



Roj: **STS 828/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:828**

Id Cendoj: **28079120012020100140**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2020**

Nº de Recurso: **2976/2018**

Nº de Resolución: **121/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 3211/2018,**
AAAP MA 62/2018,
STS 828/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 121/2020

Fecha de sentencia: 12/03/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2976/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 9ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2976/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 121/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 12 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2976/2018, por infracción de precepto constitucional, interpuesto por **el Ministerio Fiscal**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de 25 de mayo de 2018; en calidad de partes recurridas, los acusados absueltos D^a Tarsila , representada por la procuradora D^a Paloma Lopera Pacheco, bajo la dirección letrada de D. José Ortuño García; D^a Verónica , D^a Virginia y D. Samuel , representado por el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, bajo la dirección letrada de D. José Luis Ortega; D. Eulalio ; D. Valentín , representado por la procuradora D^a. Sara Martin Moreno, bajo la dirección letrada de D. Ernesto Cáceres Molina; D. Jose Pedro , D. Jose Miguel , D. Sergio , D. Carlos María , D^a. Apolonia , D. Carlos Daniel , D. Luis Carlos , D. Luis Miguel y D. Jesús María , representados por el procurador D. Manuel Ruiz de Apodaca, bajo la dirección letrada de D. Héctor González Izquierdo; D^a Elvira , representada por el procurador D. Jesús Aguilar España, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Herrezuelo Rodríguez; D^a Coro , representada por la procuradora D^a Cristina Matud Juristo, bajo la dirección letrada de D^a. María Jesús Yañez Santos; D. Artemio , representado por el procurador D. José Manuel Fernández Castro, bajo la dirección letrada de D. Carlos Sáiz Díaz; D^a. Filomena , representada por la procuradora D^a Francisca Carabantes Ortega; D. Bernardino , representado por la procuradora D^a Isabel Díaz Solano; D. Bruno , representado por la procuradora D^a. Matilde Sanz Estrada, bajo la dirección letrada de D. Luis Miguel Ruiz Braña; D. Cesar , representado por el procurador D. Alvaro Ignacio García Gómez; D^a. Laura , representada por el procurador D. Ramón Blanco Blanco; D. Epifanio , representado por la procuradora D^a Paloma Rubio Peláez; D. Eulogio , representado por la procuradora D^a Cayetana de Zulueta Luchsinger; D^a Noelia , representada por el procurador D. Francisco Fernández Rosa; D. Felicísimo , representado por el procurador D. Francisco Fernández Rosa; y D. Florencio , representado por la procuradora D^a. Amalia Josefa Delgado Cid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 9 de los de Málaga, instruyó sumario con el nº 2/11, contra D. Jose Pedro , D. Jose Miguel , D. Jesús María , D. Carlos Daniel , D. Luis Miguel , D. Sergio , D^a. Apolonia , D. Luis Carlos , D. Carlos María , D^a. Filomena , D. Bernardino , D. Bruno , D^a. Coro , D^a. Verónica , D. Cesar , D^a. Virginia , D. Samuel , D^a. Laura , D^a. Elvira , D. Eulogio , D. Valentín , D^a. Tarsila , D. Epifanio , D. Artemio , D^a. Noelia , D. Felicísimo , D. Florencio y D. Eulalio ; y una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, que con fecha 25 de mayo de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

PRIMERO.- El día 25 de septiembre de 2006, el jefe del Grupo II de Estupefacientes de UDYCO-Costa del Sol de la Comisaría de Policía de Málaga, libró oficio (con referencia nº NUM000) dirigido al Juzgado de Instrucción nº 8 de esta capital, en funciones de guardia, en el que solicitaba la intervención técnica de determinadas líneas telefónicas para la investigación y descubrimiento de posibles delitos de tráfico de drogas, coacciones y lesiones y en los que podrían estar implicadas personas pertenecientes a un supuesto clan familiar en la BARRIADA000 de esta capital, conocido como " DIRECCION000 ", por ser éste el apellido de sus principales integrantes.

En dicho oficio se exponía que desde hacía años se habían venido recibiendo informaciones según las cuales dicho clan venía dedicándose al tráfico de sustancias estupefacientes, tanto hachís como cocaína, así como también a la extorsión, agresiones y palizas a personas que trataban de introducirse en dicho mercado ilícito, actuando junto con aquellos terceros personas no pertenecientes a la familia Cesar Carlos Daniel Jesús María Apolonia Jose Pedro que realizarían labores ejecutivas en los actos ilícitos, y otras muchas que se dedicarían a la venta al menudeo de las sustancias estupefacientes y a realizar los actos violentos que desde la dirección del grupo les ordenaban.

Según la policía, la dirección de dicho grupo criminal correspondía a miembros directos de la familia Carlos Daniel Apolonia Jose Pedro , y las terceras personas que trabajaban para ellos eran individuos de El Palo, vecinos y amigos de toda la vida, lo que generaba una relación de afectividad y fidelidad labrada durante años, lo cual, unido a que la mayoría de las operaciones de compra venta de droga de desarrollaban en dicha barriada, en zonas donde se solían mover personas de su entorno, a que la residencia familiar de la familia investigada se encontraba en la C/ Banda del Mar, caracterizada por su estrechez y ausencia de puntos de vigilancia, y



el empleo de violencia o intimidación frente a terceras personas para evitar que intentaran acudir a la policía, provocaba una falta de información de calidad que permitiese iniciar una investigación.

Añadía aquel oficio que en las últimas fechas se había recibido informaciones según las cuales Jose Pedro , apodado " Cachas " , mayor de edad y sin antecedentes penales, controlaba junto con su hermano Eulogio , alias " Pulpo " , el transporte de grandes cantidades de hachís y polen de hachís desde Marruecos a las costas malagueñas, y una vez aquí almacenarían la droga en una nave ubicada en las inmediaciones de la capital, añadiendo el oficio que a tal fin habrían adquirido una embarcación, entrando Eulogio asociado, supuestamente, con Nemesio (al que le constaban antecedentes por tráfico de drogas), quien tenía una tienda de equipos de submarinismo ubicada en el Puerto Deportivo del Candado (Málaga), habiendo adquirido según las confidencias recibidas diversas motos de agua que utilizarían para el transporte de fardos de hachís desde la embarcación nodriza hasta la playa.

SEGUNDO.- El Juzgado de instrucción nº 8 accedió a tal solicitud y autorizó la intervención y escucha de los teléfonos que le fueron solicitados, concretamente los nº NUM001 , usado por Serafin ; NUM002 (en realidad NUM003) , utilizado por Carlos Alberto ; NUM004 , usado por Jesús Manuel ; NUM005 , utilizado por Juan Manuel ; y NUM006 , usado por Ángel .

En el caso de este último, en el oficio policial se exponía que consultadas las bases de datos policiales se supo de que en diciembre de 2001 había formulado denuncia según la cual cuando estaba circulando con su vehículo Audi A3 por la c/ Biznaga de esta capital, acompañado de dos amigos, un individuo que conducía un coche con matrícula extranjera que les venía siguiendo efectuó varios disparos contra él, quedado de manifiesto, según el criterio policial, la falsedad de dicha denuncia pues no se hallaron restos de los supuestos disparos y nadie presencié el incidente.

La interceptación de los teléfonos cuya utilización se atribuyó a Bruno , Carlos Alberto , Jesús Manuel y Juan Manuel no produjo resultado positivo alguno para la investigación, acordándose su cese en autos de 24 de octubre y 24 de noviembre de 2006, ya por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Málaga, al que correspondió por turno de reparto el conocimiento de la causa.

Por el contrario, la intervención del teléfono NUM006 , usado por Ángel , permitió conocer la posible implicación en el tráfico de estupefacientes de Jose Pedro , respecto del cual se acordó en auto de 2 de noviembre de 2006 la interceptación de su teléfono nº NUM007 .

TERCERO.- Gracias a dicha intervención, a otras que se produjeron como consecuencia de la información obtenida en las escuchas autorizadas judicialmente, y a las vigilancias llevadas a cabo, el grupo policial encargado de la investigación supo que el día 22 de febrero de 2007 los procesados Jose Pedro , Carlos María , Bernardino , Jesús María Y Jose Miguel mantuvieron una reunión en el chalet sito en la URBANIZACION000 , c/ DIRECCION001 , parcela NUM008 de Mijas Costa (Málaga), propiedad de "Habitanía de Promociones, S.L.", que tendría por objeto preparar el embalaje y distribución en paquetes de una importante cantidad de cocaína que habrían adquirido, verificado lo cual, sobre las 17,30 horas de dicho día, salieron de dicho inmueble el procesado Bernardino , que conducía el turismo Mercedes CLK con matrícula francesa KBM , y Jesús María coincidiendo el Mitsubishi Montero matrículaKRY , en el que viajaba como copiloto Jose Miguel , vehículo éste que realizaría labores de "lanzadera" vigilando la posible presencia policial, pues Manuel transportaba en el otro 39.460 gr. de cocaína, hasta que fue interceptado y detenido por la policía en la c/ Molino Hundido de Málaga.

CUARTO.- Mediante oficio de 17 de noviembre de 2006 el grupo policial encargado de la investigación comunicó al juzgado instructor que a tenor de las vigilancias llevadas a cabo y de la información obtenida de la observación de los teléfonos móviles intervenidos se podía concluir que el principal investigado, Jose Pedro , carecía de actividad laboral pese a lo cual llevaba un elevado nivel de vida, siendo propietario de un inmueble sito en c/ DIRECCION002 nº NUM009 de Málaga y de dos garajes, además de un Chrysler Grand Voyager, un camión Mercedes modelo 208CDI y una motocicleta Honda XL 600 LM, utilizando también un turismo Audi Q7 matrículaEH que figuraba a nombre del procesado Luis Carlos , hermano de la mujer de Jose Pedro , la también procesada Verónica .

En dicho oficio se exponía también que Jose Pedro había realizado un viaje a Senegal en compañía del procesado Carlos María , quien había sido anteriormente objeto de investigación por parte del Grupo II de Estupefacientes de la UDYCO Costa del Sol, habiéndose detectado que el Sr. Jose Pedro acudía con frecuencia a la vivienda sita en URBANIZACION001 , Fase II, nº NUM010 de Arroyo de la Miel, Benalmádena (Málaga), en donde residía el Sr. Sergio y en el que también tenía su sede social la empresa Gesclisan, S.L., de la que este procesado era administrador, como también lo era de otras empresas tales como Odyssey Development y Habitanía de Promociones.



En base a lo expuesto en el oficio mencionado, los investigadores llegaron a la conclusión de que existían indicios de un posible delito de blanqueo de capitales, por lo que se daba cuenta de lo actuado al grupo de Blanqueo de Capitales de dicha unidad policial, cuyo Grupo II solicitó en fecha 4 de diciembre de 2006 que por parte del Juzgado se librasen mandamientos a la Agencia Estatal Tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social y Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía para recabar información respecto de Jose Pedro, Verónica, Luis Carlos, Patricio, Jesús María, Ángel, Carlos María, Sergio y de las mercantiles Arada Ramírez S.L., Odyssey Development S.L., Habitania de Promociones 2.001 S.L., Luso Española de Inversiones Inmobiliarias 2000 S.L., Babelia de Inversiones S.L. y Gesclisan S.L.L., lo que fue acordado por el juzgado instructor en auto de fecha 13 del mismo mes(sic)".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la cuestión previa planteada por las defensas de los acusados, declaramos la nulidad del auto de 25 de septiembre de 2006, exclusivamente, en lo que se refiere a la intervención del teléfono nº NUM006, usado por Ángel, y de aquellas diligencias de prueba que se derivaron directamente de la misma, no habiendo lugar, por el contrario, a declarar la nulidad del resto de intervenciones acordadas en dicha resolución.

Que como consecuencia de lo anterior, debemos absolver y absolvemos a los procesados Jose Pedro, Jose Miguel, Jesús María, Carlos Daniel, Carlos María, Luis Miguel, Sergio, Apolonia, Luis Carlos, Filomena, Bernardino, Bruno, Coro, Verónica, Cesar, Virginia, Laura, Elvira, Samuel, Eulogio, Valentín, Tarsila, Epifanio, Artemio, Noelia, Felicísimo, Florencio y Eulalio de los delitos que se les imputaban, así como también a las mercantiles Farmamedi, S.L. y Gesclisan, S.L.L., declarando de oficio las costas procesales ocasionadas.

Cancélese las medidas cautelares adoptadas a lo largo de la tramitación de las actuaciones.

Procédase a la destrucción de la droga y demás objetos de ilícito comercio intervenidos(sic)".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción 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 presente recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **el Ministerio Fiscal**, se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- El recurso se prepara por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24 de la Constitución Española.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes recurridas del recurso presentado por el Ministerio Fiscal, interesan la inadmisión a trámite de los mismos, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 3 de Marzo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 9ª, dictó sentencia de fecha 25 de mayo de 2018 en la que absolvió a todos los acusados de los delitos contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, tenencia ilícita de armas, falsedad en documento público y blanqueo de capitales. La absolución se basó en la inexistencia de pruebas valorables contra los acusados, debido a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas producido al acordar sin justificación suficiente la intervención de las comunicaciones telefónicas del sospechoso Ángel, lo cual provocó la prohibición de valoración de todo el material probatorio que había sido obtenido a partir de dicha intervención.

Contra la sentencia interpone recurso de casación el Ministerio Fiscal que, en un único motivo, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), alega vulneración de precepto constitucional por infracción del artículo 24 de la Constitución. Alega el recurrente, en primer lugar, que el Auto de 25 de septiembre de 2006, que acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas de Ángel, solicitada por la Policía en oficio de la misma fecha, estaba suficientemente fundado, si se valora adecuadamente el conjunto de datos incorporados al mismo por remisión al oficio policial. Y, en segundo lugar, que, aunque se aprecie la vulneración del derecho fundamental, tal como hace la sentencia, ello no debería



conducir a la imposibilidad de valorar todas las pruebas disponibles, que deben considerarse independientes de aquella vulneración y, por consiguiente, no afectadas por la conexión de antijuricidad.

1. La jurisprudencia de esta Sala sobre las intervenciones telefónicas y las exigencias que deben cumplirse para que puedan considerarse justificadas, con anterioridad a la reforma de la LECrim del año 2015, es amplia, reiterada y bien conocida, lo que excusa una cita pormenorizada. Interesa, no obstante, recordar, y en este sentido STS nº 1200/2009; STS nº 1313/2009 y STS nº 1308/2011, entre otras, de un lado, la importancia que en una sociedad democrática tiene la garantía de la eficacia de los derechos fundamentales; de otro, la necesidad de un apoyo fáctico suficiente en el caso concreto; y, en tercer lugar, las consecuencias respecto de la investigación basada en las escuchas y respecto de las pruebas obtenidas a partir de aquellas.

Las comunicaciones telefónicas, aunque quizá en el momento actual hayan perdido alguna importancia, continúan constituyendo un medio ampliamente utilizado por sus usuarios para el traslado e intercambio de información relativa a muy variados temas. Precisamente en atención al caudal de información que se intercambia a través de esta clase de comunicaciones, es razonable recurrir a su empleo en la investigación criminal, especialmente cuando los hechos que se pretenden investigar presentan una suficiente gravedad, bien por la pena con la que están conminados, bien por su trascendencia social. La experiencia demuestra que la interceptación y escucha de las comunicaciones telefónicas ha proporcionado datos decisivos en numerosas ocasiones.

Pero a través de las líneas telefónicas, ordinariamente, también circulan datos relacionados con las esferas privadas de las personas, e incluso, relativas a los reductos más íntimos de su privacidad. En cualquier caso, y sea cual sea su contenido, se trata de expresiones de su intimidad, personal o profesional, que, legítimamente, desean compartir solamente con el interlocutor y que pretenden, también legítimamente, mantener fuera del conocimiento y posible control de terceros, especialmente de los poderes públicos.

2. El respeto al derecho a la intimidad, como ocurre con otros derechos fundamentales, es irrenunciable en un sistema que sea respetuoso con la dignidad de la persona. Permite a su titular la creación de un ámbito reservado, cuya existencia siempre es reconocible en su núcleo duro, y que puede ser más o menos ampliado según las reglas imperantes en su ámbito cultural; y, consiguientemente, le autoriza a excluir determinadas materias del conocimiento de terceros y, muy especialmente, como se acaba de decir, de los poderes públicos. El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, como una manifestación concreta de aquel derecho, autoriza a su titular a mantener en secreto sus comunicaciones con sus interlocutores, excluyendo a cualquier tercero. Y, como elemento instrumental de protección de la intimidad en ese ámbito concreto, protege no solo el contenido de lo comunicado, sino el mismo hecho de la comunicación. Dicho de otra forma, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones no depende de la naturaleza íntima del contenido de lo comunicado. Por ello, su limitación o restricción resulta de gran trascendencia en una sociedad libre. 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...*".

Al igual que ocurre con otros derechos, no es absoluto, y puede ser restringido temporalmente en función de la necesidad de proteger intereses que, en el caso, sean considerados prevalentes en una sociedad democrática. Así resulta del CEDH, que dispone en el artículo 8.1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el Convenio, en el artículo 8.2, que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia) sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". El carácter necesario de la medida depende de la existencia de indicios de la comisión de un delito grave, que requiera por lo tanto una intervención del Estado, y de la inexistencia de posibilidades reales, en el caso, de desarrollar la investigación a través de medios menos gravosos.

Ante la existencia de una clase de delincuencia que se organiza en ocasiones de forma tal que puede dificultar seriamente la acción de la Justicia, e incluso puede llegar a cuestionar la propia supervivencia de aspectos esenciales del sistema democrático, se impone la búsqueda de equilibrios entre la salvaguarda de la privacidad (y de otros derechos) frente a la fuerte conveniencia de obtener estándares aceptables de seguridad, entendida ésta como orientada fundamentalmente a garantizar el ejercicio pacífico y normalizado de los derechos, especialmente, los fundamentales. Pero ello no excluye la exigencia de una justificación suficiente en cada caso, demostrativa, en primer lugar, de la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima; en segundo lugar, de la proporcionalidad del medio elegido; y en tercer lugar, del carácter necesario de la medida, el cual



debe referirse, de un lado, a la existencia de indicios que justifiquen en el caso concreto la intervención de los poderes públicos responsables de la persecución de los delitos, y, de otro, a la imposibilidad real o gran dificultad de continuar la investigación por otros medios menos traumáticos.

3. La Constitución atribuye al Juez la responsabilidad de acordar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y exige que lo haga a través de una resolución suficientemente fundada. Tanto en el aspecto fáctico, respecto a los indicios de comisión de un delito y de la participación del sospechoso en él, como en relación a su necesidad en el caso. Al tiempo se exige que la restricción sea proporcional al fin perseguido, y que se contraiga a hechos concretos suficientemente identificados.

4. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, uno de los elementos imprescindibles para justificar las escuchas telefónicas es la existencia de indicios objetivos de la existencia del delito y de la participación del sospechoso.

El artículo 579 de la LECrim, que, a la fecha de los hechos, contenía, aunque escueta e insatisfactoriamente, la necesaria habilitación legal, se refiere, en lo que aquí interesa, a las comunicaciones telefónicas del procesado o de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal. En la precisión de lo que deba entenderse por indicio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta Sala han señalado que la sospecha acerca de la comisión del delito o de la participación del sospechoso no puede ser considerada un indicio, por más contundente que sea su expresión, ni tampoco, consecuentemente, puede serlo la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad. Por el contrario, lo que se exige son datos o elementos, que, desde una perspectiva objetiva justifiquen la sospecha. Es decir, que para cualquiera sean indicativos de la comisión de un delito.

Y ha exigido que se trate de datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal.

En consecuencia, no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y, en consecuencia, de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada. En este sentido en la STC nº 197/2009, se decía que "... 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...".

En definitiva, en el derecho español, el juez, en el cumplimiento de su función de protección del derecho fundamental, no puede operar exclusivamente sobre el valor que otorgue o la confianza que le proporcione la sospecha policial en sí misma considerada, sino sobre el significado razonable de los datos objetivos que se le aportan, valorados como indicios, obtenidos por la policía en el intento inicial de verificación de la consistencia de sus sospechas. Ello no supone que haya de prescindirse absolutamente de la experiencia policial, ni tampoco que sea necesario proceder en ese momento a comprobar la realidad de lo afirmado por la policía, pero sí implica que, necesariamente, haya de ser sometida en cada caso a la crítica racional por parte del Juez, en relación con los datos objetivos disponibles.

Por otro lado, para valorar la consistencia de los indicios no puede tenerse en cuenta como un dato relevante el éxito obtenido en la investigación, pues tal valoración ha de referirse al momento en el que se adopta la resolución judicial. Por razones obvias, el derecho al secreto de las comunicaciones desaparecería en la práctica si solamente se anulaban las intervenciones que no han dado resultado.

SEGUNDO.- 1. En el caso, la policía, en oficio de 25 de setiembre de 2006 solicitó la intervención de los teléfonos de varias personas que consideraba relacionadas con un grupo familiar que, según se señalaba, venía dedicándose al tráfico de drogas, realizando, además, acciones violentas contra otras personas para permanecer en la posición que le permitía desarrollar aquella primera actividad. No se solicitó entonces la intervención del teléfono de ninguno de los miembros de aquel grupo, a los cuales se identificaba en el oficio, sino de terceros que se decía relacionados con ellos. Mediante Auto de la misma fecha, se acordó la intervención de los teléfonos que había solicitado la Policía. De ellos, solo aportó datos de interés la escucha referida el teléfono del sospechoso Ángel. Datos que se referían a su posible actividad en la venta de drogas y a la posible intervención en operaciones de tráfico de drogas de varias personas, entre ellas Jose Pedro, (a) Cachas, miembro del grupo familiar antes aludido. Esta información permitió considerar involucrado



al referido Jose Pedro en el tráfico de drogas, justificando así, de un lado, la intervención y escucha de sus comunicaciones telefónicas, y de otro, orientar la investigación a su situación patrimonial, al objeto de investigar una posible actividad de blanqueo de capitales. Hasta ese momento en que Jose Pedro apareció en las conversaciones intervenidas a Ángel, no consta que se dispusiera de datos que permitieran justificar una intervención de sus comunicaciones.

La Audiencia consideró en la sentencia impugnada que la intervención no estaba justificada por falta de datos que permitieran considerar la existencia de una sospecha fundada, y que, consiguientemente, se había vulnerado el derecho de Ángel al secreto de sus comunicaciones telefónicas. Lo cual suponía que, igualmente, se había vulnerado el derecho de Jose Pedro al secreto de sus comunicaciones.

En el oficio policial, además de consideraciones generales sobre sus funciones y sobre la sospecha de la existencia del grupo familiar dedicado al tráfico de drogas, se mencionan los elementos disponibles respecto de cada una de las personas cuyas comunicaciones se pretende intervenir, que permiten, a juicio policial, considerar fundada la sospecha de que están involucradas en el tráfico de drogas.

2. Respecto del mencionado Ángel, solamente se contienen en el oficio dos afirmaciones y un dato objetivo. En cuanto a las primeras, se dice que se ha apreciado una relación de amistad y delincencial con Jose Pedro, miembro del grupo familiar; y que se valen de Ángel para sus operaciones de tráfico de drogas. Sin embargo, ni en uno ni en otro caso se precisa cuáles son los datos objetivos que autorizan a realizar esas afirmaciones. Se desconoce cuáles son los elementos en que se apoyan los agentes policiales para afirmar que entre Jose Pedro e Ángel existe una relación de amistad. De otro lado, esa supuesta relación de amistad, sin algún otro añadido, no indicaría de ninguna forma la posible participación en una actividad criminal que pudiera justificar la restricción de un derecho fundamental.

Igualmente se desconoce en qué se basan los firmantes del oficio para afirmar que existe una relación delincencial entre ambos, pues no se menciona ningún delito conocido en el que hayan intervenido; ni tampoco ningún otro dato del que obtener aquella conclusión.

Se trata, por lo tanto, de afirmaciones policiales respecto de las que el Juez de instrucción carece de datos que le permitan valorar su consistencia a los efectos de decidir sobre la restricción del derecho fundamental. Irrelevantes, por lo tanto, en relación con la finalidad pretendida.

Además, en el oficio se menciona un dato objetivo. Se dice que en el año 2001 el citado Ángel denunció haber sido tiroteado, lo cual, tras la inicial investigación, se consideró que no respondía a la realidad. No se aprecia en qué medida esa denuncia, policialmente considera falsa, puede ser indicativa de la participación del sospechoso, de una u otra forma, en la actividad de tráfico de drogas que se sospecha que ejecutan en el año 2006 el grupo familiar al que pertenece Jose Pedro.

También se menciona un tiroteo, esta vez real, pero en relación con el mismo no se menciona en modo alguno al sospechoso Ángel.

El Ministerio Fiscal argumenta que ha de hacerse una valoración del conjunto de los datos contenidos en el oficio policial. Sin embargo, siendo ello correcto, de ese examen conjunto no resulta tampoco que los elementos valorables respecto de los demás sospechosos puedan trasladarse de alguna forma a la valoración de las sospechas sobre Ángel. No aparece ningún nexo de contacto entre unos y otros sospechosos que lo permita de una forma razonable.

En la resolución judicial que autoriza las intervenciones no se menciona expresamente a Ángel ni se valora ningún dato sobre el mismo que justifique la intervención de sus comunicaciones.

Así pues, no se trata de una deficiente expresión de los indicios disponibles contra una persona, sino de la palmaria inexistencia de los mismos.

Ha de concluirse, por lo tanto, que la intervención de las comunicaciones telefónicas de Ángel se acordó sin que existieran indicios suficientes para justificar la restricción del derecho fundamental, que resultó así indebidamente vulnerado.

TERCERO.- 1. La anterior afirmación conduce al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.* Es decir, tales pruebas no podrán ser valoradas.

En la STC núm. 22/2003, de 10 febrero, decía el Tribunal Constitucional que " Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable



confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre , F. 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, F. 2 ; 69/2001, de 17 de marzo, F. 26 ; 28/2002, de 11 de febrero , F. 4).

La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, F. 4, es que "tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)".

Por otro lado, en la STS nº 44/2013, advertíamos que " *La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo, o indirecto, pretende, en primer lugar, otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, en segundo lugar, ejercer un efecto disuasorio de conductas anticonstitucionales en los responsables de la investigación criminal.*

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya doctrina en esta materia nos vincula (art 5 1º LOPJ), ha matizado la aplicación del art 11 LOPJ , en función de la extensión que su propia jurisprudencia iba otorgando a las violaciones constitucionales en materia probatoria y las consecuencias anulatorias que esta extensión podía determinar en caso de aplicación ilimitada del efecto indirecto, desarrollando la doctrina de la conexión de antijuridicidad, en la STC 81/1998, de 2 de abril , dictada por el Pleno.

La conexión de antijuridicidad supone el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce con la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero esta conexión no es meramente causal sino que admite excepciones, que se traducen en la práctica en limitaciones de la prohibición absoluta de valoración de las pruebas indirectamente derivadas de una infracción constitucional. Es decir que para evitar extender hasta el infinito el efecto prohibitivo derivado del artículo 11.1 LOPJ , se admiten excepcionalmente factores de corrección. Este criterio del Tribunal Constitucional coincide, en líneas generales, con las doctrinas vigentes en el Derecho Comparado sobre esta materia".

Y se continuaba diciendo que " *la prohibición de valoración referida a las pruebas obtenidas indirectamente mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas tiene que constituir la regla general, que solo cabe exceptuar, conforme a la citada doctrina constitucional, cuando concurra un supuesto específico de desconexión, que debe constatarse en cada caso, identificando con claridad el supuesto aplicado y especificando las razones que justifican su utilización".*

Para determinar si existe o no la conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis, que va más allá de la mera relación causal natural entre la prueba ilícita y la obtenida a través de la misma: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado y al resultado inmediato de la infracción, es decir, al conocimiento adquirido con la infracción; y una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige. Teniendo en cuenta que ambas son complementarias.

Como sostenía el Tribunal Constitucional en su sentencia 259/05, de 24 de octubre, la conexión de antijuridicidad desaparece cuando la prueba refleja resulte ajena a la vulneración del derecho y las necesidades esenciales de tutela del derecho no impongan la prohibición de valorarla.

La doctrina jurisprudencial ha reconocido distintos casos (descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, hallazgo casual, entre otros) que permiten considerar desaparecida o, al menos, extremadamente debilitada, la conexión de antijuridicidad, pero deben ser identificados y analizados en cada caso, partiendo de que se trata de excepciones que no admiten una aplicación ampliatoria de su propio significado.



4. En el caso, existe una relación intensa y directa entre la vulneración constitucional y las pruebas obtenidas tras la investigación desarrollada contra los acusados absueltos. Pues solo a través de la intervención de las comunicaciones de Ángel fue posible conocer datos objetivos indicativos de la posible implicación de Jose Pedro en operaciones de tráfico de drogas, y a partir de ese momento, dirigir la investigación contra el mismo, organizando y realizando vigilancias y seguimientos, interviniendo su teléfono y conociendo así las relaciones con otros implicados en los hechos, continuándose luego sobre la base de nuevos datos conocidos en las nuevas intervenciones.

Es posible así la identificación de acciones que, de un lado refuerzan aquella sospecha inicial y, de otro, justifican la investigación patrimonial, al suponer, indiciariamente pero con suficiente fundamento, que los bienes que posee proceden del tráfico de drogas. En este sentido y respecto de este último delito, es significativo que en el oficio policial de 17 de noviembre de 2006 se argumente, en relación al posible delito de blanqueo, que la conclusión se obtiene a tenor de lo observado en las vigilancias y de la información obtenida de la observación de los teléfonos móviles intervenidos, mencionando expresamente el conocimiento obtenido sobre un viaje a Senegal para dedicarse a la pesca deportiva. Así pues, todos los datos que directa o indirectamente conducen a investigar a Jose Pedro, proceden de las conversaciones intervenidas a Ángel.

Argumenta el Ministerio Fiscal que la única información de interés obtenida con la intervención del teléfono de Ángel fue la relativa al número de teléfono de Jose Pedro, que la policía podía haber obtenido por otro medio. Sin embargo, no solo se obtuvo el número de teléfono del anterior, sino los datos que justificaban la intervención de sus comunicaciones, punto de partida de la investigación que condujo a los hechos finalmente imputados. El conocimiento del número de teléfono que utilizaba Jose Pedro no habría permitido la intervención de sus comunicaciones, si esa información no venía acompañada de otros datos que constituyeran indicios reales de su participación en actividades de tráfico de drogas, lo cual solo se consiguió a través de las escuchas.

No se trata, pues, de la obtención de un dato neutro de escasa significación, sino del único dato que ha permitido la investigación posterior sobre una persona distinta de aquella que inicialmente estaba siendo investigada mediante la escucha de sus comunicaciones telefónicas. El resultado inmediato de la vulneración del derecho fue, precisamente, la posibilidad de investigar justificadamente a un tercero, obteniendo pruebas contra el mismo, en relación con los delitos que fueron posteriormente imputados a cada uno de los acusados.

Se argumenta también en el motivo que el número de teléfono habría sido descubierto por otros medios, haciendo así referencia a la doctrina del descubrimiento inevitable. Sin embargo, de un lado, no consta que hubiera sido así. Y de otro, como ya se acaba de decir, ese dato no habría permitido por sí mismo la intervención de las comunicaciones de Jose Pedro.

Por todo ello, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y la obtención de datos significativos contra un tercero, que permitieron iniciar y desarrollar la investigación mediante la que se obtuvieron las pruebas que sustentaron la acusación, no pueden desligarse, ni desde la causalidad natural ni tampoco jurídicamente, de manera que todas las pruebas obtenidas con la investigación iniciada con los datos obtenidos de la intervención de las comunicaciones telefónicas de Ángel está afectada por la prohibición de valoración contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ.

Por todo ello, el motivo se desestima.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por **el Ministerio Fiscal**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 9ª, de fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciocho, seguida por delito contra la salud pública y otros.

2º. Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco



Vicente Magro Servet Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ