



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 106/2017, de 21 de febrero de 2017

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1572/2016

SUMARIO:

Medios de prueba. Intervenciones telefónicas. Impugnación de pruebas. Serán nulas las intervenciones telefónicas si se autorizaron sin contar con una base indiciaria suficiente. Cuando tal cuestión es planteada como cuestión previa al inicio del juicio oral, el Tribunal está habilitado para diferir la decisión al momento de la sentencia si concurren circunstancias que así lo aconsejan; o para resolver ya anticipadamente si cuenta con todos los elementos necesarios para ello. Se puede acordar la admisión o no de plano de una intervención telefónica sin aditamentos argumentales que no solo no exige la ley sino que los excluye. Si bien, ello no significa que las eventuales alegaciones previas oponiéndose a la admisión queden ya arrumbadas a un limbo procesal pues la parte tiene derecho a conocer por qué se desatendió su petición de inadmisión. Es un tema a resolver caso por caso y no es lo mismo si se va a proclamar la expulsión de la prueba, que si se va a refrendar su legalidad (en cuyo caso hay muchas razones que invitan a diferir la argumentación y decisión a la sentencia). Hay que sopesar igualmente que en la declaración de nulidad de un medio probatorio están implicadas con frecuencia cuestiones fácticas que pueden estar precisadas de prueba específica. Muchas veces solo tras el desarrollo de la actividad probatoria existirán elementos de juicio suficientes para concluir si un medio de prueba era lícito o no y declarar su ilegalidad. En el debate preliminar del procedimiento abreviado no hay posibilidad de práctica de prueba, sino tan solo de efectuar alegaciones: por eso cuando la decisión ante la impugnación por ilegal de un medio de prueba no dependa exclusivamente de consideraciones jurídicas, tan solo se podrá contestar difiriendo la solución a la sentencia.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 18.3 y 124.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 885 y 893.

PONENTE:

Don Antonio del Moral Garcia.

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARLOS GRANADOS PEREZ

Don FRANCISCO MONTERDE FERRER

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil diecisiete.



www.civil-mercantil.com

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1572/2016 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia de fecha 15 de junio de 2016 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona que absolvió a Heraclio , Narciso , Victorio , Alberto , Damaso , Hermenegildo , Nicolas , Jose María , Alejandro , Demetrio y Horacio del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados. Ha sido parte recurrida Narciso y Heraclio representados por el Procurador Sr. Eduardo Codes Feijoo; Hermenegildo , Jose María y Nicolas representados por la Procuradora Adela Gilsanz Madroño; Damaso representado por la procuradora María Isabel García Martínez; Alejandro representado por el Procurador Álvaro Armando García de la Noceda de las Alas Pumariño; Demetrio representado por la Procuradora M^a Teresa Saiz Ferrer; Horacio representado por la Procuradora M^a Dolores Pérez Gordo; Victorio representado por el Procurador Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar; Alberto , representado por el Procurador Francisco Miguel Velasco Muñoz-Cuellar y bajo la dirección letrada de los Sres. Amigó Bidó, Figueroa Borondo, Figueroa Castro, Prieto Rodríguez y Figueroa Rojas,

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Reus de los de Tarragona instruyó Procedimiento Abreviado nº 198/2012, contra Heraclio y Narciso , Victorio , Alberto , Damaso , Hermenegildo , Nicolas , Jose María , Alejandro , Demetrio y Horacio por delitos contra la salud pública, -tráfico de drogas que causan grave daño a la salud-, grupo criminal y tenencia ilícita de armas. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Segunda) que con fecha 15 de junio de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< PRIMERO.- Se declara probado que mediante auto dictado por este Tribunal el 14 de junio de 2016 , resolutorio de la cuestiones previas planteadas por las defensas en la primera sesión del juicio, suspendida a tales efectos, se ha declarado la nulidad de la intervención telefónica acordada por el Juzgado de Instrucción rit 3 de Reus mediante auto de fecha 8 de febrero de 2012 , así como la nulidad directa y refleja de las otras fuentes de prueba que guardaban relación con el citado auto.

Segundo.

No ha quedado acreditado que los acusados en la presente causa, Heraclio , Narciso , Victorio , Alberto , Damaso , Hermenegildo , Nicolas , Jose María , Alejandro , Demetrio y Horacio llevaran a cabo una actividad conjunta preordenada a la venta de sustancias estupefacientes a terceras personas ni que Alberto se hallara en posesión de armas de fuego, careciendo de licencias o permisos necesarios para ello>>.

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

<< FALLO.- LA SALA ACUERDA : Que debemos absolver y absolvemos a Heraclio , Narciso , Victorio , Alberto , Damaso , Hermenegildo , Nicolas , Jose María , Alejandro , Demetrio y Horacio , del delito contra la salud pública del que venían siendo acusados; y debemos absolver y absolvemos a Alberto del delito de tenencia ilícita de armas por el que también venía siendo acusado.

www.civil-mercantil.com

Se declaran de oficio las costas de este proceso.

Levántense todas las medidas cautelares adoptadas contra los acusados.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista en los artículos 855 y 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.1 y 2 CE).

4.- Las representaciones legales de las partes recurridas se instruyeron del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal solicitando su inadmisión e impugnándolo subsidiariamente; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día treinta y uno de enero de dos mil diecisiete.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Dos quejas integran el recurso interpuesto por el Ministerio Público aunque enlazadas en un único motivo: se ataca, primero, el fondo de la decisión adoptada sobre la nulidad de las intervenciones. Se cuestiona también después el momento elegido por la Audiencia para esa decisión. Al haberlo hecho resolviendo las cuestiones previas suscitadas por las defensas y antes del desarrollo de la actividad probatoria en el plenario habría cercenado la posibilidad de demostrar la legitimidad de las escuchas mediante las pruebas a practicar en el juicio.

Parece lógico invertir el orden de análisis de las cuestiones.

Antes, de cualquier forma, hemos de abordar algunas de las objeciones que quieren hacer valer las defensas frente al recurso oponiéndolas como causas de inadmisión.

Segundo.

Como enseñan las SSTS 863/2014, de 11 de diciembre, 794/2016, de 13 de octubre y 887/2016, de 24 de noviembre y, en el plano constitucional, la STC 24/2016, de 15 de febrero, los óbices de admisibilidad específicos alegados y no atendidos que no se solapan con causales de desestimación por el fondo (art. 885 LECrim) merecen una respuesta específica.

Esgrimían varios recurridos algún obstáculo para la admisibilidad del recurso. No se dio respuesta explícita a esos alegatos. Mediante providencia de 13 de enero de 2017 (art. 893



www.civil-mercantil.com

LECrím) se acordó la admisión de plano -tal y como reza el aludido precepto- sin aditamentos argumentales que no solo no exige la ley sino que los excluye. No significa eso que las eventuales alegaciones previas oponiéndose a la admisión queden ya arrumbadas a un limbo procesal. La parte tiene derecho a conocer por qué se desatendió su petición de inadmisión. Es la fase de decisión el momento apto para aflorar las razones que determinaron ese rechazo "de plano". En ocasiones el propio estudio y resolución del fondo del recurso engloba la cumplida respuesta a esas hipotéticas objeciones (singularmente cuando se adujo alguna de las causas contempladas en el art. 885 que son solapables con el fondo del recurso). En otros casos, se impondrá un análisis específico que, además, podría llegar a recuperar el argumento como causa de desestimación. Es esta sentencia el lugar adecuado para explicar por qué se consideró admisible el recurso. En caso de que acompañase la razón a los recurridos, sus objeciones a la admisión habrían de rescatarse como motivos de desestimación sin necesidad de entrar en el fondo.

La objeción basada en la falta de respeto a los hechos probados (art. 884.3º LECrím) aducida por varios recurridos resulta de todo punto inasumible. La intangibilidad del factum solo opera respecto de los motivos por infracción de ley del art. 849.1º LECrím . En el ámbito del art. 852, que es el canal que explora en su recurso el Ministerio Fiscal, no rige esa exigencia. Menos aún en un motivo como el blandido en que se trata de supervisar la corrección de una decisión procesal de la Audiencia: la exclusión de una prueba que se tacha de "ilícita".

En los supuestos de fiscalización en casación de una declaración de "inutilizabilidad" de un material probatorio, los datos fácticos que la Sala considera acreditados en virtud de prueba personal vinculan en sede de casación de la misma forma que los hechos probados (casos en que la declaración de ilicitud depende de una cuestión fáctica controvertida, como la existencia o no de torturas en la confesión; o la presencia de un consentimiento libre previo a la entrada en el domicilio). El fundamento de esa regla característica del recurso de casación también concurre en ese caso: el Tribunal ad quem debe respetar la valoración probatoria efectuada por el órgano de instancia con inmediación. Esa vinculación a la valoración probatoria (con las excepciones derivadas del art. 849.2 LECrím ó las que enlazan con la presunción de inocencia) se extiende tanto a los hechos objeto de acusación, como a otros hechos concomitantes que han de dilucidarse para resolver cuestiones previas o antecedentes (prueba sobre la prueba; ilicitud probatoria basada en una situación factual controvertida: elementos fácticos que, siendo periféricos pues no integran el tipo penal, se erigen en indicios del hecho punible...).

Cuando no hay debate fáctico que condicione la declaración de ilicitud, pues ésta se construye exclusivamente sobre datos intraprocesales que, por tanto, son directamente apreciables y constatables por esta Sala en las mismas condiciones en que se situaba el Tribunal a quo , no hay cuestión. El debate es puramente jurídico: en este caso, ponderar la suficiencia del respaldo indiciario del auto que autorizaba las iniciales intervenciones telefónicas. Así pues la causa de inadmisión del art. 884.3º LECrím no es aplicable al tipo de recurso interpuesto por el Fiscal.

Hay que refrendar ahora, así pues, aquella inmotivada decisión de admisión a trámite.

Tercero.

El argumentado recurso del Fiscal se acoge al art. 852 LECrím para sostener que la decisión de la Audiencia declarando inutilizables, sin fundamento en su estimación, tanto las intervenciones telefónicas como las pruebas derivadas, afecta a sus derechos a la tutela judicial efectiva a un proceso con todas las garantías y a usar los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE) por cuanto se habría interpretado indebidamente el art. 18.3 CE .



www.civil-mercantil.com

No hay duda de la legitimación del Fiscal para invocar esos derechos fundamentales procesales que se atribuyen a todas las partes. No es obstáculo para ello la configuración del Ministerio Público como órgano del Estado. La asunción por el Fiscal de intereses sociales (art. 124 CE), que no propios, ante los Tribunales explica esa aparente paradoja (derechos del Estado frente al Estado).

La Audiencia tras un extenso, profundo y prolijo razonamiento, repleto de referencias jurisprudenciales nacionales y supranacionales, funda su decisión en la endeblez de los indicios con que se contaba cuando se adoptó por el Instructor la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas. Aunque se acepta, de conformidad con la doctrina de esta Sala y del TC, la motivación por remisión al oficio policial inicial, se considera que los "déficits" de información de la solicitud y la ambigüedad de los elementos indiciarios hacen concluir que el auto judicial estaba desprovisto de cobertura justificativa. Se resalta tanto el carácter inconcreto de algunos de los indicios (relaciones entre los acusados) destacados policialmente, como la ambivalencia o vaguedad de otros (supuestas transacciones); o por fin, la falta de contraste de algunos otros (situación patrimonial).

El Fiscal no comparte esos argumentos. Considera que el auto contaba con soporte indiciario proporcionado y suficiente, lo que justificaba las escuchas.

Las críticas dirigidas contra alguno de los argumentos ofrecidos por la Audiencia son asumibles. Pero no podemos darle la razón en su petición final: ciertamente no eran suficientes los indicios que se ofrecieron al Instructor al tiempo que se reclamaba la medida.

Estudiemos antes lo relativo al momento anticipado en que se acordó la medida condicionando el desarrollo del juicio oral.

Cuarto.

- ¿Fue correcto resolver anticipadamente, dejando así lastradas las posibilidades probatorias del plenario? O, dicho de otra forma, ¿era más lógico esperar a presenciar toda la prueba para resolver sobre la nulidad alegada pues de esa forma se podría contar con una visión más completa?

El Fiscal admitiendo que procesalmente y en abstracto es formalmente correcto ese adelantamiento de la resolución, estima que materialmente, in casu, se hacía muy conveniente esperar al desarrollo del plenario. Eso le hubiese permitido apuntalar mediante la testifical de los agentes de la Guardia Civil la fortaleza de los indicios iniciales solventando algunas de las dudas que exterioriza la Audiencia y que le sirven para llegar a la decisión anulatoria (identidad de los agentes que hacen cada vigilancia; número de días en que se efectuaron; duración de cada una; concreción de otros datos...). Se viene a sostener que son elementos con los que también debió contar el Instructor pues, como es habitual, al margen del escrito oficial se produce una comunicación entre investigadores e Instructor para trasladar con más detalle y circunstanciadamente el devenir de las pesquisas. En el oficio quedarían plasmados los elementos básicos pero no esos otros más periféricos o no decisivos.

La decisión anticipada del cuestionamiento de la licitud de un medio probatorio no solo es algo ajustado a la legalidad, sino que incluso con carácter general y en abstracto (aunque hay que apresurarse a apostillar que cada caso es cada caso) cuando se trata de nulidades probatorias comporta muchas ventajas (aunque también algún inconveniente). Lo analiza con profundidad la resolución impugnada barajando pros (se ahuyenta una posible y sutil contaminación psicológica; se puede decidir con mayor limpieza sobre la conexión de antijuricidad...) y contras (en caso de revocación de esa decisión se provocará la necesidad de repetición del juicio, pueden producirse decisiones prematuras que luego se revelan

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

precipitadas al surgir durante el juicio nuevos elementos que tienen influjo directo o indirecto en lo ya resuelto...).

Es un tema a resolver caso por caso y no es lo mismo si se va a proclamar la expulsión de la prueba, que si se va a refrendar su legalidad (en cuyo caso hay muchas razones que invitan a diferir la argumentación y decisión a la sentencia).

Hay que sopesar igualmente que en la declaración de nulidad de un medio probatorio están implicadas con frecuencia cuestiones fácticas que pueden estar precisadas de prueba específica. Muchas veces solo tras el desarrollo de la actividad probatoria existirán elementos de juicio suficientes para concluir si un medio de prueba era lícito o no y declarar su ilegalidad. En el debate preliminar del procedimiento abreviado no hay posibilidad de práctica de prueba, sino tan solo de efectuar alegaciones: por eso cuando la decisión ante la impugnación por ilegal de un medio de prueba no dependa exclusivamente de consideraciones jurídicas, tan solo se podrá contestar difiriendo la solución a la sentencia. Y tanto en el incidente del art. 36 LOTJ, como en los artículos de previo pronunciamiento del procedimiento ordinario, la práctica de prueba se ciñe a la documental, que puede resultar insuficiente para solventar estas cuestiones.

Precisamente por ello se ha propuesto desde la doctrina importar del derecho anglosajón el llamado *voire dire* o *trial into the trial* (juicio dentro del juicio). Cuando se suscita una cuestión de validez probatoria el órgano judicial la resuelve con la práctica de la prueba que sea necesaria y con carácter previo al inicio del juicio propiamente dicho. Si se trata de un proceso con Jurado, en ese incidente previo no intervendrían los miembros del Colegio. Y la prueba se practicaría a los únicos efectos de resolver sobre la licitud de la prueba. Es lo que venía a propiciar el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 arbitrando un trámite (art. 443.4) con posibilidad de desarrollar actividad probatoria *ad hoc* antes de resolver las cuestiones previas, entre las que puede encontrarse la ilicitud de un medio probatorio. Incluso alguna vez se ha llegado a postular la aplicación supletoria (art. 4 LEC) del art. 287 LEC que contiene una previsión singular para canalizar procesalmente la impugnación por ilícita de una prueba. Con un mecanismo procesal de ese tipo quedarían solventadas muchas de las disfunciones que antes se han puesto de manifiesto (se evitaría el influjo psicológico de la prueba ilícita; en el caso del juicio con jurado, existiría una base legal para excluir a éste del debate pleno sobre la licitud o ilicitud de la prueba; se podría decidir previamente sobre esa cuestión de manera plena, sin límites de medios de prueba...).

Con la normativa vigente las soluciones quedan en manos del Juzgador que ha de tomar su decisión atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto.

En este caso, como en todos, ciertamente era legalmente posible haber pospuesto esa decisión sobre esa concreta cuestión previa al momento de la sentencia. Pero había razones que hacían muy conveniente, como explica la Audiencia, esa anticipación. Y, desde luego, no es argumento en contra asumible el aducido por el Ministerio Fiscal (indagación respecto a posibles entrevistas de los agentes con el Instructor). Los datos relevantes para la decisión sobre una intervención telefónica han de exteriorizarse y documentarse. No pueden completarse con otros que no pasan de conversaciones o comunicaciones, legítimas pero no formales, entre el Instructor y los agentes investigadores. Todo lo relevante para la intervención debe quedar plasmado en el oficio, en la causa (a través de una comparecencia en su caso en que consten las aclaraciones o datos complementarios alegados ante el Instructor) y en su caso en el auto (con las matizaciones derivadas de la posibilidad de heterointegración). Pero no cabe completar *ex post* la base indiciaria aduciendo que existían otros elementos que permanecieron ocultos frente a terceros, derivados de entrevistas entre los agentes y el instructor.



www.civil-mercantil.com

Cosa diferente es que algunas de las razones aducidas por la Audiencia, aunque no con carácter decisivo, para decretar la nulidad (no constancia de la identidad de los agentes que hicieron las vigilancias; indefinición de horas o número de vigilancias; ausencia de actas documentando cada vigilancia o seguimiento...) no sean acogibles como veremos después.

Quinto.

Despejada la objeción en cuanto al momento escogido para el acuerdo sobre la nulidad (corrección temporal), pasemos a estudiar la corrección material de la decisión

Para que sea constitucionalmente legítima una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, el Juez ha de verificar la presencia de unos indicios constatables por un tercero que rebasen el dintel de las meras sospechas y gocen de cierta potencialidad acreditativa, que sin llegar a constituir prueba represente mucho más que una conjetura más o menos fundada. No bastan meras afirmaciones apodícticas de sospecha. El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende indagar; y la necesidad de la invasión de un derecho fundamental para esa investigación. Es imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas. La suficiencia de los indicios para llegar a afirmar la probabilidad de esas conclusiones justificativas de las escuchas es valoración que no puede hurtarse al Juez de Instrucción: no puede descansar exclusivamente en los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas o que exterioricen sus deducciones para que el Juez las asuma acríticamente. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos que apoyan ese juicio de probabilidad. La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas únicamente en confidencias. Es necesario algo más como han repetido hasta la saciedad tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala de casación. Sobre este tema la STC 49/1999 es un punto de referencia básico. Consideraciones similares pueden encontrarse en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, ó 136/2000, de 29 de mayo. La concreción del delito investigado, de la persona a investigar y del teléfono cuya intervención se reclama no suplen la carencia de elementos objetivos indiciarios que justifiquen la intervención (STC de 11 de septiembre de 2006). El éxito posterior de la investigación, tampoco puede convalidar lo que en sus raíces nacía podrido: se trata de un juicio ex ante (SS TC 165/2005, de 20 de junio o 259/2005, de 24 de octubre).

Son innumerables los pronunciamientos de esta Sala que asumen y aplican esos parámetros elaborados en el marco de la jurisprudencia constitucional. Una buena muestra de referencias de ese tenor encontramos en la sentencia objeto de casación. También el recurso del Fiscal busca respaldo en otra panoplia de atinadas citas de precedentes, que tampoco faltan en los escritos de impugnación. Los principios son siempre los mismos; la casuística, en cambio es impermeable a todo esfuerzo por encajarla en protocolos fijos.

La STC 197/2009 de 28 de septiembre, contiene una buena síntesis de esa reiterada y conocida doctrina:

"a) Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre , FJ 2).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril , FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3 ; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11 ; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 220/2006, de 3 de julio , FJ 3).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8 ; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2 ; 253/2006, de 11 de septiembre , FJ 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4 ; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3 ; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5 ; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4 ; 253/2006, de 11 de septiembre , FJ 4). También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del



www.civil-mercantil.com

conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa" (STC 299/2000, de 11 de diciembre , FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio , FJ 4)...".

Tales premisas coinciden lógicamente con las proclamadas tantas veces por esta Sala Segunda. Por citar solo una la STS 643/2012, de 19 de julio , explica: "La doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala sobre las exigencias que deben cumplirse para que resulte constitucionalmente legítima la interceptación y escucha de las comunicaciones telefónicas de los sospechosos de delito, son bien conocidas y no es precisa su reproducción íntegra. Según tal doctrina es preciso que la decisión que supone la intromisión de los poderes públicos en una esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental, en el caso, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sea necesaria y esté suficientemente justificada, no solo en función de una consideración general y abstracta de los intereses en juego, en cuanto que debe tratarse de la investigación de un delito concreto y que debe ser de gravedad bastante, sino también en relación con la existencia en el caso de datos objetivos que permitan fundar adecuadamente una sospecha acerca de la comisión actual, pasada o futura, de un delito y de la participación del sospechoso en él. Y, del mismo modo, que no existan otras actuaciones de investigación que, de modo evidente, pudieran resultar útiles y que sean menos gravosas para los derechos fundamentales del sospechoso.

No cabe la menor duda que en la lucha contra la criminalidad organizada puede ser de gran utilidad el empleo de técnicas de investigación que incluyen la adopción de medidas que restringen los derechos fundamentales del investigado, concretamente, la escucha de sus comunicaciones telefónicas. Las leyes de un Estado democrático de Derecho pueden prever en ocasiones limitaciones de los derechos ciudadanos orientadas a la persecución de las conductas que atentan contra sus valores esenciales, y así se reconoce en el artículo 8.2 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Pero tampoco debe existir duda alguna respecto de la necesidad de rechazar la banalización de la restricción de los derechos fundamentales, acudiendo a ese medio de investigación desde que se constate cualquier sospecha. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH de 24 abril 1990, Caso Kruslin contra Francia , ya declaró que "(33).Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada..." . De manera que para acordar medidas que restringen esos derechos individuales es necesaria siempre una previsión legal suficiente y, en el caso, una previa y suficiente justificación.

Sexto.

Las veracidad o solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. Cuando, siendo posible, no se refrenda por una investigación judicial previa e improcedente en este momento el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos. Pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática.

No es lógica la exigencia de actas concretas de las vigilancias o seguimientos realizados por la Guardia Civil o la constancia en cada caso de la identidad de los agentes actuantes como parece reclamar el Tribunal a quo .

La Audiencia en algunos de los pasajes de su razonamiento sugiere la necesidad de una constancia exhaustiva de la investigación, burocratizándola, o una aportación de datos y detalles (fechas de las vigilancias, su duración exacta ...), que no es razonable. No se trata de exigir una información exhaustiva de la policía, sino de comprobar si las informaciones que



www.civil-mercantil.com

proporcionan representan "objetivamente" un sustrato que racionalmente hace pensar en la probable comisión de un delito, en la implicación en él de las personas cuyo derecho fundamental va a ser afectado y en la idoneidad de una intervención de las comunicaciones para esclarecerlo. Son exageradas esas exigencias que marca el Tribunal.

Ahora bien, la resolución que ordena la injerencia en el derecho fundamental es judicial. Eso exige que la valoración sobre el nivel de los indicios haya de efectuarla el juez; que las deducciones o inferencias, que tienen que ir precedidas de una cierta reflexión y valoración pues no son autoevidentes, corresponden al juez de instrucción que no puede ni delegarlas ni asumir acríticamente las realizadas por otros. No desconfiar por sistema de la policía judicial -ninguna razón existe para ello- no significa abandonar en ella una tarea que es primordialmente judicial. En principio el Instructor ha de fiarse lógicamente de los datos objetivos que le transmite la policía. Es absurdo pensar que ha de comprobar todas y cada una de las afirmaciones que se le facilitan. Si la policía afirma que una persona tiene antecedentes policiales por un determinado delito, no es necesario que lo corrobore con un certificado; si afirma que ha realizado vigilancias y ha observado determinada secuencia, tampoco hay que dudar de la veracidad de esos datos objetivos; ni exigir su plasmación en un acta; si el oficio policial indica que han observado que varias personas se acercaban a otra breves momentos e intercambiaban algo, no es necesario antes de decidir sobre la autorización solicitada ni tomar declaración bajo juramento a los testigos, ni a los que contactaban, ni a los agentes que hicieron las vigilancias. El escenario en esta fase preliminar es muy diferente al del momento del juicio oral en que sí se impone una "duda metódica" sobre los elementos de cargo, usando la expresión cartesiana acuñada en un marco reflexivo (metafísica) muy diferente pero que es plástico. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia. En absoluto. Ni es necesario reclamar a la policía un aporte de elementos probatorios documentados de sus informaciones.

Descendamos desde estas premisas generales al supuesto concreto que analizamos. Es indiferente que no hubiese actas de las vigilancias; o que no se especificase de identidad de los agentes que las efectuaban. Pero, filtradas esas objeciones, será preciso decidir si los indicios objetivables eran suficientemente de una dedicación al tráfico de drogas de las dos personas ofertadas por la medida. Y no nos parecen suficientes.

Séptimo.

El oficio policial inicial reclamaba la intervención de dos teléfonos asignados respectivamente a Hermenegildo y Jose María . Para respaldar las peticiones se contaba con los siguientes datos tal y como resulta de la larga exposición de la solicitud de la que extractamos los elementos de interés:

a) Denuncias anónimas vecinales se hicieron eco de transacciones habituales de droga en las inmediaciones del bar "Fuel" en Salou. A raíz de esas informaciones se activan vigilancias que buscan también un vehículo de color gris de marga Peugeot al que vinculado a los hipotéticos traficantes. El vehículo fue detectado el 16 de noviembre de 2011 estacionado junto al referido bar. Resultó ser utilizado por Jose María según se constataría en vigilancias posteriores. Unas informaciones anónimas o confidenciales, según se ha dicho por esta Sala, pueden servir para desencadenar una investigación pero no para justificar una intervención telefónica. Si luego se confirman con otros elementos que aparecen en la investigación serán dato también valorable.

b) El mismo 16 de noviembre comprobaron que estaban sentados en la terraza del citado bar Horacio (que había sido detenido en 2004 por un tema de tráfico de drogas), Jose



www.civil-mercantil.com

María (según se determinaría después) y otro que días más tarde sería identificado como Hermenegildo . A las 18.20 horas Hermenegildo junto con Jose María abandonan el lugar en un vehículo Ford Focus. A las 18.30 horas se entrevistan con un individuo desconocido que les esperaba en la calle observando los agentes gestos que podrían ser expresivos de un hipotético intercambio de algo sin poder determinarse con seguridad. El seguimiento posterior no arrojó ningún dato de interés (cambio de rueda tras reencontrarse con Horacio que iba en otro coche).

c) El 5 de enero siguiente, otra vez en el bar citado se detecta a Hermenegildo junto con quien resultaría ser Victorio . Se desplazan en un vehículo Audi, usado por éste, a Tarragona Allí Victorio se introduce en un Gimnasio.

d) En los desplazamientos los vehículos hacen maniobras que pudieran interpretarse como dirigidas a esquivar a posibles seguidores (lo que, desde luego, no tiene mucho sentido en algunos traslados a lugares o actividades inocuas y tremendamente inocentes: como dirigirse al gimnasio).

e) El 9 de enero se establece una vigilancia en el domicilio de Victorio . Está Hermenegildo , al que se ve hablar profusamente en la terraza a través del móvil.

f) El 10 de enero observan a Victorio con otras personas en el vehículo usado por aquél cerca del Bar Fuel. Suben a la vivienda de Jose María situada en el mismo edificio que el bar Fuel. Se incorpora más tarde Hermenegildo . En un rato saldrán todos a sentarse en el bar Fuel. Poco después Hermenegildo y Jose María suben al vehículo Peugeot y se dirigen a la rotonda del Hospital Juan XXIII de Tarragona. Allí una chica joven sube al coche y 100 metros más adelante se baja, en maniobra que despierta sospechas.

g) El 23 de enero Hermenegildo y Jose María salen de la casa de éste, y en el vehículo Peugeot se dirigen a un polígono industrial de Tarragona donde se entrevistan brevemente con un varón sin salir del coche. Observan como se dan la mano. Su actitud aparenta prevención.

h) Se añade que Hermenegildo tiene antecedentes policiales por delitos contra la salud pública (1996, 2005 y 2006) y que no se conoce a ninguno de los referidos medio lícito de vida ni actividad laboral concreta (aunque esta afirmación no va acompañada de los datos en los que se basa: hay que presumir que no les ha visto trabajar en ninguna de las vigilancias).

Ese es el repertorio de datos relevante. Marcadamente insuficiente. Deducir de ese conjunto de elementos de una forma mínimamente consistente una dedicación a la venta de drogas es un exceso. Son datos ambivalentes y equívocos. No confieren veracidad a las noticias confidenciales y anónimas que se referían a ventas en las inmediaciones del bar. Ningún contacto sospechoso se ha observado en aquél lugar. Usar mucho el teléfono móvil no es sugestivo de dedicación al tráfico de drogas. Puede obedecer a infinitas razones. Los tres encuentros que se detallan están rodeados de una enorme ambigüedad. En esto se apartan de forma sustancial del precedente jurisprudencial invocado por el Ministerio Público (STS 153/2015, de 18 de marzo: tres intercambios con dinero por medio observados en unas vigilancias que duran cuatro días solo).

Si tenemos en cuenta que, según se deduce del oficio, las vigilancias ocuparon otros días y momentos en los que no surgió dato alguno relevante, el cuadro indiciario se revela como muy pobre. Las deducciones que extrae el equipo investigador (reparto de tareas, contactos telefónicos para transacciones...) suponen un salto lógico. Que los vehículos no figuren a nombre de los usuarios sino de empresas u otras personas cercanas, no demuestra nada. Y las reuniones de larga duración solo expresan eso: hay millares de personas que tienen reuniones de trabajo o de ocio de larga duración o que realizan un uso abusivo del teléfono móvil. Acudir al gimnasio o pasar unos ratos consumiendo en un bar no son signos relevantes de poderío económico o de un nivel de vida descompasado con unos ingresos



CEF.-

Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-



www.civil-mercantil.com

medios. Las medidas de seguridad que se expresan de modo genérico tampoco son significativas: ¿Por qué se producen en trayectos tan inocentes como acceder a un gimnasio?

La investigación necesitaba todavía madurar. No son necesarias pruebas para la intervención pero sí un bagaje indiciario más consistente. Se corre el riesgo en otro caso de banalizar una medida tan ingerente como es una intervención telefónica. En tres meses, solo tres incidencias, muy ambivalentes y equívocas, de supuestas transacciones, que además no concuerdan con lo revelado por las fuentes anónimas (trapicheos en las inmediaciones del bar), unidas a otros datos tan poco sugestivos como reuniones en un bar, o uso excesivo del móvil no son suficientes para suspender el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones aunque alguno de los afectados tuviese antecedentes policiales datados 4 años antes.

La decisión de la Audiencia de Tarragona ha sido por ello correcta y el recurso del Fiscal debe decaer, aún reconociéndose su racionalidad y fundamentos: nos movemos en un territorio lleno de matices y elementos muy valorativos.

Octavo.

Algunas consideraciones finales como colofón. Las dificultades -casi imposibilidad- con que se tropieza a la hora de fijar con parámetros concretos generalizables el nivel indiciario exigible para esa medida (tema tremendamente valorativo y preñado de casuismo), o de concretar unos estándares claros y nítidos debe llevar no tanto a una actitud resignada, renunciando a establecer cánones más previsibles, cuanto a estimular a quienes operamos en la justicia penal -policías, jueces, fiscales-, para extremar el rigor, es decir, para un especial esmero. Sin llegar a excesos o exageraciones que dilapiden una medida de investigación, de indudable eficacia bien manejada, no puede ésta degenerar en herramienta trivializada de la que se echa mano con ligereza. Produce gran decepción, (más si pensamos en delitos con víctimas concretas de morfología diferente a la infracción que ahora examinamos) que una complicada tarea de investigación y, en su caso, enjuiciamiento laboriosamente construida se derrumbe como un castillo de naipes, porque las dos primeras "cartas" eran "defectuosas", se eligieron sin cuidado y al final acaban por ceder arrastrando con ellas todo el castillo edificado.

La declaración de ilicitud de una prueba constituye un fracaso del sistema de justicia penal. Puede entenderse que es señal de que funcionan los mecanismos de blindaje de los derechos fundamentales; pero no deja de ser un fracaso por cuanto significa el reconocimiento de que se ha vulnerado un derecho fundamental y de que probablemente por ese mal funcionamiento no ha podido culminar el proceso con una resolución ajustada a la realidad material. Cuando estamos ante intereses estatales o colectivos más difusos (como la "salud pública entendida en los términos de los arts. 368 y ss. CP), se hace más asumible ese "fracaso". Si pensamos en otras materias (corrupción, urbanismo) se despertarán más alertas. Más todavía cuando estamos ante víctimas concretas que precisamente por un error del sistema ven rechazadas sus fundadas peticiones de justicia; de justicia no solo legal, sino también conmutativa y en ocasiones cuantificable. La consecuencia no es solo un decaimiento del ius puniendi del Estado (que tampoco hay que hiperbolizar: supone una cifra despreciable dentro de las bolsas de impunidad repletas de supuestos no esclarecidos: muchos delitos de tráfico de drogas no se reprimen porque no se descubren; frente a ellos las absoluciones por ilicitud probatoria constituyen un porcentaje ridículo). A veces hay otros derechos en juego y también derechos fundamentales de otros ciudadanos. Y es que una muy laxa interpretación de la cláusula de exclusión no se limita a "reforzar" los derechos fundamentales, sino que por necesidad, por definición ese supuesto "refuerzo" (la exclusión de la prueba lícita no "restaura" el derecho violado; solo previene futuras violaciones: la declaración de ilicitud de unas



www.civil-mercantil.com

escuchas telefónicas no repara la intromisión en la intimidad, más de lo que repara el derecho a la vida, una condena por delito de homicidio: disuade de atentados futuros pero no devuelve la vida) siempre es a costa de "recortar" otros derechos fundamentales como es el derecho a usar los medios de prueba pertinentes y como corolario el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese tributo hay que pagarlo gustosamente cuando en verdad se constata una vulneración de un derecho fundamental. Es esa la opción que aquí nos parece correcta en aras de esa protección de los derechos fundamentales de todos; no solo de los que aquí eran acusados.

Noveno.

Las costas del recurso deben de declararse de oficio.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia de fecha 15 de junio de 2016 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona en causa seguida por un delito contra la salud pública.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

PUBLICACION. Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.