O lo que es igual, en presencia de un oficio *vacío*, pero convenientemente *sazonado* con ingredientes tales como: “grupo organizado”, “tráfico de estupefacientes a gran escala”, “antecedentes penales” o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, “patrimonio elevado”, “contactos”... la única opción judicial posible sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado. Algo equivalente a la efectiva *delegación* en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía pudo haber llegado, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Es decir, la aportación al juzgado por los agentes investigadores de las explicaciones relativas a su forma de actuación en el caso.

Por otra parte, en caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de esa elemental exigencia legal, nada más fácil ni de más fácil realización por el instructor que la solicitud de una ampliación de los datos, cuando los ofrecidos fueran insuficientes. La mayoría de las veces, un defecto semejante podría resolverse mediante la realización de una simple comparecencia.

Con el modo de actuar que se reclama, tanto la actividad policial como la judicial gozarían del grado de profesionalidad y rigor exigible en materias tan sensibles por su incisividad en derechos básicos. Y, además, las correspondientes actuaciones tendrían toda la eficacia para la persecución de los delitos de la que se les priva, lamentablemente, con las malas prácticas policiales y judiciales que, en ocasiones como esta, desembocan en ineludibles declaraciones de nulidad.

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*, o sea, *prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido* como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación

extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como *éxito policial* sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que estas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación *ex post*, solo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24 CE.

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser específica, es decir, debe atender a las circunstancias concretas, y tiene que ser también razonada.

La decisión del recurso hace necesario el examen de lo acontecido en esta causa, a la luz de las precedentes consideraciones.

Situados en este plano, hay que recordar que mientras en el caso de xxx, que aquí no interesa, por su falta de relación con los implicados en esta causa, se aportaron algunos indicios, suficientemente contrastados, de la posible dedicación al tráfico de sustancias estupefacientes; en el de xxx todo lo que se sabría es que contaba con una ocupación laboral, que disponía de dos vehículos compatibles con su estatus, y que, en una ocasión, se le había visto, a distancia, realizar lo que pudo ser un intercambio de algo por dinero, pero sin ninguna comprobación al respecto. Luego, con absoluta falta de fundamento, a partir de presupuestos tan

endebles, se le hacía integrante de una organización con el anterior, en virtud de no se sabe qué.

De la reseña jurisprudencial que antecede se sigue que en presencia de un atestado como el de que aquí se trata, el instructor, en su examen, tiene que distinguir tres planos de discurso, relativos:

a) Al posible *delito*.

b) A los *indicios* sugestivos de que podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas.

c) A la *actividad investigadora* que condujo a la obtención de estos datos.

A partir de esta triple distinción, lo que se diga en a) resultará atendible si, y sólo si, tiene razonable apoyo empírico en el contenido de b); y siempre que este goce de cierta plausibilidad como resultado predicable de las diligencias de averiguación relacionadas en c).

Pues bien, actuando con ese criterio, en el caso de xxx, se advierte:

1. Que, como es obvio, concurre la invocación de un posible delito, en el caso, de tráfico de estupefacientes junto con la sugerencia relativa a cómo supuestamente se estaría llevando a cabo. Hasta aquí, pues, la mera comunicación de la sospecha.

2. Que los datos indiciarios se agotan en la referencia al modo de vida del indagado, perfectamente regular en este caso; y a unas afirmaciones relativas a sus posibles comunicaciones telefónicas, con un fundamento que se ignora y que, en el mejor de los casos, las hace puramente gratuitas.

3. Que, por lo que consta, habría sido objeto de una investigación en extremo superficial, con un resultado tan equívoco como el reseñado.

4. Que la pobreza e inconcreción de las aportaciones del oficio hace que todo su contenido *informativo* se agote en la afirmación de la existencia de una posible dedicación al tráfico de drogas, carente del menor sustento y,

desde luego, del todo inadecuada para dar fundamento a una injerencia como la que se produjo.

En vista de tan deficiente modo de operar policial, el instructor debió rechazar de plano la petición o, en otro caso, exigir una investigación dotada de alguna seriedad. Pero, lamentablemente, no hizo nada de esto, renunciando a la posibilidad de contrastar mínimamente la atendibilidad de las afirmaciones contenidas en el oficio, de manera que, al decidir como lo hizo, sin datos, exteriorizó una actitud de mera confianza acrítica en ellas, a pesar de su pobrísimo contenido y patente insuficiencia.

Por tanto, hay que concluir que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal-constitucionales que le vinculaban, por la asunción rutinaria de algunas débiles conjeturas policiales de nulo valor informativo.

Estas circunstancias hacen difícil entender con qué criterio el tribunal de instancia pudo llegar a entender que la actuación de la Guardia Civil y la judicial posterior —no analizadas con la concreción exigible— se ajustaban al estándar jurisprudencial al que se refiere en términos generales y sin contrastar con él el contenido de las actuaciones, que era lo obligado.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho. Y siendo así, no hay duda de que éste —es decir, *el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones* (art. 18,3 CE)— se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener *todos los datos* posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la base de la sentencia de condena, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma y, antes, del atestado, donde se hace clara referencia a las escuchas como fuente del conocimiento que llevó a la incautación de la droga.

Así, hay que entender que ha sido asimismo lesionado el derecho a la presunción de inocencia, pues la condena —a falta de otras aportaciones probatorias valorables— sólo se funda en la procedente de una actividad connotada de ilegitimidad constitucional, que según prescribe el art. 11,1 LOPJ carece de aptitud para ser apreciada como de cargo.

Por todo, deben acogerse los motivos que han sido objeto de estudio, lo que hace innecesario detenerse en los restantes de esta recurrente.

Segundo. También xxx ha formulado un motivo de impugnación fundado en la vulneración del secreto de las comunicaciones, que ha de resolverse en el mismo sentido que los que acaban de examinarse; con idéntico resultado.

Tercero. Por imperativo de lo que dispone el art. 903 Lecrim, lo resuelto debe beneficiar a los demás acusados que se encuentren en la misma situación, que son: los también recurrentes xxx y xxx; y los acusados y condenados que no han recurrido: xxx, y xxx. En efecto, pues según resulta de lo expuesto, en su caso, también todos los elementos de juicio de carácter incriminatorio susceptibles de ser tomados en consideración, proceden exclusivamente del resultado de las escuchas

No, es, en cambio el caso de xxx y de xxx que admitieron en la vista, debidamente asistidos por sus defensas, la veracidad de las acciones que se les imputaba.

Y esto porque es criterio ampliamente mayoritario de esta sala (por todas SSTS 870/2012, de 30 de octubre y 2/2011, de 15 de febrero) que la prueba de confesión del inculpado puede operar como autónoma e independiente de la declarada nula siempre que se acredite que dicha declaración se efectuó: a) previa información de sus derechos constitucionales,

entre los que se encuentra el de guardar silencio o negarse a contestar; b) estando el declarante asistido de su letrado; y c) con carácter voluntario, sin vicios ni sugerencias. Condiciones que son las propias del juicio oral, momento en el que todas esas garantías producen la plenitud de sus efectos.

III. FALLO

Estimamos los recursos de casación interpuestos por xxx, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina Gramaje López; xxx, representada por el Procurador don Miguel Torres Álvarez; xxx, representado por la Procuradora doña María Inmaculada Díaz- Guardamino Dieffebruno; y xxx, representado por el Procurador don Miguel Lozano Sánchez, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete el día 23 de mayo de 2013, que les condenó como autores de un delito de tráfico de drogas, y delito contra la salud pública, y en consecuencia, casamos y anulamos dicha resolución.

Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín

Antonio del Moral García

Perfecto Andrés Ibáñez

10705/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez

Fallo: 29/01/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 84/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. José Ramón Soriano Soriano
D. José Manuel Maza Martín
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES

Como se hace constar en la sentencia de casación que ha dado lugar a la que ahora se dicta, la condenatoria pronunciada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete ha debido anularse en el caso de los acusados y condenados: xxx, xxx, Jonatan Herrera Trujillo, xxx, xxx y xxx. Ello debido a la ilegitimidad esencial de la prueba que dio fundamento a su condena. En consecuencia, deben ser absueltos.

No así, por lo allí razonado, los también condenados, xxx y xxx.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La situación resultante de esta apreciación y de la decisión de casar la sentencia de condena para seis de los afectados por ella, en que se ha traducido, lleva consigo como consecuencia una total falta de actividad probatoria valorable. Con el resultado de que la falta de datos —esto es, de presupuestos— probatorios comporta necesariamente la misma ausencia de hechos susceptibles de ser tenidos como probados.

El art. 142,2º Lecrim exige que en las sentencias se haga “declaración expresa y terminante de los [hechos] que se estimen probados”. Lo que, claramente, presupone que tal declaración haya estado precedida de la existencia del resultado de una actividad probatoria, fundadamente estimada

por el tribunal sentenciador como de cargo. Esto es, la forma de expresarse la ley condicional, como no podía ser de otro modo, la afirmación de ciertos hechos como probados a su previa acreditación mediante la prueba.

Tal modo de entender el citado texto guarda plena relación de coherencia con lo que prescribe el art. 248,3º LOPJ, cuando se refiere a la forma de las sentencias, para señalar que deberán contener “hechos probados, en su caso”. Esto es, en el de que, el resultado del juicio imponga acoger como realmente producida una hipótesis fáctica susceptible de subsunción en un precepto legal.

En efecto, cuando se habla de hechos haciendo referencia a una sentencia judicial —de cualquier orden— es porque cabe considerar acreditado un caso al que alguna previsión normativa anuda determinadas consecuencias jurídicas. Lo que no sucederá si la ausencia de ese supuesto jurídicamente relevante es total, como ocurre en ciertos casos de graves ilicitudes probatorias o de crisis esencial de la prueba de cargo, tratándose del proceso penal.

Es cierto que el art. 851,2º Lecrim ve motivo de casación por quebrantamiento de forma “cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados”. Pero este precepto en nada contradice lo que acaba de exponerse, puesto que sitúa la infracción formal en el dato de que, debiendo tenerse algunos hechos como probados, sin embargo, no aparecen recogidos en la sentencia. Es, lo que ocurre, por ejemplo, cuando no existiendo prueba de cargo sobre la autoría de una determinada acción punible, sí hubiera quedado acreditada esta como efectivamente realizada y, no obstante, la sentencia —obviamente— absolutoria se limitase a declarar que el contenido de la acusación no había sido acreditado.

Esta misma sala ha resuelto (sentencias de 17 de noviembre de 1996, 16 y 17 de abril de 2001) que “si ninguna prueba de las producidas por la

acusación puede ser valorada, es evidente que no es posible establecer, ni siquiera de manera hipotética, hechos probados. Consecuentemente, el art. 851,2º Lecrim, así como el art. 142,2º de la misma ley, no son aplicables a los casos en los que el tribunal de instancia estima que todas las pruebas producidas en el proceso no pueden ser valoradas como tales en razón de lo dispuesto en el art. 11 LOPJ”. Y, reiterando lo que acaba de decirse, otro tanto habrá de suceder cuando el vacío de prueba se deba a otra causa.

En tal clase de ocasiones, lo que reclama la lógica del propósito de garantía que se expresa en los preceptos últimamente citado es que el tribunal sentenciador dé el máximo de transparencia a las razones de su decisión, es decir, acredite y justifique de manera pormenorizada y suficiente la existencia del defecto radical de prueba, a fin de hacer posible una eventual revisión de su criterio por otra instancia.

Pues bien, lo expuesto, en función de lo previamente decidido en la sentencia de casación, da cuenta del porqué en la que ahora se dicta —necesariamente absolutoria por falta de prueba de la hipótesis de la acusación— no se hace declaración de hechos probados y se dispone la absolución varios inculpados que habían sido condenados.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a xxx, xxx, Jonatan Herrera Trujillo, xxx, xxx y xxx. Declaramos de oficio las costas de los recursos interpuestos por los recurrentes.

Se mantiene la condena de Salvador y Helena Ríos. También el comiso de las sustancias estupefacientes y de corte así como el dinero incautado a los condenados.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García José Ramón Soriano Soriano José Manuel Maza Martín

Antonio del Moral García Perfecto Andrés Ibáñez

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.