

**Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 29 Julio 2009, rec.
2501/2008**

Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.

Nº de Sentencia: 834/2009

Nº de Recurso: 2501/2008

Jurisdicción: PENAL

VOTO PARTICULAR. CONTRA LA SALUD PÚBLICA. NULIDAD INTERVENCIÓN TELEFÓNICA.
SOSPECHAS NO CONTRASTADAS. CONFIDENCIAS POLICIALES.

Texto

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Julio de dos mil nueve

SENTENCIA

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, que absolvió a los acusados Gervasio , Jon , Millán , Estrella y Iván , por un delito **contra la salud pública**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida Jon , Gervasio , Millán , Iván y Estrella representados por los Procuradores Anibal Bordallo Huidobro, del Yerro Valdés, Redondo Ortiz, Morales Hernandez-San Juan respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Vilanova I La Geltru, incoó Diligencias Previas con el número 1526 de 2007, contra Gervasio , Jon , Millán , Estrella y Iván , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Tercera, con fecha 24 de octubre de 2.008, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Declaración de hechos probados.- En primer lugar y antes de entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión objeto de controversia es necesario destacar que la presente resolución, contraviniendo de forma aparente lo dispuesto en el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no contiene una declaración expresa de hechos probados, toda vez que entendemos que el auto dictado por esta Sección de la Audiencia Provincial en fecha 21 de octubre de 2008 , declarando la nulidad radical del auto dictado en fecha 31 de octubre de 2007 acordando la intervención de los teléfonos NUM000 y NUM001 , así como del resto de resoluciones dictadas durante la instrucción de la causa acordando otras intervenciones telefónicas o prorrogando las mismas, en el que también se disponía que tampoco podrían practicarse otros medios de prueba que fueran consecuencia de las referidas conversaciones telefónicas, ha comportado la. inexistencia de prueba alguna de cargo que permita dar por acreditados algunos de los hechos alegados por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas.

Es cierto que el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que en las sentencias debe hacerse una declaración expresa y terminante de los hechos que se estimen probados y que el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , cuando se refiere a la forma de las sentencias señala 'que deberán ,contener "hechos probados,. en su caso". Con el mismo rigor, el art. 851.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , establece que cabe interponer recurso 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".

A pesar de todo ello, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de fecha 18 de marzo del año 2002, ROJ STS 1982/2002, ha declarado que si ninguna de las pruebas producidas por la acusación puede ser valorada, es evidente que no es posible establecer, ni siquiera de manera hipotética, hechos probados, sin que los artículos antes mencionados sean de aplicación a los supuestos en los que el tribunal de instancia estima que las pruebas producidas en el proceso no pueden ser valoradas como tales en razón' de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o cuando el vacío de prueba se deba a otra causa, por lo que, como seguidamente procederemos a exponer al valorar la prueba practicada en el acto del juicio, creemos que no cabe hacer declaración expresa de, hechos probados al encontrarnos ante un caso claro, de ausencia, total de prueba.

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

FALLO: Que debemos ABSOLVER a todos los acusados Gervasio , Jon , Millán , Estrella y Iván , del delito contra la salud pública por el que venían imputados, con todos los pronunciamientos favorables incluidas las costas que se declaran de oficio.

Firme que sea la presente resolución, procesase a la devolución de la cantidad de 40.400 euros incautada al acusado Gervasio .

Se decreta en la presente fecha la puesta en libertad de los acusados en situación de prisión provisional Gervasio , Jon y Millán .

Se decreta el comiso de la sustancia estupefaciente intervenida dándose a la misma el destino legal.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- El Ministerio Fiscal, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

UNICO.- Por vulneración de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva art. 24.2 CE . al haberse anulado indebidamente todos los medios probatorios en que se sustentaba la acusación del Ministerio Fiscal, así como del art. 18.3 CE , por indebida anulación de las escuchas telefónicas practicadas en el curso de la instrucción del delito.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día quince de julio de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El motivo único del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal por vulneración de precepto constitucional, derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 Ce . **al haberse anulado indebidamente todos los medios probatorios en que se sustentaba la acusación del Ministerio Fiscal, así como del art. 18.3. CE . por indebida anulación de las escuchas telefónicas practicadas en el curso de la instrucción del delito.**

Argumenta el Ministerio Fiscal que propuesta por las defensas, como cuestión previa en el acto del juicio oral, la nulidad del auto dictado el 31.10.2007 por el Juzgado de instrucción nº 1 de Vilanova i la Geltrú , por el que se acordó la primera de las intervenciones telefónicas autorizadas en el curso de la instrucción, en concreto la de los teléfonos NUM000 y NUM001 cuyo titular y usuario era el acusado Gervasio , el Tribunal, tras suspender el acto del juicio, acordó por auto de 21.10.2008 declarar la "**nulidad radical del** auto dictado en fecha 31.10.2007 , **acordando la intervención de los**

teléfonos NUM000 y NUM001 , así como del resto de resoluciones dictadas durante la instrucción de la causa acordando otras intervenciones telefónicas o prorrogando las mismas. Asimismo acordamos que tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones".

El Ministerio Fiscal manifestó en la nueva sesión del juicio oral su protesta en previsión del correspondiente recurso de casación.

La sentencia absolvió a todos los acusados del delito contra la salud pública por considerar que la nulidad de la totalidad de las resoluciones en las que se acordaba la intervención de determinados teléfonos (o en su caso la prórroga) afectaba a la práctica totalidad de las diligencias practicadas durante la instrucción, incluida la diligencia judicial de entrada y registro practicada en el domicilio que compartían dos de los acusados, la aprehensión de la gran cantidad de droga intervenida y las consiguientes periciales toxicológicas, así como a la prueba testifical de los agentes de la autoridad que intervinieron en la investigación de los hechos por considerar que la información que aportaban como testigos se hallaba contaminada por haberla conseguido a través de unas pruebas reputadas nulas por vulneración de derechos fundamentales.

Con carácter previo a la decisión del presente recurso debemos recordar, como decíamos en la reciente sentencia TS. 56/2009 de 3.2 , la diligencia de intervención telefónica debe respetar unas claras exigencias de legitimidad constitucional, cuya concurrencia es del todo necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial de conformidad con el art. 18.3 CE ., concretamente, en el Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la legitimidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá desprenderse de una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal.

Así pues, todo lo anterior debe resultar de la decisión judicial que, al menos, debe contener, en la forma que luego se dirá, los datos fácticos necesarios para poner de manifiesto que el Juez ha realizado la valoración exigida, la cual debe desprenderse del contenido de su resolución, de modo que, de un lado, su decisión pueda ser comprendida y, de otro, que sea posible efectuar un control adecuado y suficiente sobre la misma por la vía del recurso.

Esta exigencia de motivación conecta la cuestión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución suficientemente fundada, de tal modo que, teniendo en cuenta las características del caso concreto, puedan conocerse las razones del acuerdo adoptado por el órgano jurisdiccional. El artículo 120.3 de la Constitución impone

contundentemente la motivación de las resoluciones judiciales, lo cual ha sido especialmente recordado por el Tribunal Constitucional y por esta misma Sala cuando se trata de decisiones que suponen una restricción de derechos fundamentales, ya que en estos casos, es exigible una resolución judicial que no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que además se extienda a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (STC 29/2001, de 29 de enero y STC 138/2002, de 3 de junio). "La restricción del ejercicio de un derecho fundamental", se ha dicho, "necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/1995)". (STC de 17 de febrero de 2000). De ahí que pueda afirmarse que si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (SSTC 26/1891, 27/1989, 37/1989, 8/1990, 160/1991, 3/19192, 28/1993, 12/19194, 13/19194, 160/1994, 50/1995, 86/1995, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, 158/1996 o 170/1996).

Esta exigencia debe ponerse en relación con la naturaleza y características del derecho fundamental afectado y con las circunstancias en las que se produce su restricción, por lo cual no supone la necesidad de una determinada extensión, estilo o profundidad en la fundamentación o la precisión de razonar de una concreta manera, siendo suficiente, en general, con que puedan conocerse los motivos de la decisión, lo que permite comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental tanto al directamente afectado como a los demás ciudadanos, y, en su caso, controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Es cierto que el interesado no puede controlar la legalidad de la medida durante su ejecución pues lógicamente desconocerá su existencia, pero el contenido de la motivación le permitirá impugnarla con posterioridad y cuestionar así la legitimidad de la actividad probatoria desarrollada, lo cual podrá ser trascendente no solo en orden a salvaguardar la integridad de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, sino también a la vigencia de su derecho a la presunción de inocencia. Por ello, se ha dicho una motivación puede ser suficiente si permite el cumplimiento de estos fines.

Concretamente en orden a la debida motivación de las resoluciones que acuerden las intervenciones telefónicas, como decíamos en las SSTC. 201/2006 y 415/2006 , el auto que acuerda la intervención telefónica se trata de una resolución judicial, como tal afectada por el art. 120 CE ., tratándose de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, su exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones que requiera la fundamentación de una imputación objetiva y

subjetiva (art. 779.4 y 384 de la Ley Procesal). La resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado. Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia. En parecidos términos la STS. 4.2.98 señala, como la exigencia de motivación de la medida que autoriza una intervención telefónica, sin renunciar a ella, debe ser matizada pues la medida no es posterior al descubrimiento del delito sino dirigida a su averiguación y descubrimiento, en los términos del art. 126 CE .

Por otra parte, mediante la expresión del hecho que se investiga y la normativa que lo autoriza, lo que supone un examen de la proporcionalidad, se puede conocer la razón y porqué de la medida y proporciona elementos de control jurisdiccional que satisfarán la tutela judicial efectiva.

No se trata, en definitiva, de una resolución jurisdiccional que resuelve un conflicto planteado entre partes con interés contrapuesto, sino de una resolución judicial que tutela un derecho fundamental en el que el Juez actúa como garante del mismo y en el que es preciso comprobar la proporcionalidad de la injerencia, tanto desde la gravedad del hecho investigado como de la necesidad de su adopción.

Las SSTS. 55/2006 de 3.2, con cita de la 530/2004 de 29.4 y 988/2003 de 4.7, y STC. 167/2002 de 18.9 , nos dicen que "por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el secreto de las comunicaciones tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida.

Es preciso, en esta medida, que el Tribunal exprese las razones que hagan legítima la injerencia, si existe conexión razonable entre el delito investigado, en este caso un delito grave como lo son los delitos contra la salud pública y la persona o personas contra las que se dirige la investigación. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sospechas que han de emplearse en este juicio de proporcionalidad "no son solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, han de proporcionar una base real de lo que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC 49/99 y 171/99). Y su contenido ha de ser de naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de

que las infracciones están a punto de cometerse (SSTEDH de 6.9.78 caso Klass y de 15.6.92 caso Ludi), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim . en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa" (art. 579.1 LECrim .) o "indicios de responsabilidad criminal (art. 579.3 LECrim .) SSTC. 166/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12, 14.2001 de 24.1, 138/2001 de 18.6, 202/2001 de 15.10, 167/2002 de 18.9 , que señalan en definitiva "que los indicios son algo mas que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento "o sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo".

La sentencia de esta Sala 1090/2005 de 15.9 recuerda en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes que hemos exigido en resoluciones anteriores (STS. 75/2003 de 23.1 entre otras) que "consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002 , que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos".

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión" (S.S.T.C. 171/ 99 y 8/00).

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) sino que, además,

permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de Recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9).

Por ultimo tanto el Tribunal Constitucional (S. 123/97 de 1.7), como esta misma Sala (SS. 14.4.98, 19.5.2000, 11.5.2001 y 15.9.2005), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamenta en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan las SS. 26.6.2000, 3.4 y 11.5.2001, 17.6 y 27.10.2002 , entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el órgano jurisdiccional por si mismo carece de la información pertinente y no seria lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

En este sentido la STS. 1263/2004 de 2.11, señala que, como se recuerda en la STC. 167/2002 de 18.9, de que aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada, si integrada incluso en la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias constitucionales y legales, de tal suerte que se pueda llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SS.T.S. 4 y 8.7.2000).

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones a que la depuración y análisis critico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso.

SEGUNDO: En el caso presente se destaca en el recurso que el auto recurrido considera que el Juzgado de Instrucción al dictar el inicial auto de intervención de las comunicaciones de Gervasio asumió como indicios racionales de criminalidad datos ofrecidos por los agentes Policiales en su oficio

que hacían referencia a sospechas no contrastadas y que resultaban insuficientes para acordar la medida de intervención telefónica tan restrictiva de un derecho fundamental como es el secreto de las comunicaciones.

En concreto los hechos que se hacían constar eran:

"A principios del mes de Enero de 2007, se recibieron .en esta Sección de Estupefacientes informaciones señalando que en las localidades de Vilanova i La Geltrú y de Sant Pere de Ribes está operando un grupo organizado compuesto por ciudadanos marroquíes dedicados a la introducción en territorio nacional y la posterior distribución, de importantes cantidades de cocaína, hachís y drogas sintéticas. Como es habitual en este tipo de organizaciones, entre los integrantes de la misma se encuentran implicados varios miembros de una misma familia.

También se pudo averiguar que tres individuos destacan como los miembros más relevantes de dicha organización. Una de las personas integrantes del grupo es un ciudadano marroquí llamado Guillermo Y que ya había sido detenido por delitos de tráfico de drogas con anterioridad. Por otro lado un hermano suyo llamado Gervasio es uno de los máximos responsables de la organización. Esta persona, al parecer, tiene tales signos externos de riqueza que los mismos no pueden derivarse de las actividades legales que pudiere llevar a cabo.

Otra de las personas de raza árabe que integra la organización es un marroquí llamado Taoufik, a la sazón familiar de la esposa de Gervasio Los datos derivados de las informaciones recibidas se refieren a que sobre el tal Ángel Daniel pesa una orden de detención interesada por un juzgado de la población alicantina de Vinaroz.

En vista de estas informaciones, se encomendó el desarrollo de la investigación sobre esta presunta organización a funcionarios adscritos al Grupo IV de la Sección de Estupefacientes de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Barcelona, los cuales iniciaron las pesquisas tendentes a la identificación de las personas presuntamente implicadas en los hechos objeto de la noticia criminis, con el siguiente resultado:

1.-Consultadas las bases de datos de la DGP, la única persona cuyos datos coinciden con los del primer individuo referido, resultó ser y llamarse Guillermo , con NIE NUM002 , nacido en Mazouja Nador, (Marruecos), el 03/01/71, hijo de Ahmed y Mimount. A esta persona le constan cinco detenciones, dos de ellas, las más recientes, por tráfico de drogas en Palma de Mallorca y Barcelona.

2.-En virtud de los datos obrantes en los archivos de esta Sección de Estupefacientes, se ha podido saber que en fecha 18/05/06 Guillermo fue detenido por el grupo IV de esta Sección. A este respecto se instruyó el Atestado número NUM003 que dio lugar a Diligencias Previas 653/06 del Juzgado de

Instrucción número dos de los de Vilanova i La Geltrú. La detención de Guillermo tuvo lugar mientras éste conducía una furgoneta en cuyo interior transportaba más de 2,4 toneladas de hachís.

En otro orden de cosas, se ha averiguado que esta persona fue condenada por un delito de tráfico de drogas e ingresó en la prisión Modelo de Barcelona en fecha 21/05/06.

3.-En vista de estos indicios, se intensificaron las investigaciones, las cuales se centraron en identificar plenamente al llamado Gervasio . Así, en fecha 17/02/07 los funcionarios encargados de verificar si Guillermo recibía visitas de otros miembros de la organización en el centro penitenciario, detectaron la presencia reiterada de Gervasio con NIE número NUM004 , nacido en Benssar (Marruecos) el 05/06/73, con domicilio en la CALLE000 número NUM005 NUM006 NUM007 , de la población de Sant Pere de Ribes (Barcelona).

Consultados los servicios informáticos de la DGT, a Gervasio le consta a su nombre un Audi Allroad matrícula SGG , valorado en más de 60.000 euros. Además se ha podido saber que ha realizado diversos ingresos de más de 1.200 euros a favor de Guillermo . Por lo averiguado hasta el momento, el tal Gervasio no realiza actividad legal remunerada que pueda justificar tal nivel de vida.

4.-Con relación a la situación penitenciaria de Guillermo esta se vió modificada en el mes de Marzo de 2007, dado que accedió al régimen abierto que le obliga a pernoctar en el propio centro penitenciario pero que permite salir del mismo durante las horas diurnas y los fines de semana en su totalidad. Este cambio de situación penitenciaria se ha visto acompañado de un incremento de los contactos entre éste y el tal Gervasio , de manera que se *reúnen habitualmente en diferentes locales de las poblaciones de Sant Pere de Ribes y de Vilanova i la Geltrú.*

5.-Durante los meses precedentes se han realizado numerosas actividades de vigilancia y seguimiento que han tenido como objeto el conocimiento de las pautas de actuación, los vehículos que pudiera utilizar o el domicilio de Gervasio y su esposa. En este sentido, el pasado día 22 de octubre se realizó un seguimiento con el siguiente resultado:

19:55 horas: se localizó en las *proximidades de la Calle Ortega i Gasset de Vilanova i La Geltrú*, al encartado conduciendo un turismo Volkswagen Golf modelo 1.9 TDI con matrícula-GJW . Los funcionarios observaron como Gervasio conducía tomando todo tipo de medidas de seguridad tendentes a la detección de la presencia de efectivos policiales.

20:00 horas: se introduce en el local "Mac Donal's", sito en la población de Vilanova i La Geltrú, donde mantiene una entrevista con un desconocido. Ni el encartado ni el otro individuo realizan consumición alguna abandonando el lugar, por separado, quince minutos después.

20: 17 horas: Gervasio sube a su vehículo, estacionado en el aparcamiento del local tomando todo tipo de medidas de seguridad antes y después de introducirse en el vehículo. Después de permanecer

en el interior del coche 7 minutos sin realizar actividad alguna en su interior, emprende la marcha a gran velocidad y poco después, en una de las rotondas de la zona, y en vista de las medidas que estaba adoptando el encartado, los funcionarios se ven obligados a abandonar su seguimiento.

A este respecto, consultadas las bases de datos de la DGT, el vehículo que conducía Gervasio , figura a nombre de Daniela , con NIE número NUM008 , nacida el 25/01/84 en Bensar (Marruecos). En este orden de cosas, y consultando el historial de las titularidades de este vehículo, el anterior propietario era el investigado Gervasio . Se ha averiguado que Daniela es la esposa de Gervasio y que este ha promovido la agrupación familiar que permite su residencia legal en España.

Es de destacar que es conducta habitual de las personas dedicadas a actividades delictivas, la de inscribir los vehículos que conducen a nombre de terceras personas para dificultar las labores de investigación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

De nuevo los investigadores constataron el elevado ritmo de vida del tal Gervasio , dado que es propietario de dos vehículos de reciente adquisición, valorados en un total aproximado de 80.000 euros, sin que realice actividades laborales remuneradas que justifiquen dichos ingresos.

Consultadas las bases de datos del Ayuntamiento de Sant Pere de Ribes, se ha podido comprobar que tanto Daniela como Gervasio están empadronados en la CALLE000 número NUM005 NUM009 - NUM007 de *Sant Pere de Ribes*.

El día 24 de octubre de los corrientes se trató de nuevo de realizar un seguimiento en la persona de Gervasio , que permitiera obtener más datos que

pudieran ser relevantes para la investigación:

8:30 horas: Se observa como Gervasio abandona su domicilio de la CALLE000 . Se inicia su seguimiento.

8:43 horas: Tras tomar todo tipo de medidas de seguridad, el encartado sube al vehículo Volkswagen Golf que está estacionado en las cercanías de su domicilio y permanece en el mismo, con actitud vigilante, durante aproximadamente 4 minutos.

8:50 horas: Los funcionarios se ven obligados a abandonar el dispositivo de vigilancia en vista del peligro que supone que el individuo, merced a las medidas que adopta, se percate de que es objeto de un seguimiento.

6.-Una vez identificado plenamente a Gervasio realizados diversos seguimientos en su persona, localizado su domicilio y conocidos los vehículos que utiliza, las investigaciones se centraron en la identificación del tercer integrante de la organización delictiva investigada, a saber, el individuo de raza árabe llamado Ángel Daniel y que, presumiblemente sería familiar de Daniela .

Consultadas las bases de datos de la D.G.P, se ha conseguido identificar plenamente al encartado. Se trata de Ángel Daniel , con NIE NUM010 , nacido el 22/07/73 en Bensar (Marruecos), hijo de Soudani Mohamed y Mimount, con domicilio en la CALLE001 número NUM011 de Sant Pere de Ribes. Este individuo tiene en vigor una requisitoria judicial (detención y personación), interesada por el Juzgado de Instrucción número 1 de los de Vinaroz. Cabe destacar que, a falta de la obtención de más datos al respecto, esta requisitoria fue ordenada en virtud de un presunto delito de tráfico de drogas.

7.-Consultados los archivos de esta Brigada Provincial de Policía Judicial, los encargados de la investigación descubrieron que presuntamente, Ángel Daniel , había estado directamente implicado en los hechos que comportaron la muerte de Marcial , que se produjo el día 25/03/05 en la CALLE002 nº NUM012 de Sabadell, en una deflagración que tuvo lugar en un dicho inmueble, del cual Marcial era inquilino. Esta se desencadenó por causa de la acumulación de gases inflamables provenientes de la gran cantidad de garrafas de gasolina que guardaba en su interior. En este siniestro falleció también una vecina del inmueble.

Fuentes de la investigación relacionaron en su día estos hechos con Ángel Daniel , con el cual el fallecido tenía una estrecha relación. Al parecer Ángel Daniel era el máximo responsable de una organización dedicada a la introducción de grandes cantidades de hachís en territorio nacional por vía marítima, utilizando para ello grandes lanchas semirrigidas que necesitan una gran cantidad de combustible. A juicio de los investigadores las garrafas de gasolina que provocaron la deflagración, estaban destinadas al repostaje de dichas embarcaciones y estaban siendo almacenadas en el domicilio siniestrado.

Abundando en estas informaciones, el día 13/05/04, Balbino , que se relacionaba estrechamente con Ángel Daniel y con el finado, fue detenido por la Guardia Civil en la población castellanense de Vinaroz, mientras conducía una furgoneta con las placas de matrícula "dobladadas" transportando una carga de gasolina.

En función de los datos aportados por los resultados de las pesquisas policiales, los investigadores han extraído las siguientes conclusiones:

A.- Dos de los tres implicados tienen importantes antecedentes por delitos de tráfico de drogas. Concretamente, Guillermo fue detenido por funcionarios adscritos a este grupo de investigación en posesión de más de dos toneladas y media de hachís. Gervasio mantiene continuos contactos con Guillermo dentro y fuera del ámbito penitenciario.

B.- Los funcionarios han podido observar como los imputados detentan unos signos externos de riqueza muy superiores a los que sus ingresos legales les podrían reportar. Este dato es especialmente llamativo en el caso de Gervasio

C.- Desde que se tuvo conocimiento de la existencia de este grupo organizado, se han llevado a cabo numerosos seguimientos en los cuales los implicados han observado numerosas medidas de seguridad propias de las personas dedicadas a este tipo de actividad ilícita. A Gervasio se le ha visto en encuentros con desconocidos que, por sus características, a juicio de los actuantes tenían como objeto algún tipo de actividad ilícita.

D.- Una de las características fundamentales del "modus operandi" de estas organizaciones es el continuo cambio de las líneas de telefonía móvil que utilizan sus miembros. Se ha podido averiguar las numeraciones de dos de las muchas líneas de telefonía móvil que actualmente utiliza Gervasio , por consiguiente es urgente proceder a su intervención con el objeto de iniciar una investigación antes de que el encartado se deshaga de dicha tarjeta telefónica".

El auto de 31.10.2007 dictado por la Magistrado que instruyó la causa recoge, Fundamento segundo, aquellos datos que la policía establece en su oficio y que hace suyos:

a) La detención como consecuencia de la investigación policial de Guillermo , hermano de Gervasio , en cuyo poder se encontraron 2,4 toneladas de hachís; b) Con posterioridad al ingreso en prisión de Guillermo , su hermano Gervasio ha ido a visitarle a la prisión y ha mantenido frecuentes contactos con él; c) De los seguimientos se ha comprobado que Gervasio es titular de un Audi Allroad y su esposa de un Volkswagen Golf TDI, así como otros signos de riqueza que no se corresponden con sus ingresos legales; d) Que se ha reunido con personas desconocidas en establecimientos públicos, adoptando medidas de seguridad y cautela, que provocó el desistimiento del seguimiento por los Agentes a fin de no ser detectados; e) Se encuentra relacionado con Ángel Daniel , encartado en delitos de tráfico de drogas. Concluye el auto que estas circunstancias valoradas conjuntamente, constituyen indicios de la presunta participación de Gervasio en la realización de actividades delictivas, concretamente en su participación en una organización dedicada al tráfico de drogas.

El auto, hoy recurrido, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª de 28.10.2008 entendió que aquellos datos ofrecidos por los agentes policiales hacían referencia a meras sospechas no contrastadas que resultan insuficientes para acordar la medida restrictiva de derechos fundamentales de la intervención telefónica por las siguientes consideraciones:

A) El dato utilizado de que Gervasio fuera a visitar al centro penitenciario frecuentemente con Guillermo , no denota ningún signo de participación en el delito que se persigue, pues tratándose de su hermano, parece razonable y no es de extrañar que tuviera relación familiar con el mismo.

B) No contamos con elementos objetivos que nos permitan acreditar, la actividad laboral, ingresos o patrimonio que tenga Gervasio y el solo dato de la titularidad del vehículo Audi y del Volkswagen,

propiedad de su esposa, no constituye un dato de especial significación a falta, decimos de más información sobre sus ingresos.

C) Respecto de las reuniones en establecimientos públicos con personas desconocidas, sin que hayan apreciado en los seguimientos, dato concreto de ilicitud, que en todo caso podrían proceder de alguna actividad ilícita, pero ningún dato fiable del delito contra la salud pública se desprende de esos encuentros en zonas públicas.

Asimismo cabe predicar que no resultan concluyentes las maniobras de cautela adoptadas al conducir, el reseñado Gervasio , pues no denotan un comportamiento ilícito.

D) Finalmente, la relación con Ángel Daniel , tampoco arroja luz sobre el mentado delito, toda vez que, no consta ningún encuentro personal con Gervasio , que se desprenda de las vigilancias, y, por otro lado, parece ser cuñado de aquél, lo que explicaría su relación con Ángel Daniel .

De lo anterior, cabe inferir que no se desprende ningún dato que permita asegurar que en el momento de acordarse la intervención telefónica existieran razones objetivas que autoricen a pensar, aunque fuera de una forma indiciaria que Gervasio estaba participando en la comisión de un delito tan grave como es el delito contra la salud pública.

De todo lo expuesto, sólo podemos concluir que la Magistrada, en el momento de dictar el Auto de fecha 31 de octubre de 2007 , sólo contaba con sospechas, ofrecidas por la policía, sin que dicha información fuera suficiente en ningún caso, para acordar la intervención de sus teléfonos con el objeto de investigar un posible delito contra la salud pública, toda vez que no constaba ningún dato objetivo que permitiera pensar que la persona investigada estuviera cometiendo este tipo de delito.

TERCERO: El Ministerio Fiscal en su recurso discrepa de esta fundamentación en su doble sentido a) en que no se otorgue valor alguno a los indicios aportados en la solicitud fruto de la investigación policial efectuada, porque " **los datos ofrecidos por los agentes policiales, que hacen referencia a sospechas no contrastadas...**" y b) en no compartir las consideraciones realizadas en el auto recurrido relativas **a la insuficiencia de la información aportada en la solicitud**, en orden a posibilitar la inferencia en el derecho al secreto de las comunicaciones que se considera vulnerado por el auto del Juez Instructor.

En relación a la primera discrepancia argumenta con cita de jurisprudencia de esta Sala que la policía por propia iniciativa no tiene por qué revelar la fuente inicial de la investigación y menos si se trata de su confidente, pues de hacerlo, no solo se malograría este medio de investigación sino que el confidente correría serios peligros de reacción vindicativa de ser delatados.

Esta argumentación precisa de alguna matización. Con relación a los confidentes debe consignarse - nos dice la STS. 534/2009 de 1.-6, con cita de la 1047/2007 de 17.12 -, que en la fase preliminar de

las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, **siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo** (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre 1997 y 4 marzo 1999 .

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Doctrina reiterada en las SSTS. 1488/2005 de 13.12 y 28.2.2007 que precisan que una confidencia a la policía no es una denuncia, pues esta requiere que se haga constar la identidad del denunciado, como exige el art. 268 LECrim . pero puede ser un medio de recepción de la noticia criminis que dé

lugar a que la policía compruebe la realidad de la misma y como resultado de esa comprobación iniciar las actuaciones establecidas en los arts. 287 y ss. LECrim . elevándolas al órgano judicial competente las solicitudes policiales cuando no existe causa penal abierta tienen el valor de denuncia y obligan a incoar las correspondientes diligencias judiciales. Si no fuera así sería la propia policía la que, prácticamente, decidiría una medida que limita un derecho fundamental.

Las noticias o informaciones confidenciales, en suma, aunque se consideran fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales (en este sentido la STC. 8/2000 de 17.1).

En esta dirección la sentencia 416/2005 de 31.3 , ya precisó que la existencia de una información anónima no puede considerarse, en principio, suficiente para restringir un derecho fundamental a personas que ni siquiera consta su mención nominativa en aquella, pues un anónimo "no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión, STC. Pleno 23.10.2003 .

Igualmente, no será suficiente por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a "fuentes o noticias confidenciales". Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación. Confidencia, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida.

Por lo tanto es necesario que se aporte al Juez algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de su sospecha más allá de las mismas consideraciones policiales. Es claro que no puede establecerse como regla general que la Policía identifique, lo cual podría ser un dato relevante en algunos casos, pero también lo es que para la restricción del derecho fundamental no basta la valoración policial acerca de la seriedad de la noticia, pues si así fuera la Constitución no requeriría el acuerdo previo del Juez. Las informaciones que aquellos facilitan deben ser mínimamente comprobadas policialmente con la finalidad de aportar datos objetivos que puedan ser valorados por el Juez.

Dicho con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 167/2002 - cuando en la solicitud de su intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación.

Con ello habrá de analizarse si la información aportada en la solicitud era suficiente en orden a posibilitar la inferencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, esto es, si contenía datos concretos y verificables de la posible participación en la comisión de un delito contra la salud pública de la persona titular y usuaria de los teléfonos respecto de los que se solicitó -y obtuvo- la intervención.

La respuesta debe ser negativa con la consiguiente desestimación del recurso.

Con independencia de que no se especifique cual fue la fuente de información (confidentes, vigilancias u observaciones policiales, seguimientos...) que llevó a la Sección de Estupefacientes del Grupo IV de la UDYCO al conocimiento de la existencia de ese "grupo organizado de ciudadanos marroquíes dedicado a la introducción y distribución de importantes cantidades de cocaína, hachís y drogas sintéticas", y a destacar como miembros relevantes de la organización de Gervasio , su hermano Guillermo y Ángel Daniel , en este punto la detención de Guillermo no se produce en el curso de la investigación policial, que según el propio oficio se inició a principio del mes de enero de 2007 cuando se recibieron informaciones en relación a aquel grupo, mientras que la detención de Guillermo tuvo lugar el 18.5.2006, lo cierto es que el hecho de que Gervasio fuese a visitar a su hermano en prisión y se reuniera con él en distintos establecimientos públicos cuando aquel obtuvo el régimen abierto penitenciario; la posesión de dos vehículos cuando falta información sobre sus ingresos, actividad laboral y patrimonio, el ingreso de más de 1.200 euros a favor de Guillermo del que no hay constancia documental alguna; la reunión en lugares públicos con personas cuya identidad no se determina, lo que no permite presumir que se trate de personas vinculadas con el tráfico de drogas; y por último, la relación que se dice mantiene con Ángel Daniel , al parecer su cuñado, no se desprende de las vigilancias policiales que no especificaron encuentro personal entre ambos, son datos que no cubren el estándar de exigencia que se deriva de un medio de investigación que presupone una severa restricción de derechos fundamentales, siendo en sí mismos, tan abiertos que no puede entenderse que se esté ante las "buenas razones" o "fuertes presunciones" a que se refiere el TEDH, caso Lüdi, S. 15.6.92; o Hasj, S. 6.9.78 .

A lo sumo se estaría ante una sospecha que tiene un factor de credibilidad muy inferior al de un indicio , pues la sospecha se vértebra alrededor de unas creencias u opiniones que no son susceptibles de ulterior verificación, en tanto que los indicios, en cuanto que tienen una base fáctica permiten verificar el fundamento y la razonabilidad de la petición que con base en aquellos les haga al Juez la policía. En efecto, la afirmación de que Gervasio podía estar implicado en un tráfico de drogas, no pasa de ser una mera suposición o conjetura de que está o puede estar involucrado en tal tráfico y por tanto, no puede permitir la intervención telefónica.

Consecuencia de lo anterior es que el auto judicial de 31.10.2007 , carece de motivación pues la ausencia de indicios impide todo control judicial posterior capaz de realizar el juicio de proporcionalidad y necesidad indispensable. Se trató de una autorización tan mecánica como rutinaria que sólo exterioriza la ausencia de un control judicial digno de tal nombre. Al respecto debemos precisar como recuerda la STS 27/2004 de 13.1 , que en la medida que se ha aceptado por doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta Sala la motivación judicial por remisión al auto policial, este desplazamiento o asunción del contenido del oficio policial tiene como contrapeso un incremento de la exigencia de que se ofrezcan en el oficio datos concretos y significativos verdaderamente dignos de tal nombre porque sólo ellos van a permitir que en este control casacional, cuando se denuncia la inexistencia de motivación puede verificarse si hubo elementos materiales y concretos en qué justificar la autorización judicial. Obviamente si el oficio policial carece de datos, la motivación por remisión sería motivación en el vacío, y por tanto inexistente.

En el mismo sentido la STS. 1542/2002 de 24.9 declaró: "Consecuencia de lo expuesto, es que la autorización judicial, carece de fundamento, no tanto porque se remita en su fundamentación al oficio policial, lo que es posible --SSTC 200/97, 49/97, 139/99 y 239/99 -- sino porque al carecer el oficio de datos verificables, la motivación por remisión queda viciada del mismo defecto y en definitiva se degrada a un corolario necesario de solicitud policial de forma acrítica y prácticamente rutinaria --STS 1467/2002 de 12 de Septiembre -- que lo único que acredita es la inexistencia de un control judicial acreedor de tal nombre".

Por último recordar con la STS. 22.9.2004 , que la nulidad que se declara de la intervención telefónica concedida, no queda "sanada en raíz" por el resultado positivo de la investigación. El juicio de validez o nulidad de la misma, debe ser efectuado por el cumplimiento de los requisitos de legalidad constitucional exigibles en su inicio y con independencia del resultado obtenido que nunca podrá novar aquella ilicitud inicial.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia de 24 de octubre de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, que condenó al acusado como autor de un delito contra la salud pública.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez **D. Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACION

.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Manuel Marchena Gomez, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Julian Sanchez Melgar, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2501/2008 .

I.- Mi discrepancia con el criterio mayoritario no persigue una interpretación restrictiva de la vigencia del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Nadie cuestiona que su respeto constituye uno de los pilares de la estructura de nuestro sistema constitucional. Como tal derecho, se integra en la primera de las esferas de exclusión que cada ciudadano proclama frente a terceros y, lo que es más importante, frente a los poderes públicos. La posibilidad de que el caudal comunicativo surgido entre el imputado y las personas que con él contactan, quede sometido a la escucha de un tercero -por más que se trate de un agente de la autoridad debidamente habilitado por autorización judicial-, convierte aquella diligencia en un verdadero instrumento de control de los poderes públicos frente a una de las más singulares manifestaciones de la privacidad. De ahí la importancia de que en el control casacional de la regularidad de esas escuchas no debamos limitarnos a un examen puramente formal, de sabor burocrático, respecto de cuestiones que actúan como verdaderos presupuestos de legitimidad de la validez de aquella medida.

En el presente caso, sin embargo, entiendo que la decisión de la mayoría, cuando afirma que la resolución judicial habilitante carecía de razones objetivas para el sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de los imputados, ha ido más allá del criterio de esta Sala y de la propia jurisprudencia constitucional que interpretan el contenido y los límites de aquel derecho. Estimo, en definitiva, que el auto de fecha 31 de octubre de 2007, suscrito por titular del Juzgado de instrucción núm. 1 de Vilanova i la Geltrú , dictado en respuesta a la solicitud cursada por la Sección de Estupefacientes de la UDYCO, encierra todos y cada uno de los elementos que venimos exigiendo para la legitimidad de la restricción del derecho fundamental que proclama el art. 18.3 de la CE .

II.- No resulta fácil enriquecer con nuevas citas el extenso cuerpo de doctrina constitucional del que nuestra sentencia se hace eco. Sin embargo, en la medida en que sostengo que el criterio de la mayoría se aparta del actual entendimiento que nuestra Sala y el propio Tribunal Constitucional están haciendo del contenido del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y de la necesidad de que la resolución judicial que autoriza su sacrificio esté suficientemente motivada, me veo obligado a traer a colación la última de las resoluciones que el Tribunal Constitucional ha dictado sobre esta materia.

Se trata de la STC 148/2009, 15 de junio , cuya proximidad a la fecha en que redacto este voto particular otorga a su doctrina una especial significación. En esta resolución, el Tribunal Constitucional -en línea con el criterio de la Sala Segunda, que había rechazado igual alegación en el recurso de casación número 432/2006 , sentencia 199/2007, 1 de marzo -, expresa el actual estado de la jurisprudencia sobre la materia que nos ocupa. Sostenía el recurrente en amparo, condenado como autor de un delito de robo que estaba siendo objeto de investigación judicial, que el auto por el que se había acordado la intervención de sus conversaciones telefónicas, adolecía de falta de motivación. La policía se habría limitado a ofrecer a la consideración del Juez instructor, meras conjeturas carentes de fundamento.

El Tribunal Constitucional, con cita de algún otro precedente en el mismo sentido, recuerda su consolidada doctrina al respecto: "*... por lo que se refiere al deber de motivación de las resoluciones judiciales en las que se autoriza una intervención de las comunicaciones telefónicas, este Tribunal ha reiterado que resulta imprescindible que el órgano judicial exteriorice en la propia resolución o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla, la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, como son los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia de un delito grave y la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados, en tanto que constituyen el presupuesto habilitante de la intervención y el <prius> lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizarse. Igualmente se ha precisado que el carácter objetivo de dichos indicios lo es en un doble sentido: que no sean tan sólo circunstancias meramente anímicas, que imposibilitaría su control por terceros, y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, lo que excluye las investigaciones meramente prospectivas basadas en la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o de despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación penal".*

Pues bien, en el momento de volcar ese cuerpo de doctrina al supuesto de hecho que integraba el objeto del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional considera que el auto dictado por el Juez de instrucción se ajustaba al canon constitucional exigido para la legitimidad del acto de injerencia, pues

había tomado en consideración dos datos de una indudable significación objetiva: a) los antecedentes penales del imputado, condenado por delitos de similar naturaleza a aquel que estaba siendo investigado; b) la adquisición por la novia del sospechoso de un inmueble que no se correspondía con el nivel de ingresos de la pareja.

Así lo expresa el FJ 3º de la mencionada STC 148/2009: "*... en efecto, en el oficio policial, partiendo de la base ya conocida por el órgano judicial del delito cometido y de las peculiares características de cómo había sido ejecutado, se exponen datos objetivos que en esa fase de la investigación resultaban ser indicios suficientes, como era, por un lado, la coincidencia de los numerosos antecedentes policiales con el peculiar perfil del robo y, por otro, la compra de un inmueble en metálico que en fechas inmediatas posteriores al robo había realizado la compañera sentimental del recurrente y que no se correspondían con el nivel de ingresos de la pareja. La objetividad de estos datos permite negar la afirmación de los recurrentes de que la intervención telefónica era meramente prospectiva y, por tanto, contraria al art. 18.3 CE*".

En definitiva, la suficiencia de la motivación del auto judicial y la consiguiente legitimidad de la medida limitativa del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, se hace depender del historial delictivo del imputado y de la adquisición -no por él, sino por su pareja- de un inmueble cuyas características no constan pero que, a juicio de la policía, contrastaban con su nivel de ingresos.

III.- En el supuesto de hecho que nos ocupa, la lectura del auto habilitante, integrado por el oficio policial, pone de manifiesto que la policía ofreció al Juzgado de Instrucción, desde luego, algo más que unos antecedentes penales y un externo signo de riqueza.

En el oficio en el que se solicitaba la autorización para la intervención de las comunicaciones -folios 3 a 8 de las actuaciones, literalmente transcrito en el FJ único de nuestra sentencia- se daba cuenta de la obtención de informaciones referidas a la existencia de un "*... grupo organizado compuesto por ciudadanos marroquíes, dedicados a la introducción en territorio nacional y la posterior distribución, de importantes cantidades de cocaína, hachís y drogas sintéticas*". Las pesquisas, seguimientos y consultas de archivos policiales habían llevado a conocer que uno de ellos - Guillermo - se hallaba cumpliendo condena en prisión por haber sido sorprendido mientras conducía "*... una furgoneta en cuyo interior transportaba más de 2,4 toneladas de hachís*". Otro de los imputados - Gervasio - era titular, según consulta efectuada en los archivos informáticos de la Dirección General de Tráfico, de un vehículo de la marca *Audi Allroad*, valorado en 60.000 euros, sin que aquél desarrollara "*... actividad legal remunerada que pueda justificar tal nivel de vida*". Los agentes daban cuenta también de que el mismo imputado había sido propietario de un vehículo de la marca *Volkswagen Golf*, modelo 1.9 TDI, con matrícula-GJW , cuya titularidad, según datos registrales, había sido traspasada a su propia esposa. El tercero de los investigados - Ángel Daniel - se hallaba

requisitoriado por el Juzgado de instrucción núm. 1 de Vinaroz, llamamiento ordenado en el marco de un proceso seguido por un posible delito contra la salud pública, habiéndose visto implicado en el fallecimiento de los vecinos de un inmueble ocasionado por la deflagración originadas por unas garrafas de gasolina. Según explicaba el oficio y recogía el Juez de instrucción, en el apartado segundo de su resolución autorizante, "*... se le considera responsable de una organización que presuntamente se dedica a introducir en el territorio nacional grandes cantidades de hachís por mar, mediante lanchas semirrígidas que necesitan gran cantidad de combustible, habiendo sido detenido cuando transportaba una carga de gasolina en una furgoneta con las placas de matrícula <dobladadas>*"

Aludía el oficio policial a "*... las numerosas actividades de vigilancia y seguimiento*" que se habían practicado en los meses precedentes a la solicitud, describiendo, con indicación de la secuencia cronológica en la que tales vigilancias habían sido desarrolladas, los seguimientos efectuados los días 22 y 24 de octubre. Se precisaban también los contactos entre ellos y con personas que no pudieron ser identificadas, así como las medidas de vigilancia que adoptaban para impedir su descubrimiento.

IV.- A mi juicio, es indudable que la suficiencia de esos datos no puede ser ponderada a partir de una glosa fragmentaria, como llevó a cabo la Audiencia Provincial y ha confirmado la decisión acordada por la mayoría. Entiendo que la aceptación o rechazo del auto de fecha 31 de octubre de 2007 , respecto de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 18.3 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se disocia hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales ofrecidas por la investigación policial no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes. Nuestro sistema constitucional, en el momento de valorar la suficiencia de los datos ofrecidos por los agentes de policía al Juez de instrucción, no impone una metodología fragmentaria. Es más, recurriendo a tal criterio analítico, basado en un examen individualizado de cada uno de los datos indiciarios que hasta ese momento ha proporcionado la investigación, se está consagrando un patrón valorativo que degrada el indudable significado incriminatorio que se desprende de la valoración interrelacionada de los indicios.

De ahí que no pueda suscribir los reproches que la sentencia mayoritaria formula al oficio policial que sirvió de fundamento a la resolución habilitante. Con cita literal del fundamento jurídico de nuestra sentencia, el núcleo argumental sobre el que se apoya el razonamiento de la mayoría -pág. 25- es el siguiente:

a) *"... que no se especifique cual fue la fuente de información (confidentes, vigilancias u observaciones policiales, seguimientos) que llevó a cabo la Sección de Estupefacientes del Grupo IV de la UDYCO".*

Creo, sin embargo, que la lectura del oficio revela precisamente todo lo contrario. Son continuas las referencias textuales a las vigilancias, hasta el punto de que, en algunos días, se indican las horas de control -cfr. págs. 4 a 6--. También se alude a las investigaciones y pesquisas -págs. 3, 4 y 5- y a las consultas a archivos municipales y estatales -págs. 3 a 6-.

b) *"... que el hecho de que Gervasio fuese a visitar a su hermano en prisión y se reuniera con él en distintos establecimientos públicos cuando aquel obtuvo el régimen abierto",* entra en la normalidad de las relaciones familiares.

En mi opinión, es indudable que los repetidos encuentros en prisión y el envío de dinero entre hermanos, pueden explicarse por el intenso lazo afectivo que, de ordinario, generan las relaciones familiares. Pero esa motivación no excluye, en modo alguno, que tales encuentros, a la vista de los antecedentes de uno de ellos y los injustificados signos de riqueza del otro, hicieran legítimamente pensar a la policía y al Juez de instrucción autorizante, que aquellos contactos servían también de aproximación - como, por cierto, luego puso de manifiesto el desenlace de la operación- para el diseño de estrategias de distribución clandestina de droga. En definitiva, entiendo que la voluntad de aliviar el sufrimiento del hermano privado de libertad no es incompatible con el compartido propósito de enriquecerse con el tráfico ilegal de estupefacientes.

c) *" la posesión de dos vehículos cuando falta información sobre sus ingresos, actividad laboral y patrimonio, el ingreso de más de 1.200 euros a favor de Guillermo del que no hay constancia documental alguna".*

También ahora he de discrepar. Y es que el oficio que expresa la solicitud de la policía sí ofrece información sobre ingresos y actividad laboral: *"... por lo averiguado hasta el momento, el tal Gervasio no realiza actividad legal remunerada que pueda justificar tal nivel de vida".*

Es cierto que nada habría impedido que esa afirmación contenida en el documento oficial que abre las investigaciones, tuviera el complemento de alguna certificación negativa, expedida por el organismo público correspondiente, sobre el desempeño de cualquier actividad laboral. Sin embargo, lo que no puedo compartir es que la ausencia de ese certificado -que el Juez de instrucción no estimó necesario- sirva de argumento para desencadenar la nulidad probatoria. No alcanzo a comprender la relación entre la falta de constancia de un documento que respalde una afirmación vertida en un escrito oficial y el contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Ni siquiera en su vertiente de insuficiente motivación. Derivar la lesión de aquel derecho fundamental de la no

aportación de esos documentos o, dicho con otras palabras, exigir, siempre y en todo caso, una prueba documental de todas y cada una de las afirmaciones vertidas en una solicitud de interceptación, implica convertir esta solicitud en una extravagante pretensión de alcance preprocesal, absolutamente ajena a las notas que definen nuestro proceso penal.

d) "*la reunión en lugares públicos con personas cuya identidad no se determina, lo que no permite presumir que se trate de personas vinculadas con el tráfico de drogas*".

Tampoco comparto esta afirmación. Nuestro sistema constitucional no condiciona la validez de la autorización judicial exigida por el art. 18.3 de la CE a que se determinen las identidades de las personas que entran en contacto con un sospechoso, ni a que esas personas estén vinculadas con el tráfico de drogas. El reflejo de esos contactos, aun intrascendentes, es fiel expresión de la realidad de los seguimientos y vigilancias llevados a cabo por los agentes.

e) "*...La relación que se dice mantiene con Ángel Daniel , al parecer su cuñado, no se desprende de las vigilancias policiales que no especificaron encuentro personal entre ambos*".

La lectura del oficio policial y del auto dictado por el Juez de instrucción pone de manifiesto que sobre Ángel Daniel convergían otros elementos indiciarios -ya puestos de manifiesto *supra*- que justificaban la intervención solicitada.

Por cuanto antecede, considero que nuestra sentencia debió haber estimado el motivo único del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, casando la resolución recurrida y retrotoyendo las actuaciones al momento anterior a la celebración del juicio oral.

Julian Sanchez Melgar Manuel Marchena Gomez