



Roj: **SAP V 2866/2014 - ECLI: ES:APV:2014:2866**

Id Cendoj: **46250370042014100399**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **4**

Fecha: **29/07/2014**

Nº de Recurso: **45/2014**

Nº de Resolución: **611/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE MANUEL MEGIA CARMONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2866/2014,**
STS 3068/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

VALENCIA

ROLLO 45/14.

JUZGADO. INSTRUCCIÓN N° 20 de VALENCIA.

P.A.L.O. 163/11.

FISCAL ILMO. SR. D. GERARDO GAYETE

SENTENCIA NÚM 611/14

ILTMOS. SEÑORES:

D. PEDRO CASTELLANO RAUSELL

D. JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA

D^a. ESTHER ROJO BELTRÁN

En la ciudad de Valencia, a 29 de Julio de 2014.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Señores del margen, ha visto en juicio oral y público la causa instruida con el número P.A.L.O. 163/11 por el Juzgado de Instrucción número 20 de Valencia por delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA Y TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS contra Constantino , con DNI NUM006 , hijo de Casiano y Cecilia , nacido en Cádiz, el día NUM007 de 1980, y vecino de Valencia, con domicilio en CALLE002 num NUM008 - NUM009 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa. Representado por la Procuradora D^a Dolores Mota y defendido por el Letrado D. Manuel Quijano; contra Gaspar , con DNI NUM010 , nacido el día NUM011 de 1976, hijo de Joaquín y de Olga , vecino de Bétera (Valencia), con domicilio en CALLE003 , NUM012 - NUM012 , con antecedentes penales no computables, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Emilio Sanz y defendido por el Letrado D. José Antonio Prieto; contra Evaristo , con DNI NUM013 , hijo de Carlos José y Blanca , nacido en Valencia, el día NUM014 de 1980, y vecino de Valencia, con domicilio en CALLE004 num. NUM015 - NUM016 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, habiendo estado en prisión los días 18 y 19 de septiembre de 2005 siendo puesto en libertad en libertad previo pago de una fianza de 10.000 €, representado por la Procuradora D^a Isabel Orts y defendido por el Letrado D. Carlos Rodríguez; contra Laureano , con DNI NUM017 , hijo de Claudio y Mercedes , nacido en Valencia, el día NUM018 de



1970, vecino de Valencia, con domicilio en CALLE005 num. NUM019 - NUM020 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa habiendo estado en prisión entre los días 18 y 20 de septiembre de 2005, tras el pago de una fianza de 5.000 €, representado por el Procurador D. Rafael Alario Mont y defendido por el Letrado D. Francisco Sans García contra Alvaro , con DNI NUM021 , hijo de Lorenzo y de Aurelia , nacido en León, el día NUM022 de 1977, y vecino de Sagunto, con domicilio en CALLE006 num. NUM023 . NUM024 sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa habiendo permanecido en prisión entre los días 17 de septiembre a 7 de octubre de 2005, previo pago de una fianza de 10.000 €, representado por la Procuradora D^a Laura Oliver y defendido por el Letrado D. Andrés Zapata; contra Diego con DNI NUM025 , hijo de Joaquín y de Ramona nacido en Valencia, el día NUM026 de 1975, y vecino de Valencia, con domicilio en PLAZA000 num. NUM027 - NUM012 , con antecedentes penales no computables, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Ignacio Montes y defendido por el Letrado D. Vicente Boluda; contra Rosana , con DNI NUM028 , hija de Ceferino y de Claudia , nacida en Valencia, el día NUM029 de 1980, y vecina de Valdemoro (Madrid), con domicilio en CALLE007 NUM018 NUM030 NUM031 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa habiendo estado en prisión entre los días 17 y 28 de septiembre de 2005, previo pago de una fianza de 4.000 €, representada por la Procuradora D^a Laura Oliver y defendida por el Letrado D. Andrés Zapata; contra Leonardo , con DNI NUM032 , hijo de Casiano y de Graciela , nacido en Valencia, el día NUM033 de 1974, y vecino de Valencia, con domicilio en CALLE008 num. NUM034 pta. NUM023 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora D^a Mercedes Peris y defendido por el Letrado D. Pablo Cosin; contra Teodosio , con DNI NUM035 , hijo de Basilio y de Carla , nacido en Valencia, el día NUM036 de 1977 y vecino de Valencia, con domicilio en AVENIDA000 num. NUM037 - NUM009 - NUM038 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora D^a Angeles Gómez y defendido por el Letrado D. Carlos Rodríguez; contra Arsenio , con DNI NUM039 , y sin antecedentes penales, hijo de Nazario y de Piedad , nacido en Tarrasa (Barcelona), el día NUM040 de 1982, y vecino de Torrent (Valencia), con domicilio en CALLE009 num. NUM020 NUM030 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa habiendo estado en prisión entre los días 17 de septiembre de 11 de octubre de 2005, previo pago de una fianza de 12.000 €, representado por el Procurador D. Moisés Toca y defendido por el Letrado D. Manuel Quijano; contra Evelio , con DNI NUM041 , hijo de Juan Manuel y de Cecilia , nacido en Quart de Poblet, el día NUM042 de 1973, y vecino de Valencia con domicilio en CALLE010 num. NUM033 - NUM043 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Jorge Nuñez y defendido por el Letrado D. Salvador Lucas; contra Melchor , con DNI NUM044 , hijo de Casiano y de Julia , nacido en Valencia, el día NUM045 de 1974, y vecino de Silla, con domicilio en CALLE011 num. NUM019 - NUM046 - NUM009 , con antecedentes apéllales no computables, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado los días 17 y 19 de septiembre de 2005, en que fue puesto en libertad previo pago de una fianza de 3.000 €, representado por el Procurador Sr. Frexes Castrillo y defendido por el Letrado D. Manuel Salazar; contra Amelia , con DNI NUM047 , hija de Obdulio y de Camila , nacido en Valencia, el día NUM048 de 1975, y vecina de Valencia, con domicilio en CALLE005 num. NUM019 - NUM020 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representada por el Procurador D. Rafael Alario y defendida por la Letrada D^a Isabel Ejarque; contra Juan Alberto con DNI NUM049 , y sin antecedentes penales, hijo de Ángel y de Remedios , nacido en Xátiva (Valencia), el día NUM050 de 1981, y vecino de Fuente la Higuera, con domicilio en CALLE012 num. NUM051 - NUM052 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa habiendo permanecido en prisión entre los días 17 de septiembre y 13 de octubre de 2005, en que fue puesto en libertad previo pago de una fianza de 2.000 €, representado por la Procuradora D^a. Luisa Romualdo y defendido por el Letrado D. Manuel Guijano; contra David , con DNI NUM053 , hijo de Ignacio y de Inés , nacido en Valencia, el día NUM054 de 1971, y vecino de Valencia, con domicilio en CALLE013 num. NUM055 - NUM052 - NUM012 , con antecedentes penales no computables, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa habiendo estado en prisión entre los días 18 de septiembre y 26 de octubre de 2005 en que fue puesto en libertad, representado por la Procuradora D^a. Mar Domingo y defendido por la letrada D^a Amparo Martínez; y contra Indalecio con DNI NUM056 , hijo de Juan Pedro y de María Rosario , nacido en Valencia, el día NUM057 de 1975, vecino de Torrent, con domicilio en CALLE014 num. NUM058 - NUM052 - NUM052 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, habiendo estado en prisión entre los días 18 de septiembre y 13 de octubre de 2005 en que fue puesto en libertad, representado por la Procuradora D^a Carmen Calvo y defendido por el Letrado D. Vicente Montañana Ros.



Han sido partes el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Gerardo Gayete y como acusación particular JARIT, S.O.S Racisme del País Valencia, B.L.O.C y Centre de Recursos Just Ramírez, Bloc Nacionalista Valencia, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Esquerra Republicana del País Valencia, Esquerra Unida del País Valencia y Movimiento Contra la Intolerancia, representados por el Procurador D. Vicente Adam Herrero y defendidos por el Letrado D. Jesús López Gil, siendo ponente Ilmo. Sr. Magistrado Don JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA, que expresa las razones del Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sesiones que tuvieron lugar los días 14, 15, 16 y 17 de Julio de 2014, se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa instruida con el número de Procedimiento Abreviado número 18/12 por el Juzgado de instrucción 2 de Sagunto, a la que correspondió el Rollo de Sala número 48/12, practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas.

SEGUNDO.-El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto del proceso, tal como estimó que habían quedado probados, como constitutivos de A) Un delito de asociación ilícita de los Arts. 515 n° 1 y 5 y 517- 1° del C. Penal , B) de otro delito de asociación ilícita de los Arts. 515 n° 1 y 5 , 517-1 ° y 521 del C. Penal , C) de otro delito de asociación ilícita de los Arts, 515 n°1 y 5 y 517- 2° del C.Penal , D) de otro delito de tenencia de armas prohibidas del Art. 563 en relación con un delito de tenencia de armas de fuego reglamentada del Art. 564.1.2° del CP , en aplicación del Art. 8.3 del mismo cuerpo legal . Todo ello en relación a los Arts. 3 y 4.1, apartados a), d) y e) del Reglamento de Armas , E) de otro delito de tenencia de armas prohibidas del Art. 563 del CP en relación con el Art. 4.1, apartados a) y d) del Reglamento de Armas y F) de otro delito de tenencia de armas de fuego reglamentadas del Art. 564.1.2° del CP en relación con el Art. 3 del Reglamento de Armas .

Estimó que del delito del apartado A) eran autores los acusados Constantino , Gaspar , Evaristo , Laureano , Alejo , del delito del apartado B) consideró autores los acusados Alvaro y Diego por su condición de militares.

Del delito del apartado C) estimó que eran autores el resto de los acusados Rosana , Leonardo , Teodosio , Arsenio , Evelio , Melchor , Amelia , Juan Alberto , David y Indalecio .

Consideró el Ministerio Fiscal que el acusado Evaristo era autor del delito del apartado D), que el acusado Diego era autor del delito del apartado E) y el acusado Melchor lo era del delito del apartado F), no concurriendo, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los acusados.

Solicitó la imposición a los acusados de las siguientes penas:

- A los acusados Constantino , Gaspar , Evaristo , Laureano , Alejo unas penas, a cada uno de ellos, de prisión de tres años, multa de 20 meses con cuota diaria de 10 € con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53.1 del CP e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 10 años y de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito del apartado A).

- A los acusados Alvaro y Diego unas penas a, cada uno de ellos, de prisión de tres años, multa de 20 meses con cuota diaria de 10 € con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53.1 del CP e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años, por el delito del apartado B).

- A los acusados Rosana , Leonardo , Teodosio , Arsenio , Evelio , Melchor , Amelia , Juan Alberto , David y Indalecio , unas penas, a cada uno de ellos, de prisión de dos años (y accesoria de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena) y multa de 18 meses con cuota diaria de 10 € con la responsabilidad personal subsidiaria establecida en el Art. 53.1 del C.Penal , por el delito del apartado C)

- Al acusado Evaristo una pena de prisión de tres años y accesoria de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito del apartado D).

- Al acusado Diego una pena de prisión de tres años y accesoria de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito del apartado E).

- Al acusado Melchor una pena de prisión de 18 meses y accesoria de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito del apartado F).

Solicitó así mismo la condena en costas y que se acordase el comiso de todos los efectos y armas incautados.

TERCERO.- La acusación popular, en el mismo trámite, calificó los hechos tal como entendió que habían quedado probados coincidiendo con la calificación del Ministerio Fiscal, sin que el intento de cambiar la calificación que efectuó en el informe sea procesal ni materialmente admisible.



CUARTO.- Las defensas de los acusados en sus conclusiones definitivas solicitaron, reiterando la petición que al inicio del juicio por la vía de infracciones constitucionales habían denunciado, la absolución de sus defendidos negando la existencia de prueba de cargo en base a la nulidad de la decisión judicial de acordar la intervención telefónica iniciadora de la causa, que se reputa nula y contraria a los derechos de los encausados, así como de todas las demás diligencias de instrucción que de ella traen causa, incluidas las entradas y registros en el domicilio de algunos de los domicilios y empresas de los encausados, solicitando las defensas, tanto las que lo contenían ya en sus escritos de calificación como ordinaria como las que no, de manera alternativa y para supuestos de condenas, la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6º del C.Penal, como muy cualificada.

II.-HECHOS PROBADOS

Desde al menos finales del año 2003 la Guardia Civil venía recopilando información acerca de un grupo de personas que podían formar parte de una organización denominada "Frente Antisistema" (FAS) que se reunían en un local sito en el nº 69 de la Avenida tres Cruces denominado "Centro Cultural Thule", de ideología neonazi dedicada, al parecer, a realizar proselitismo y adoctrinamiento de la ideología nacional socialista difundiendo informaciones que justifican el uso de la violencia contra determinados grupos de población por razón de sus creencias y origen racial (moros, homosexuales, inmigrantes...), a la vez justificaban las medidas que adoptó el gobierno alemán dirigido por Adolf Hitler contra el pueblo judío negando numerosas evidencias demostradas ante los Tribunales de Justicia Internacionales después de la II Guerra Mundial.

En base a esas informaciones se interesó por la Guardia civil del Juzgado de Instrucción nº 1 de Carlet, en oficio de 11 de marzo de 2005 la intervención de las comunicaciones telefónicas de los teléfonos de Gaspar, Laureano, Amelia, Melchor y Juan Alberto, lo que fue acordado por Auto del mismo día 11 de marzo de 2005, desacordándose como consecuencia de ello, posteriores prórrogas y dictándose otras resoluciones acordando la intervención de mas números telefónicos.

Como consecuencias de esas intervenciones telefónicas acordadas, por la Guardia Civil se interesó del Juzgado de Instrucción la practica de ciertos registros, lo que fue acordado por Auto del día 14 de septiembre de 2005, llevándose a cabo diligencias de entrada y registro judicialmente acordadas en los domicilios de los acusados Gaspar en c/ DIRECCION000 NUM024 - NUM007 de Valencia, en el domicilio de los acusado Alvaro y su compañera Rosana en la c/ CALLE006 nº NUM023 - NUM059 de Sagunto, en los domicilios del acusado Diego en PLAZA000 NUM027 - NUM046 NUM012 de Valencia y URBANIZACIÓN000 AVENIDA001 NUM060 de Puzol, en el domicilio de Alejo sito en la c/ DIRECCION001 nº NUM011 de la URBANIZACIÓN001, en el domicilio del acusado Leonardo sito en la c/ DIRECCION002 NUM009 - NUM046 - NUM061 de La Pobla de Farnals, en el domicilio del acusado Arsenio en la c/ CALLE009 NUM020 - NUM052 I de la localidad de Torrente, en el domicilio del acusado Evaristo en la c/ CALLE004 nº NUM015 - NUM016 de Valencia, en el domicilio del acusado Melchor sito en c/ CALLE011 nº NUM019 - NUM062 - NUM052 de Silla, en el domicilio de Laureano y Amelia sito en c/ DIRECCION003 nº NUM043 escalera NUM063 - NUM024 de la localidad de Silla y en el domicilio de la empresa de ambos denominada DIGITEX sita en la c/ Vicente Aleixandre nº 9 bajo de la misma localidad, en el domicilio del acusado Juan Alberto en el CALLE012 nº NUM051 de la localidad de Fuente La Higuera, en el domicilio del acusado David sito en la el CALLE013 nº NUM064 - NUM012 de Valencia, en el domicilio del acusado Indalecio sito en la c/ DIRECCION004 nº NUM065 - NUM066 de Burjassot y en el "Centro Cultural Thule" sito, en la calle Tres Cruces nº 69 bajo de Valencia.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cumple, con carácter previo y tal como se decidió por la Presidencia del Tribunal al inicio de la vista oral, dar respuesta a las impugnaciones que efectuaron todas las defensas, por la vía del artículo 786,2º de la L.E.Crim, en orden a la pureza constitucional de la decisión judicial de autorizar las intervenciones telefónicas, que a su vez determinaron las entradas y registros que reputan radicalmente nula y contraria a las garantías constitucionales y que, como queda mas arriba dicho, se dilataron en su respuesta y decisión a este momento de la sentencia.

Si se dio respuesta; por la vía del citado artículo de la L.E.Crim, que ordena resolver en el acto, a la impugnación de la validez de los registros por la vía de la no presencia de Letrado que asistiera a los encausados presentes en ellos y que fueron detenidos antes de los registros o durante ellos.

Dijimos "in voce" que no es precisa en modo alguno la presencia de Letrado en ese trance y por ello no serian inválidos los registros.



Baste en apoyo de esta decisión una cita: la STS de 10 de Marzo de este mismo 2014 que establece que "Esta Sala ha dictado una doctrina muy clara sobre los supuestos de nulidad de las diligencias de entrada y registro en supuestos en que el afectado por el registro se encuentre detenido. En primer lugar concurre una causa de nulidad en el supuesto de que la diligencia de entrada y registro se practique sin la presencia del interesado, encontrándose este detenido y por tanto a disposición policial. En segundo lugar concurre otra causa de nulidad si la diligencia se practica sin autorización judicial, legitimada únicamente por la autorización del interesado detenido, y dicha autorización no se ha prestado con asistencia de letrado, Pero no concurre causa de nulidad si la diligencia se practica con autorización judicial, siempre que esté presente el interesado, aun cuando no asista a la misma el letrado del detenido.

La presencia del interesado en el registro es una exigencia del principio de contradicción, que solo puede excluirse cuando no resulte posible hacer efectiva su asistencia. Dado que estando el interesado detenido, y por tanto a disposición policial, no concurre razón alguna que, en principio, imposibilite su asistencia, esta Sala considera que en estos casos la diligencia es nula por no haberse garantizado en su práctica la efectiva contradicción (STS 1241/2000, de 6 de julio).

Cuando el registro se realice exclusivamente con el consentimiento del interesado detenido, sin autorización judicial, dicho consentimiento tiene que haberse prestado con asistencia del Letrado por exigencia del derecho de defensa: "El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten ja injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad del domicilio y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza" (STS 2 de diciembre de 1998), y ello por cuanto "Si la asistencia de letrado es necesaria para que éste preste declaración estando detenido, también le es necesaria para asesorarle si se encuentra en la misma situación para la prestación de dicho consentimiento, justificándose esta doctrina en que no puede considerarse plenamente libre el consentimiento así prestado en atención a lo que se ha venido denominándose "la intimidación ambiental" o "la reacción que la presencia de los agentes de la autoridad representan" (STS 831/2000 de 16 de mayo).

Pero, como recuerda la reciente STS 432/2012, de 1 de junio citando a su vez la STS 1047/2007, de 17 de diciembre , son innumerables las resoluciones de esta Sala que afirman la innecesariedad de que la diligencia procesal de entrada y registro judicialmente autorizada se lleve a cabo con asistencia de Letrado, a tenor de lo dispuesto en el Art. 520 L.E.Crim , que únicamente exige esta asistencia letrada del detenido para las diligencias de identificación y de declaración, no para los registros domiciliarios.

La reciente STS 1078 /2011, de 24 de octubre reitera- que la presencia del Letrado del detenido en el registro no es exigible por no existir obligación legal para tal presencia, citando como precedente las SSTS 697/2003 y 1134/2009 .

La STS de 17 de abril de 2.002 razona que la presencia de un Letrado en la entrada y registro no es una exigencia derivada de la Ley Procesal Penal, que no regula ese derecho pues no hay norma alguna que establezca esta asistencia en los registros domiciliarios (SSTS. 1133/2001, 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005), ni es una exigencia constitucional en la medida que los derechos fundamentales en juego aparecen protegidos con la disciplina de garantía que para la diligencia previene la Ley Procesal Penal. El Art. 520 L.E.Crim que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimiento de identidad y declaraciones de aquél, pero sin referencia alguna a la entrada y registro.

La justificación última de esta doctrina jurisprudencial se encuentra en la urgencia de la medida, dado que la eficacia de una entrada y registro descansa en que el sujeto de la misma la ignore hasta el mismo momento de su práctica, y por ello el Art. 566 L.E.Crim previene la notificación del auto al interesado en dicho momento.

La urgencia puede impedir la designación y comparecencia del letrado con tiempo suficiente para asistir a la diligencia, debiéndose evitar la posible desaparición dalias, pruebas, vestigios y efectos del delito por parte de personas afines al detenido, que es factible que se produzca desde que conozcan su detención. Por ello se estima que la autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el carácter judicial de la diligencia y la presencia del secretario judicial tutelan la legalidad de su práctica y garantizan la fiabilidad del contenido del acta y la presencia del interesado asegura la contradicción, sin que resulte imprescindible la presencia letrada en la diligencia para garantizar los derechos fundamentales del detenido, y concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías.

Esta doctrina jurisprudencial se reitera, entre otras, en las SSTS 1116/98 de 30 de septiembre , 697/2003, de 16 de mayo , 1134/09, de 17 de noviembre , 590/2010, de 2 de junio , 953/2010, de 27 de octubre y STS 1078/2011, de 24 de octubre .



De todo ello se extrae que los registros serían válidos y podrían ser valorados si las intervenciones fuesen válidas, pues si no fuese así y dado que tienen causa en las mismas, toda vez que no hay otra fuente que lleve a ellas si no es la fluida de las intervenciones, estarían tacados del mismo defecto que la fuente originaria y por ello, basta citar la conocida teoría de los frutos del árbol envenenado, a la que luego al final nos referiremos, que por conocida no necesita aquí mayor apoyo en citas jurisprudenciales, y serían radicalmente nulos y no podrían ser valorados como material probatorio ni nada de lo que de ellos hubiese sido extraído.

SEGUNDO.- No escapa a nadie, dado lo profundo y agotador, por no dejar enfoque a ángulo de la cuestión por tratar, del debate suscitado por acusaciones y defensas, que el nudo de esta causa radica en las intervenciones telefónicas interesadas por la Guardia Civil en oficio de 11 de Marzo de 2005, que obra al folio dos de la causa, y el Auto que las acuerda, del mismo día 11 de marzo de 2005, dictado por el Juzgado de Instrucción número 1 de Carlet y que obra al folio 25 de la causa.

En el oficio, de fecha 11 de Marzo de 2005 y obra al folio 2 de las actuaciones, como es de ver se dice que la Comandancia de la Guardia Civil de Valencia, Unidad Orgánica de Policía Judicial, viene realizando investigaciones dirigidas al seguimiento y a la obtención de información de grupos y colectivos de carácter neonazi en España y a finales de 2003 se pudo observar la presencia de la presencia en Internet de diferentes paginas web utilizadas por organizaciones españolas para difundir la ideología nacionalsocialista y fomentar la captación de nuevos miembros.

Y cita el oficio dos paginas www.portal-ns.com/streetdefense y www.portal-ns.com/prodef <<http://www.portal-ns.com/prodef>> en las que se podía observar propaganda nacionalsocialista así como la posibilidad de obtener armas prohibidas como puños americanos, porras eléctricas, navajas automáticas, navajas de mariposa, sprays de defensa personal y grilletes, que estaban asentadas en el mismo servidor, PORTAL-NS, apareciendo en ambas paginas catálogos de las armas prohibidas mencionadas y sus precios, así como dos correos electrónicos para realizar pedidos.

Pero se indica que si se inatenta acceder a esas paginas, a la fecha del oficio, Prodef no se encuentra ubicada en el dicho servidor y Streetdefense deniega el acceso.

Se continua diciendo que como quiera que las referidas armas prohibidas son utilizadas por skinheads nacionalsocialistas para llevar a cabo sus agresiones contra colectivos que consideran repudiables, homosexuales, prostitutas drogadictos, miembros de extrema izquierda y movimiento alternativo, llevo a la Unidad a realizar las investigaciones oportunas para determinar y localizar a los responsables de estas paginas y del negocio oculto que pudiera haber detrás de ellas y tener localizados a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista.

Y se añade que no se descarta que dadas las características de estos grupos detrás de ellos existiera una venta clandestina de armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas..... sobre lo cual han aparecido indicios suficientes para tomarlo en consideración.-

Y se dice que de las diferentes informaciones obtenidas a través de confidentes, controles operativos y datos objetivos sobre individuos relacionados con el entorno neonazi español se han obtenido las siguientes conclusiones:

-Que los posibles responsables de las paginas son Gaspar , Laureano y Amelia , y ello por cuanto a través de confidentes se ha identificado al responsable de la pagina www.lacensura.com, que es de tintes pronazis, en la cual se alojaba un enlace de las paginas Streetdefense y Prodef, que resultó ser el citado Laureano .

Y que por controles operativos se había constatado la relación entre estas tres personas, las dos últimas mantienen una relación sentimental, siendo la causa de la relación, al parecer, la supuesta entrega de los pedidos solicitados mediante los susodichos correos electrónicos, para lo cual utilizan el apartado de correos NUM067 de la sucursal 8 de Valencia sita en la Avenida del Cid.

-Que diversas informaciones coincidentes facilitadas por diferentes confidentes apuntan a que Laureano en connivencia con otros, posee numerosas armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas, armas de guerra, etc.....

Según los confidentes, esta persona estaría distribuyendo las armas de fuego en el mercado ilícito y dentro de ambientes neonazi, especialmente bolígrafos pistola. Y que para ello ha organizado una cadena de distribución en la que contaría, con Melchor y Juan Alberto .

-Que informaciones aparecidas en Internet, en el foro de opinión <http://www.carteleralibertaria>, en el que exponen sus artículos personas relacionadas con la extrema izquierda valenciana, y más concretamente con el movimiento antisistema acusan a Laureano de estar relacionado con la venta de armas de fuego.



-Que tanto a Laureano y a Amelia no les conoce actividad laboral alguna, lo que hace sospechar que su medio de sustentación económica pudiera provenir de las actividades presuntamente ilícitas que se investigan.

-Que Laureano tiene dos antecedentes policiales: una del año 1991 por tenencia ilícita de armas, municiones y explosivos y otra de 1990 por injurias resistencia, desobediencia y amenazas.

Por todo ello y para esclarecer las posibles actividades ilícitas se acaba solicitando la intervención de los teléfonos de Gaspar , Laureano , Amelia , Melchor y Juan Alberto .

TERCERO.- Se impone, por ello, que se entre a estudiar por este Tribunal cual es el estado de la jurisprudencia acerca de esta ingerencia en los derechos constitucionales de los encausados.

Sobre la cuestión que nos ocupa este Tribunal, siguiendo las sentencias en la materia del T. Supremo y el T. Constitucional, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente desde el Auto del T. Supremo de 18 de Junio de 1992 , dictado en la Causa Especial núm. 610/90, conocida como el "Caso Naseiro", que sentó las bases de toda la jurisprudencia posterior en relación a las solicitudes y autorizaciones de entradas y registros.

Se puede leer en el Fundamento de Derecho Segundo del dicho Auto que "Hay que tener en cuenta a este respecto y en este orden de cosas, que en las situaciones que ahora se contemplan está en juego uno de los derechos constitucionales más importantes, como ya se dijo: el derecho a la intimidad en uno de sus componentes más interesantes. Por ello, esta resolución ha de ser extensa y, a veces, hasta repetitiva para dejar expresa constancia de todos los problemas que las partes han sometido a la consideración de la Sala y de las reflexiones técnico-jurídicas y soluciones que ésta toma. Los derechos fundamentales, y el derecho a la intimidad lo es) son derechos de mayor valor (STC 66/85). La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos.

Sien él se introducen quiebras sin la suficiente justificación, puede romperse el equilibrio y la cimentación en el que se sustenta el edificio social en cuanto sostenedor, a su vez del Ordenamiento, que nace y vive para defenderá la persona.

El tema tiene una especial trascendencia y por ello ha de serle prestada una muy cuidadosa atención. Esta Sala se ha ocupado del tema en algunas ocasiones, así la sentencia de 5 de febrero de 1988 , en la de 21 de febrero de 1991 con cita de las de 5 de febrero acabada de indicar, 17 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1990 y en la de 16 de enero de 1992 . A ellas íntegramente nos remitimos. El Tribunal constitucional en sentencia de 27 de junio de 1988 afirmó que no cabe duda de que las cintas magnetofónicas constituyen medios de prueba documental, siendo problema distinto el de si en cada caso concreto constituyen o no actividad probatoria de cargo (ver también sentencia de Tribunal Constitucional 114/84, de 29 de noviembre).

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dio nueva redacción al artículo 579 de la misma, En el apartado 2 se establece que: "Asimismo el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa", y en el apartado 3 se dice: "De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos". Como se ve, el legislador no establece limitaciones en razón a la naturaleza de los posibles delitos o a las penas asociadas. Ello obliga a una mayor reflexión aunque no es por este camino tan específico por el que se pueden hacer objeciones a las decisiones judiciales objeto de nuestra resolución, atendida la gravedad de unos y otros hechos; en cambio, si, en orden de la no existencia de indicios en el sentido al que enseguida se hará referencia, de apreciación judicial del soporte, más allá de la pura sospecha judicial, de los hechos delictivos.

La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve, con autoridad y argumentos muy poderosos, por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la Constitución Española habla entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , señalándose igualmente graves defectos en el contenido. Cualquiera que sea la interpretación que haya de darse a las diferencias existentes entre los números 2 y 3 anteriormente transcritos -en orden al procedimiento en que se acuerda, con auto de procesamiento o sin él (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) por razón del momento procesal en que la medida se adopta o por sus propios contenidos, en relación a las palabras "intervención" y "observación" (Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987)-, lo que no ofrece duda es que resulta indispensable que existan indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas



(Sentencias de Tribunal Constitucional 174 y 175 de 17 de diciembre de 1985), es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc.

La palabra indicio utilizada en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (uno de los elementos -clave- para su correcta interpretación) supone existencia de una primera plataforma en la investigación criminal (algo distinto a cuanto significa prueba inducida como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido).

Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra "indicio" del artículo 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica. Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, si no lo hace, si aquellos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión -es causa de la misma-, y no después. Ello quiere decir que sólo el Juez, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios; es el único que puede acordar una intervención telefónica.

No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad, y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él.

Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes, así, por ejemplo, el artículo 586 de la misma, resultando, por tanto, imprescindible que la resolución que acuerde la intervención/observación se motive, se determine su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, periodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad. Sólo los delitos graves pueden tolerar esta ingerencia y únicamente en periodos de tiempo razonables, que el Juez debe valorar y motivar adecuadamente, exigencias que han de extenderse al "fax" y a las demás técnicas de transmisión de análoga significación.

Todo ello dentro de diligencias judiciales aunque, con toda obviedad, deban declararse las actuaciones secretas para evitar su inutilidad.

Si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales (Cfr. Casos Kruslin y Huvig del T.E.D.H. que luego se citarán) con obligada entrega de las cintas originales, y no de copias, al Juez. La intervención/observación ha de venir establecida para un determinado delito o varios y, en la medida en que se descubran otros, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, si procede extender la intervención/observación y lo demás que corresponda en Derecho.

En cambio, la forma que adopten las diligencias no, afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control. No hay, por consiguiente, que ajustarse a un formalismo estéril. La expresión "causa" ha de entenderse en un sentido amplio: lo que importa es su contenido, no su nombre.

Nuestra sabia y centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la entrada y registro en un lugar cerrado, establece, por otra parte, unos principios que, sin duda, tienen vocación generalizados: No se ordenará el registro de libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (artículo 573). Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y se adoptarán topo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos, si no interesan a la instrucción (artículo 552). Uno y otro preceptos, el ya citado de intervención de correspondencia y éste,



no modificados por la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se citan para demostrar la sensibilidad de nuestra vieja Ley que está en sintonía perfecta con la que expresa hoy de manera terminante e inequívoca nuestra Constitución. Las garantías de nuestra vieja Ley procesal penal no pueden verse disminuidas, más de un siglo después, respecto de las mismas instituciones o de otras de análoga significación".

Y sigue diciendo el Auto en el Fundamento de Derecho Tercero que "No caben tampoco, por consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo. Ahora bien, aunque no exista una imputación formal contra persona determinada (Cfr otra vez el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cabe, sin duda, la Interceptación siempre que se cumplan los requisitos que la propia Ley establece, interpretados de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico. Sólo el Juez, como ya se ha dicho, salvo supuestos excepcionales, previstos expresamente por la Constitución o la Ley, puede acordarla y su decisión ha de fundarse en indicios constatados en la causa, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la policía, ampliados o no según lo estime el Juez, y otros, y en todo caso, por él valorados en los términos ya examinados, sin que tampoco pueda ofrecer duda respecto del teléfono, que puede ser el del que corresponda como titular a la persona procesada, o contra la que existan indicios graves de criminalidad, o también en relación con el que, más o menos, habitualmente lo utilice".

Esto, como se dice, que transcribimos por su claridad e interés, constituye el fielato por el que han de pasar todas las solicitudes y Autos acordando las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, y de cualquier tipo, de los ciudadanos en el derecho español.

CUARTO.- El Tribunal Supremo, como dicho queda, se ha pronunciado con reiteración sobre el problema de la autorización de escuchas telefónicas y la intervención de las comunicaciones.

Así en la mas arriba citada de 10 de Marzo de este mismo 2014, en la de 30 de Diciembre de 1995 en las de 10 de Mayo de 2011 caso de la asociación cultural Blood&Honour en la de 28 de Diciembre de 2011, caso Asociación Hammerskin España, a las que tanto se refirieron acusaciones y defensas, en la de 12 de Noviembre de 2013, en la de 19 de Marzo de 2014, que compila los requisitos para la validez de las escuchas y en tantas otras como las referidas en las citadas.

Dice esta última "Bastará con que recordemos la constante exigencia de que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por supuesto judicialmente establecida, requiere la concurrencia de un supuesto ineludible para su legitimidad constitucional: concurrir los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre a) la existencia de un delito; b) que éste sea grave y c) sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados.

Y también es reiterada, la jurisprudencia que excluye la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva.

En la Sentencia nº 592/2013 de 11 de junio, citando la nº 431/2013 de 5 de mayo, decíamos como la doctrina jurisprudencial ha suplido en lo necesaria la persistente laguna de desarrollo legislativo de la limitabilidad de la garantía constitucional invocada al amparo del derecho al secreto de las comunicaciones (SSTS de 22 de Enero del 2013 resolviendo el recurso 227/2012 ; nº 870/2012 de 30 de octubre, citando la precedente Sentencia TS nº 478/2012 de 29 de mayo).

En cuanto a los principios configuradores del canon de constitucionalidad que legitima la intervención también resumíamos la amplia doctrina jurisprudencial en la misma sentencia diciendo;

El principio de proporcionalidad se traduce en la exigencia de presupuestos materiales para resolver adecuadamente la ponderación entre el derecho afectado y el fin procurado.

1º.-En primer lugar han de concurrir los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: a) la existencia de un delito; b) que éste sea grave y c) sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FF. 6 y 7); 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 4); 184/2003 de 23 de octubre (FJ 9), dictadas por el Pleno de este Tribunal)

Sobre este elemento el Tribunal Constitucional ha expuesto reiteradamente, como ratifica la Sentencia 26/2010 de 27 de abril que los indicios constituidos por esos datos objetivos, han de ser algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. No basta que sean tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundados que los datos objetivos en que se apoyan, han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.



Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido (STC 49/1999 de 5 de abril , FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999 de 27 de septiembre, FJ 8 ; 171/1999 de 27 de septiembre FJ 8 ; 299/2000 de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001 de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001 de 18 de junio, FJ 3 ; 202/2001 de 15 de octubre FJ 4 ; 167/2002 de 18 de septiembre, FJ 2 ; 184/2003 de 23 de octubre, FJ 11 ; 261/2005 de 24 de octubre, FJ 2 ; 220/2006 de 3 de julio , FJ 3).

2º.- Ha de concurrir la exigible proporcionalidad de la medida. Es decir la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad;

3º - Reiteradamente se excluye la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva.

El secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FJ 8); 166/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 171/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 2); 184/200 , 259/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 261/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 253/2006 de 11 de septiembre (FJ 2).

A este respecto se reitera que es 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.

QUINTO.- En esta misma Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, ya lo anticipamos, hemos afrontado la cuestión en diversas ocasiones, la más reciente en la sentencia 436/14, de 5 de Junio próximo pasado, en la que constatamos la legalidad constitucional de las escuchas a una banda de traficantes de droga al menudeo de los Poblados Marítimos de Valencia.

Pero, por ilustrativa de la cuestión, cabe citar aquella que nos llevo a dictar la Sentencia número 233/05, de 27 de Julio de 2005 en una causa seguida frente a una organización dedicada a la importación masiva de hachís que concluyó con una condena de todos los encausados como responsables de una introducción por el puerto de Cullera de 3.359,224 kilos, que en el mercado tendría un valor de 828.937.000 de pesetas.

La causa había sido iniciada a raíz de una solicitud de intervención telefónica que fue reputada nula por las acusaciones, al igual que los registros consecuentes a ella.

Esta Sección de la Audiencia estudió la cuestión, y sostuvimos que "El oficio inicial de estas actuaciones, de 25 de Septiembre de 2000, no es magro ni conciso, por más que sea enteco y concentrado. Y contiene todas las explicación para que la decisión judicial no sea, como lo fue en el caso estudiado en la repetida sentencia, (nos referíamos a la STS 1048/04 de 22 Septiembre de 2004) un acto de fe. Véanse los tres folios que ocupa, 1 a 3 de la causa, y léase la exposición de motivos del Jefe del GIFA para pedir la intervención: Que se esta investigando a un grupo de personas que vienen traficando por la zona Cullera, Jaraco y Tavernes, muy posiblemente vecinos de la zona, que en ocasión anterior en la zona se han encontrado 54 fardos de hachís y se han avistado lanzaderas, que se ha visto salir de Cullera embarcaciones sin luces, que en la zona del Club de Buceo, al que desconocidos forzaron la puerta se apreciaban rastros de arrastre de fardos, que tenían conocimiento de otro alijo en un embarcadero próximo al del Club citado, que por esos embarcaderos merodeaba un vehículo Audi D-...-DI , cuyo conductor lo ocultaba entre matas y árboles, que el conductor fue identificado como Juan María , del cual la fuerza actuante conoció sus teléfonos habituales, que solicitó fuesen intervenidos".

Entendimos que la Guardia Civil hizo constar los datos o indicios que pudieran sustentar la petición, a diferencia del tratado en la Sentencia del T.S antes referida, en el que la ni facilitó los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, más allá de unas frases rutinarias que por su lugar común, carecen de todo valor, y que determinaron la nulidad del Auto Autorizante de las intervenciones, por la falta de motivación: se le decía al juez que se esta investigando el trafico de hachís en la zona, que se conocen por que puntos se ha podido entrar anteriormente, que alguno de ellos, de manera repetida es la desembocadura del Júcar, lugar que, como es conocido, tiene una facilidad de acceso por mar y varias carreteras de acceso a los embarcaderos, se dice que por esos lugares se ve un vehículo repetidamente, pues merodear es eso.

Y el Juez de Instrucción entendió que esa explicitación es bastante para violentar un derecho como el del secreto de las comunicaciones y lo hace fundadamente.



Y convinimos que no había nulidad alguna en la solicitud ni en la intervención telefónica y por tanto no hay una nulidad, en cadena de los dos registros, en los que nada debió resultar incriminador para los acusados, pues el Ministerio Fiscal hizo tabla rasa de ellos, ni de las declaraciones de los coacusados.

Por ello no se acordó por esta Sala la nulidad de la Intervención telefónica y de todo lo extraído da ella, pues entendimos que no se había violentado ninguno de los derechos de los acusados.

Pues bien, esta Sentencia fue casada y anulada por el Tribunal Supremo en su sentencia número 812/2006, de 19 de Julio de 2006 , en la que, por el planteamiento dado al motivo, entró a verificar si las decisiones cuestionadas, oficio de solicitud de intervención telefónica y Auto autorizante, se adecuaban al paradigma constitucional, según aparece recogido en bien conocida jurisprudencia, citando por su alto valor indicativo, las sentencias del Tribunal Constitucional 165/2005, de 20 de junio , 205/2002, de 11 de noviembre 167/2002, de 18 de septiembre , 202/2001, de 15 de octubre , 299/2000, de 11 de diciembre y 239/1999, de 20 de diciembre , 19/1999, de 5 de abril , y 181/1995, de 11 de diciembre, y las del T . Supremo 1390/2005, de 29 de noviembre, 200/2003, de 15 de febrero, 165/2000, de 10 de febrero de 2001, 1954/2000, de 1 de marzo de 2001 y 1233/2001, de 25 de junio.

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

A esto había de añadirse que la legitimidad de la medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria "expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos) cuanto de la necesidad y adecuación de la misma (razones y finalidad perseguida)" (STC 54/1996).

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

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

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

Y recordaba que el Tribunal Constitucional ha ofrecido pautas de suma utilidad acerca del método que debe seguirse en tales comprobaciones. Al efecto, parte de la afirmación de que si la autorización de la intervención -por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado- ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar "razones fácticas y jurídicas".

Más en concreto: "los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que son algo más que simples sospechas". Aquéllos, pues, han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las "meras hipótesis subjetivas", a las que también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles aptitud a esos efectos. Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir entre "el dato objetivo" y "delito" de cuya existencia el primero sería indicio; por la razón de que "la idea de dato objetivo indicarlo tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito". De ahí que "el hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir



como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden serla misma cosa".

Sostenía el Supremo en esta sentencia que casó la nuestra, que ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica ó circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada -necesaria-, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental del Art. 18,3 CE .

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

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

Y seguía diciendo el T. Supremo que "lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que -es obvio- debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Éstas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor.

De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud. O lo que es igual, en presencia de un oficio esquemático, pero convenientemente sazonado con ingredientes tales como: "grupo organizado", "tráfico de estupefacientes a gran escala", "antecedentes penales" o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, "patrimonio elevado" "contactos"... la única opción judicial posible sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado.

Algo equivalente a la efectiva delegación en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Es decir, la aportación al juzgado por los agentes investigadores de las explicaciones relativas a su forma de actuación en el caso. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional (sentencia núm. 167/2002), cuando en la solicitud de 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 que ha consistido esa investigación".

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

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva ex ante, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla.



Lo contrario, es decir, la justificación ex post, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del Art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del Art. 24 CE .

SEXTO.- Continua afirmando el T. Supremo, en la sentencia referida, que la exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea, El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser "específica", es decir, debe "atender a las circunstancias concretas", y tiene que ser también "razonada" (STC 181/1995).

Y no sólo, en la sentencia núm., 167/2002, de 18 de septiembre , se lee: "El hecho de que en el auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no basta para subir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a por el éxito de la investigación misma". Que es por lo que, incluso cuando el auto "no incorpora, aunque existieran, las razones que permitieran entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación, de la persona respecto de la que se solicitó la intervención de sus comunicaciones telefónicas con el mismo (...) hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado en los términos constitucionalmente exigibles la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones".

Es también indispensable que el control judicial efectivo, que "se integra en el contenido esencial del derecho", se mantenga vivo durante "el desarrollo y cese de la misma". De manera que, de no ser así, "queda afectada la constitucionalidad de la medida", pues "la ausencia de control, (...) supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (Art. 18,3 CE)".

Estudiado el devenir de los acontecimientos que determinaron la solicitud y la autorización de las escuchas, y aunque la interceptación así acordada es lo que hizo posible las actuaciones de la Guardia Civil que dieron como resultado la incautación de la importante cantidad de hachís a que se refieren los hechos de nuestra sentencia casada y la detención de los implicados en la causa, concluyó el T. Supremo que todo lo aportado por la Guardia Civil se redujo a la información de que en una zona del litoral valenciano se habrían producido algunas acciones relacionadas con el tráfico de hachís a cierta escala; alo que se unía el aserto de que una persona sería el conductor de un turismo visto en ese entorno, y quien se habría entrevistado con el personal de un negocio de venta de embarcaciones, una de las cuales apareció rajada y semihundida en el puerto deportivo de Cullera. Es todo.

El primer conjunto de afirmaciones, se dijo por el T.S, equivale a decir algo tan banal e impreciso como que existe un espacio geográfico en el que se cometen delitos. A lo que sigue el aserto sustancialmente inexpresivo de que un individuo -del que nada más se sabe- habría merodeado y estacionado en algún punto de esa área, sin que conste cuándo, cuántas veces; y hablado con personas que se dedican a la venta de embarcaciones. Nada de esto último es motivo concreto para sospechar que la dicha persona estuviera planeando o implicado en algo ilícito; y menos aún que tuviera que ver con alguna de esas operaciones tan imprecisamente apuntadas, lo que se constataba con sólo aplicar al examen del contenido de los oficios de solicitud el modelo de análisis que prescribe el Tribunal Constitucional (entre otras en STC 299/2000) -y antes aún, la más obvia pauta del operar racional- que obliga a distinguir tres planos de discurso. Son los relativos: a) Al posible delito. b) A los indicios sugestivos de que podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas. c) A la actividad investigadora que condujo a la obtención de estos datos.

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

Y aunque es claro que se trata de actuaciones preliminares; y que, dado el momento, no cabe exigir pruebas (como tantas veces innecesariamente se dice). Pero también resulta inobjetable que, por la gravedad de tal clase de injerencias, lo que hay que ofrecer al juzgado es una sospecha de delito con apoyo en datos de cierta objetividad y bien obtenidos, que es lo que la hace útil como hipótesis de trabajo.

Pues bien, actuando con ese criterio, "se advierte claramente que la Guardia Civil, en el momento de dirigirse al Juzgado, carecía en absoluto de datos hábiles para avanzar con algún fundamento la sospecha de que pudiera estar preparándose alguna acción delictiva y más aún para entender que el indicado (del que en ese momento todo se ignora) tuviese implicación en cualquier actividad de esa índole. Pues ni se aportaron verdaderos indicios, esto es, datos de alguna calidad informativa; ni se dio cuenta de que petición tan falta de soporte



tuviera como antecedente una investigación reflexivamente orientada y dotada de un mínimo de seriedad y rigor. Es por lo que resulta obligado decir que lo realmente solicitado y, lamentablemente, obtenido, fue la autorización para llevar a cabo una pesquisa meramente prospectiva, y por tanto, ilegítima".

Y, rotundamente, afirma el Supremo que en vista de semejante modo de operar policial, "el Juez de Instrucción debería haber rechazado de plano la petición o, en otro caso, solicitado la aportación de elementos de juicio dignos de tal nombre, con algún detalle sobre la naturaleza, los presupuestos y la calidad de la indagación. Pero lo cierto es no hizo nada de esto y se abstuvo de contrastar mínimamente la atendibilidad de las vagas afirmaciones del oficio, de manera que, al decidir como lo hizo, sin datos, exteriorizó una actitud de mera confianza acrítica en ellas, a pesar de su falta contenido y patente insuficiencia.

Tal es lo que se sigue de la lectura del auto inicial, limitado a reproducir, en síntesis, parte de lo manifestado por la Guardia Civil, sin el menos análisis.

Actitud que no es ciertamente la que reclama el Art. 579, 2º y 3º L.E.Crim constitucionalmente interpretado. De este modo, la falta de fundamento de la solicitud se transmitió al auto que la asumió de manera mecánica.

Por tanto, hay que concluir que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal-constitucionales que le vinculaban, por la asunción rutinaria de algunas débiles conjeturas policiales de nulo valor informativo. Con ello, delegó de hecho en un sujeto administrativo una función de garantía de naturaleza estrictamente judicial.

Estas circunstancias hacen difícil entender con qué criterio la Audiencia Provincial pudo mantener en la sentencia que la actuación judicial y la de la Guardia Civil -no analizadas en lo más mínimo- se ajustaban al estándar jurisprudencial al que se refiere en términos generales y sin contrastar con él el contenido de las actuaciones, que era obligado. Cuando lo cierto es que una somera lectura de los folios de la causa, permite comprobar que todos los datos realmente relevantes para llevar a cabo la intervención que dio como resultado a aprehensión del hachís y la identificación y detención de los implicados en la causa, fueron obtenidos a partir del control -del teléfono inicialmente dispuesto.

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

Y por ello casó nuestra sentencia, que se basaba en un oficio de una calidad superior, como luego veremos, al que da inicio a la presente causa.

SÉPTIMO.- Cosas distintas a la referida se aprecian en las Sentencias del T. Supremo de 10 de Mayo de 2011 caso de la asociación cultural Blood&Honour en la de 28 de Diciembre de 2011 , caso asociación Hammerskin España, en que se declaran válidas las intervenciones telefónicas.

La primera valida la decisión de conceder validez a la solicitud de intervenciones telefónicas, después de estudiar el tratamiento que la jurisprudencia da a la cuestión, con la siguiente argumentación: "Pues bien, las conclusiones a que llegó el tribunal de instancia, han de ser compartidas, porque el examen de las actuaciones revela la corrección de su análisis, conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, tanto por lo que se refiere al escrito de solicitud de Intervención telefónica (fº 23 y 24), con sus antecedentes documentados de comparecencia del dueño del local en que se llevó a cabo el concierto (fº 6 a 8), y la diligencia de inspección ocular con ocupación de efectos diversos efectuada por la Guardia Civil en el referido local (fº 19 a 21), como al auto de 16-2-05 (fº 28 a 31), que autorizó la medida interesada recogiendo por sí mismo y de modo completo todos los elementos fácticos y jurídicos que le pudieran ser exigidos. Como señala el Ministerio Fiscal el auto es completo en si mismo conteniendo todos los elementos de juicio, sin necesidad de remisión al oficio policial, que de todas formas se integra en la autorización judicial. Se descubren indicios de delito tanto por la ocupación de armas prohibidas definidas como tales en el Reglamento de Armas, como por la reunión en un evento organizado de personas de ideología a fin y contraria a los derechos fundamentales, lo que supone el indicio de la existencia de una posible asociación que tenía esos fines y organizaba el concierto. Con independencia de otras líneas de investigación, se trataba de saber si había una asociación con fines ilegales tras la organización del concierto, y cuál era ésta, para lo que era singularmente oportuna la intervención rápida de los teléfonos de quienes figuraban como organizadores del evento".

Es decir que, como constaba en la sentencia de la que esta trae causa, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, número 259/10, de 30 de Junio , los datos que se ofrecen en el oficio



interesando la intervención no son suposiciones o afirmaciones vacías de contenidos, sino que se asientan en datos absolutamente constatados sin necesidad de que medie fe o creencia ciega en la afirmación de la Guardia Civil..

Se dice en la sentencia de la Audiencia que "la génesis de las diligencias previas 393/2005 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcobendas se encuentra en el atestado NUM068 del Grupo de información de la Comandancia de Madrid de la Dirección General de la Guardia Civil, dando cuenta de lo acaecido el día 12-2-2005 en la Discoteca "Taj Mahal" con motivo del concierto organizado por Blood & Honour España, la asistencia de personas con- indumentaria Skinhead y simbología neonazi, los gritos escuchados y los efectos encontrados en la inspección posterior del local: defensas eléctricas, extensibles de acero, sprays de defensa personal no homologados y efectos con simbología neonazi, solicitando la intervención de dos teléfonos, uno como correspondiente a Horacio , arrendatario del lugar para el acto celebrado el día 12 de febrero y otro de Santos por aparecer como organizador jefe, así como el listado de llamadas entrantes y salientes y la identificación de los titulares con los que mantengan tráfico los números intervenidos.

En el plenario el Instructor del atestado ha expuesto que el número de intervenido les fue facilitado por él el propio titular día 12 de febrero por si surgía algún problema, con motivo de la celebración del concierto, y el de Horacio les constaba en el grupo de una identificación anterior a la del día 12 de febrero.

Con causa en la solicitud se incoaron las diligencias previas ya citadas, dando cuenta al Ministerio Fiscal y siendo declaradas secretas, y por auto de 16 de febrero de 2005, folios 28 a 31, acordó, por un mes, la intervención de demás extremos, solicitados, con la indicación de dar cuenta por término de diez días o inferior de aconsejarlo las circunstancias poniendo a disposición las cintas magnetofónicas.

La solicitud recoge datos objetivos empíricamente verificables no una sospecha vaga, imprecisa o difusa....".

Por ello el T. Supremo entendió en este caso que el oficio interesando la intervención de las comunicaciones y el Auto en que se acuerda, son conformes a la legalidad constitucional y por ello no acuerda la nulidad pretendida por las defensa.

Igual sucede en la STS de 28 de Diciembre de 2011 , caso asociación Hammerskin España. El T.S recuerda en esta sentencia que cuando en sede casacional se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del Art 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí.

Es claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes, pero en todo caso el sacrificio del derecho constitucional lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección, pues esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación, por lo que los datos que deben ser facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido, en primer lugar de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel de vicario de la actividad policial que se limita a aceptar, sin control alguno, lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor.

Además, sigue rezando la citada sentencia, tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernidas

Solo de este modo será posible ejercer el control judicial efectivo mientras dure este medio de investigación, ello no quiere decir que el Juez de Instrucción deba tener acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones.

Recuerda la Sentencia que ya en el fundamental Auto de 18 de Junio de 1992 -caso Naseiroantes citado- en el que está el origen de la actual doctrina jurisprudencial que se comenta y aplica, tal como hemos dicho mas arriba, se dice, expresar ente: "...Y no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas la conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada..." "...otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible....".De la nota



de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria.

Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional, riesgo sobre el que el T. Supremo ha llamado la atención varias veces. SSTs 998/2002 ; 498/2003 ; 182/2004 y 1130/2009 .

De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

En el anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2011 está previsto subsanar esta importante laguna al preverse en el Art. 275 un doble sistema de concreción de delitos en los que podrá adoptarse este medio excepcional de investigación, en primer lugar, por razón de la gravedad del delito doloso -los que lleven aparejada pena igual o superior a cinco años de prisión- y en segundo lugar con la adopción de un catálogo cerrado de delito.

En el caso de la asociación Hammerskin España, la policía comunica al juzgado que con ocasión de otros hechos por los que fue detenido una persona, se efectuó un registro en el domicilio del insinuado, ocupándose 143 fotografías (de las que se adjuntan 12 en el oficio policial), Se comunica que a la vista de las mismas pudiera sospecharse que las personas allí fotografiadas pudieran integrar un delito de asociación ilícita, se comunica asimismo la identidad de varios de los que aparecen en las fotos, dando los datos correspondientes. Asimismo se participan los antecedentes policiales obrantes de cada uno de ellos y se concluye que los identificados "...pudieran constituir un grupo de ideología xenófoba y racista que pudiera ser considerado como asociación ilícita...".

Del anexo fotográfico acompañado aparecen varias personas, algunas identificadas por la policía que tanto por la indumentaria de los fotografiados, símbolos, bandera y banderines se corresponden con la simbología nazi, habiendo sido tomadas algunas fotos en exteriores y otras en interiores en posiciones, algunas, de desfiles y homenajes, destacando singularmente la foto nº 1 en donde aparecen seis personas con indumentaria neonazi tras un cartel que reza "Rudolf Hess, siempre presente".

En base a estos datos, y en el marco de las Diligencias Previas -declaradas secretas como en nuestro caso- aperturadas al efecto, por el Juzgado de Instrucción se accedió a lo solicitado.

La Sala del T. Supremo estimó que se facilitaron datos concretos y claramente sugerentes de la posible comisión de un delito de asociación ilícita en el que las personas inicialmente identificadas pudieron estar inmersas, así como la necesidad de identificar al resto de los intervinientes.

Las fotos, dijo el T. Supremo, "son tan evidentes dada las vestimentas, bandera y textos que obran en las mismas que hablan por sí mismas, no es preciso mayores argumentaciones. Debe tenerse en cuenta que se trata de fotos incautadas por la policía, por lo tanto efectuadas por los propios investigados.

El auto, por otra parte responde al canon de motivación exigible lo que supone que el Sr. Juez de Instrucción, a la vista de la contemplación de las fotos acompañadas pudo efectuar el indispensable juicio de ponderación para justificarse la necesidad de utilizar este medio excepcional de investigación.

Es claro que en el caso de la asociación Hammerskin España, y también en el de la Blood&Honours nivel de constitucionalidad de las solicitudes y los Autos respetaban los niveles de constitucionalidad exigidos según lo hasta aquí visto, no como sucede, y lo veremos seguidamente con el caso enjuiciado por esta Sala de la Audiencia.



OCTAVO.- Estos que hemos visto, establecidos en la jurisprudencia de manera uniforme, son los requisitos que integran el estándar de legalidad en clave constitucional, de suerte que la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del Art. 18 de la Constitución con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie esa "conexión de antijuridicidad" a que hace referencia, entre otras muchas, la STC 49/99, de 2 de Abril, que supone una modulación de la extensión de los efectos de prueba indirecta o refleja en relación a la prueba nula -teoría de los frutos del árbol envenenado- en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula. La cita del Art. 11-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial es obligada.

Pues bien, planteada la cuestión y el estado de la jurisprudencia, debemos proceder al control de la legalidad constitucional que comportan las denuncias de violación de derechos constitucionales que formulan las partes, del oficio de la Guardia Civil de 11 de Marzo de 2005 interesando la intervención de varios números de teléfono y el Auto del mismo día que dictó el Juzgado de Instrucción número 1 de Carlet, acordándolas.

Pero no podemos dejar de hacer notar aquí, y como un prius de necesario conocimiento, una coincidencia que resaltaron algunas de las defensas. En la fecha en que se solicita la intervención rectora de esta causa se estaban sucediendo ante esta misma Sección las sesiones del juicio oral del P. Abreviado 191/02 del Juzgado de Instrucción 2 de Valencia, Rollo de Sala 8/04, conocido como "Caso Armagedon", por idénticos delitos a los que hoy nos ocupan. Entonces; solicitada la nulidad de la intervención telefónica de la que se extraía todo el material probatorio, se acordó al inicio de la sesión del día 8 de Marzo de 2005, segunda del juicio, por la vía del artículo 786.2º de la L.E.Crim, extrayendo del acervo probatorio las conversaciones obtenidas y todo lo de ellas derivado, incluidos los registros, lo que determinó la absolución de los acusados en la Sentencia 101/05, dictada el día 7 de Abril de 2005, habiendo sido Ponente de ella quién lo es de esta resolución.

En el oficio, de fecha 11 de marzo de 2005, como hemos visto se dice que la Comandancia de la Guardia Civil de Valencia, Unidad Orgánica de Policía Judicial, viene realizando investigaciones dirigidas al seguimiento y a la obtención de información de grupos y colectivos de carácter neonazi en España y a finales de 2003 se pudo observar la presencia en internet de diferentes paginas web utilizadas por organizaciones españolas para difundir la ideología nacionalsocialista y fomentar la captación de nuevos miembros.

Esto es una obviedad vacía de contenido incriminatorio contra persona alguna puesto que en Internet existe ese tipo de sitios es algo que ni necesita ser investigado ni añade nada a una investigación policial. Es obvio que existen esas páginas, como tantas otras de diferente tipo e ideología. Si eso es lo que ha obtenido la investigación de dos años no puede ser calificado más que de paupérrimo y ridículo.

Y cita el oficio dos paginas www.portal-ns.com/streetdefense y www.portal-ns.com/prodef en las que se podía observar propaganda nacionalsocialista así como la posibilidad de obtener armas prohibidas como puños americanos, porras, porras eléctricas, navajas automáticas, navajas de mariposa, sprays de defensa personal y grilletes, que estaban asentadas en el mismo servidor, PORTAL-NS, apareciendo en ambas paginas catálogos de las armas prohibidas mencionadas y sus precios, así como dos correos electrónicos para realizar pedidos.

Pero se indica que si se intenta acceder a esas paginas, a la fecha del oficio, Prodefno se encuentra ubicada en el dicho servidor y Streetdefense deniega el acceso.

Curioso. Se citan dos páginas, parece que inactivas, de las que no se han investigado quienes sean los administradores, y se citan dos correos de los que tampoco se aportan las direcciones IP para saber a que números telefónicos están asociados y quienes son sus titulares,

Por lo demás, que en Internet se ofrezcan puños americanos, porras, porras eléctricas, navajas automáticas, navajas de mariposa, sprays de defensa personal y grilletes, es algo sabido. A título de ejemplo se pueden encontrar y adquirir en, entre otras, en las paginas www.euroseguridad2010.eu/ o www.wiju.es/compra-venta, activas a día de ayer. No se puede afirmar la existencia de delito en lo que es practica o realidad absoluta en la red.

Se continua diciendo que como quiera que las referidas armas prohibidas son utilizadas por skinheads nacionalsocialistas para llevar a cabo sus agresiones contra colectivos que consideran repudiables, homosexuales, prostitutas drogadictos, miembros de extrema izquierda y movimiento alternativo, llevo a la Unidad a realizar las investigaciones oportunas para determinar y localizar a los responsables de estas paginas y del negocio oculto que pudiera haber detrás de ellas y tener localizados a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista.

Pues bien, que los usan por skinheads nacionalsocialistas no será puesto en duda, pero debemos afirmar que no solo esos colectivos los usan. Sin embargo las investigaciones oportunas para determinar y localizar a los



responsables de estas paginas y del negocio oculto que pudiera haber detrás de ellas y tener localizados a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista, brillan por su ausencia. No se ofrecen a la Juez de instrucción ni cuales fueron sus resultados y quienes pudieran ser los a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista.

No obstante ello se da un salto en el vacío, pues se añade que no se descarta que dadas las características de estos grupos detrás de ellos existiera una venta clandestina de armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas..., sobre lo cual han aparecido indicios suficientes para tomarlo en consideración.

Sobre cuales sean estos indicios, la elipsis total. El silencio mas rotundo y la omisión de cualquier dato que confirme lo que no puede dejar de calificarse como afirmación vacía de contenido, para que la Juez de instrucción pudiese valorar la entidad de los mismos trascendiendo a la simple sospecha policial

Y se dice que de las diferentes informaciones obtenidas a través de confidentes, controles operativos y datos objetivos sobre individuos relacionados con el entorno neonazi español se han obtenido las siguientes conclusiones:

-Que los posibles responsables de las paginas son Gaspar , Laureano y Amelia , y ello por cuanto a través de confidentes se ha identificado al responsable de la pagina www.lacensura.com, que es de tintes pronazis, en la cual se alojaba un enlace de las paginas Streetdefense y Prodef, que resultó ser el citado Laureano .

Solo se dice, que el citado Laureano es responsable de la pagina www.lacensura.com, que es de tintes pronazis, en la cual se alojaba un enlace de las paginas Streetdefense y Prodef, y que ello se ha sabido "a través de confidentes".

No cabe duda que la confidencia y el confidente son! herramientas policiales de lícito y frecuente uso. Pero cuando se trata de asentar en ello una decisión judicial del calado de la pretendida, con al alcance constitucional que tiene no basta, pues debería haber sido ofrecido, al menos, el resultado o información de la confidencia, para poder ser valorada la entidad de la misma. Lo contrario es conceder el valor de dogma a la afirmación policial, lo que en el campo en que nos movemos es insostenible. %

De Gaspar y Amelia nada, se dice.

Si se afirma que por controles operativos se habían constatado relación entre estas tres personas, las dos últimas mantienen una relación sentimental, siendo la causa de la relación, al parecer, la supuesta entrega de los pedidos solicitados mediante los susodichos correos electrónicos, para lo cual utilizan el apartado de correos NUM067 de la sucursal 8 de Valencia sita en la Avenida del Cid.

Pues bien que dos personas, "que mantienen una relación sentimental tengan además "relación" es lo suyo, pues difícilmente se entendería lo de sentimental sin la relación. Y estos dos la tengan también con Gaspar , por si solo, sin mas datos, no puede colegir que "la causa de la relación, al parecer, la supuesta entrega de los pedidos solicitados mediante los susodichos correos electrónicos, para lo cual utilizan el apartado de correos NUM067 de la sucursal 8 de Valencia sita en la Avenida del Cid".

Apartado de correos que no sabemos que sea de nadie de los citados, por lo que el "parecer" de la Guardia Civil es una mera presunción vacía de todo contenido y soporte probatorio.

Y se sigue afirmando que de "diversas informaciones coincidentes facilitadas por diferentes confidentes apuntan a que Laureano en connivencia con otros, posee numerosas armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas, armas de guerra, etc....."

Reiteramos aquí la tacha puesta a la noticia confidencial antes hecha, pero es que además, del registro realizado a su domicilio sito en c/ DIRECCION003 n° NUM043 escalera NUM063 - NUM024 de la localidad de Silla y en el domicilio de la empresa de ambos denominada DIGITEX sita en la c/ Vicente Aleixandre n° 9 bajo de la misma localidad, véanse los folios resulta que no se le encuentra nada de ese tipo, solo, y se trae aquí, sin perjuicio de lo que después se dirá, en cuanto favorece a este encausado y desmonta la afirmación policial, se le encuentra un cartucho de fusil ruso aerosol anti-Agresión, dos juegos de grilletes con llaves, un cuchillo de monte de 17 cms de hoja, un cargador manipulado con soldadura en el lateral, cinco 5 cartuchos de posta, cuatro cartuchos-bala, una mira telescópica marca Gamo y carabina de aire comprimido marca Gamo

Según los confidentes, esta persona, Laureano , estaría distribuyendo las armas de fuego en el mercado ilícito y dentro de ambientes neonazi, especialmente bolígrafos pistola. Y que para ello ha organizado una cadena de distribución en la que contaría con Melchor y Juan Alberto . Sin mas datos del conocimiento de cómo estos dos son parte de la cadena.

Es una afirmación gratuita nacida de algo no acreditado, cuantas armas, de que tipo, cuando a quien y de que manera, hubiera sido bueno que se hubiese ofrecido a la Juez y que hubiese nacido de esa investigación de



dos años que parece mas bien magra y vacía de contenido, dado los pocos datos, en relación a ninguno de delitos cometido por este acusado.

Igualmente se adiciona que "Que informaciones aparecidas en Internet, en el foro de opinión <http://www.carteleralibertaria>, en el que expone sus artículos personas relacionadas con la extrema izquierda valenciana, y más concretamente con el movimiento antisistema, acusan a Laureano de estar relacionado con la venta de armas de fuego"...

Se eleva aquí la información privada a la categoría no ya de indicio sino de dato relevante para acceder a una intervención telefónica. Si esto se consintiera y se le diese valor los cimientos del estado de constitucional y de derecho que somos chirriarían en sus goznes.

Y se añade que tanto a Laureano y a Amelia no se les conoce actividad laboral alguna, lo que hace sospechar que su medio de sustentación económica pudiera provenir de las actividades presuntamente ilícitas que se investigan.

Esto es incierto. Resulta que ambos dos a la época de esta afirmación contenida en la solicitud eran titulares de una empresa denominada DIGITEX sita en la el Vicente Aleixandre nº 9 bajo, de la localidad de Silla, como resulta de que en ella la Guardia Civil interesara la practica de un registro, como antes hemos visto.

Se adereza todo esto con dos datos irrelevantes: se dice que Laureano tiene dos antecedentes policiales; una del año 1991 por tenencia ilícita de armas, municiones y explosivos y otra de 1990 por injurias resistencia, desobediencia y amenazas.

Ni siquiera judiciales. Policiales y de quince años anteriores. No merece mas comentario; solo recordar que no estamos ante un sistema penal de autor.

Por todo ello y para esclarecer las posibles actividades ilícitas se acaba solicitando la intervención de los teléfonos de Gaspar , Laureano , Amelia , Melchor y Juan Alberto .

Y se obtiene un Auto que fundamenta, véase el folio 25, exactamente en las afirmaciones policiales contenidas en el oficio solicitándolas.

Este Auto no respeta las mínimas garantías configuradoras del canon de constitucionalidad que legitima la intervención de las comunicaciones telefónicas, según antes también resumíamos.

No se respeta el principio de proporcionalidad pues en modo alguno se ofrecen a la Juez de Instrucción, que lo es también de garantías constitucionales hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre la-existencia de un delito, que sea grave y con una conexión bastante y fundada de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados.

Del oficio resulta que no hay indicios constituidos por datos objetivos que sean algo más que simples sospechas, que ni esos son, pues mas bien parecen expresiones de voluntad meramente anímicas, mientras que los datos objetivos en que se deben apoyar las solicitudes policiales de intervención de las comunicaciones, y lo as ofrecidos en el oficio de 11 de Marzo de 2005 no lo son,, han de serlo en un doble sentido; han de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que puede inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

No son accesibles a terceros las afirmaciones que se contienen en dicho escrito, por crípticas y faltas de datos objetivos y no hay base real delictiva mas allá de una valoración o calificación de una persona, solo una, Laureano , como peligroso traficante de armas que tiene en deposito y delincuente, algo que, ya hemos visto, no es.

Ya hemos dicho mas arriba siguiendo al TC y al TS que si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido.

Y a la medida que se acuerda en el Auto de 11 de Marzo de 2005 ha de serle exigida proporcionalidad, que es tanto como decir la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, estando proscrita en nuestro derecho la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.



Aquí lo único que se transmitió a la Juez fue una información policial, vacía de contenido y huérfana y manca de datos objetivos. Si hay ventas de armas, se deben acreditar, quién las vende y quién las compra, si hay reuniones delictivas en un local, conocido y situado, se debe hacer trabajo de campo, y no decir que se dice, que me dicen, que han dicho que hacen sin sustento fáctico y constatable o controlable alguno, que es lo que se extrae del oficio interesando la intervención. Si hay paginas delictivas, se desearía saber, y sería útil a los efectos pretendidos, quién son los administradores, y sí correos del mismo cariz, su titular, y si hay un apartado de correos, se debe seguir la pista de los documentos allí depositados para saber quien vende por su través armas prohibidas y quien las compra.

NOVENO.- Pues bien, visto lo que tenemos, y superponiéndolo con el estándar de constitucionalidad exigido, según lo antes visto, por la jurisprudencia, debemos convenir que en palabras del T. Supremo que por precisas e inmejorables hacemos nuestras, se advierte claramente que la Guardia Civil, en el momento de dirigirse al Juzgado, carecía en absoluto de datos hábiles para avanzar con algún fundamento la sospecha de que pudiera estar preparándose alguna acción delictiva y más aún para entender que los indicados en el oficio, tuviesen implicación en cualquier actividad delictiva, pues ni se aportaron verdaderos indicios, esto es, datos de alguna calidad informativa; ni se dio cuenta de que petición tan falta de soporte tuviera como antecedente una investigación reflexivamente orientada y dotada de un mínimo de seriedad y rigor. Es por lo que resulta obligado decir que lo realmente solicitado y, lamentablemente, obtenido, fue la autorización para llevar a cabo una pesquisa meramente prospectiva y, portante ilegítima.

Y, rotundamente, como afirma el Supremo y esta Sala de la Audiencia con él, en vista de semejante modo de operar policial, el Juez de Instrucción debería haber rechazado de plano la petición o, en otro caso, solicitado la aportación de elementos de juicio dignos de tal nombre, con algún detalle sobre la naturaleza, los presupuestos y la calidad de la indagación. Pero lo cierto es no hizo nada de esto y se abstuvo de contrastar mínimamente la atendibilidad de las vagas afirmaciones del oficio, de manera que, al decidir como lo hizo, sin datos, de manera rápida y el mismo día de la solicitud, exteriorizó una actitud de mera confianza acrítica en ella, a pesar de su falta contenido y patente insuficiencia.

Tal es lo que se sigue de la lectura del auto inicial de las intervenciones, el de 11 de Marzo de 2005, que se limitó a reproducir, en síntesis y muchas veces de forma literal, gran parte de lo manifestado por la Guardia Civil, sin el menor análisis y de manera inmediata y consecuente a la solicitud, lo que denota poco rigor reflexivo, lo que no es la respuesta y actitud que reclama el Art. 579, 2º y 3º L.E.Crim constitucionalmente interpretado. De este modo, la falta de fundamento de la solicitud se transmitió al auto que la asumió de manera mecánica.

Por tanto, hay que concluir que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal- constitucionales que le vinculaban, por la asunción rutinaria de algunas débiles conjeturas policiales de nulo valor informativo. Con ello, delegó de hecho en un sujeto administrativo una función de garantía de naturaleza estrictamente judicial

Estas circunstancias hacen difícil sostener que la actuación judicial y la de la Guardia Civil se ajusten, al estandar jurisprudencial referido mas arriba, pues lo cierto es que todos los datos realmente relevantes utilizados por las acusaciones, así como para llevar a cabo los registros que determinaron y la identificación y detención de los implicados en la causa, fueron obtenidas a partir del control del telefónico inicialmente dispuesto.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, "el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho". Y aquí no hay duda de, que éste -es decir, el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (Art. 18,3 CE) se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como inculpativos y que constituyen la base de la acusación, conforme resulta inequívocamente del tenor del ejercicio de las mismas a lo largo de la vista oral y de los propios escritos de calificación, en los que se hace clara referencia a las escuchas como fuente del conocimiento que llevó a la incautación de los efectos obtenidos en los registros.

DÉCIMO.- Debe concluirse que la intervención telefónica acordada, inicio y base de toda la causa, resulta manifiestamente carente de justificación, con el resultado de la nulidad radical de la diligencia, sin posibilidad de subsanación y, a la luz del Art. 11.1 L.O.P.J, la nulidad de todos los elementos de prueba derivados directa o indirectamente de ellas, viciadas de inconstitucionalidad.

Consecuentemente, debe ser declarado que en materia de garantías constitucionales no caben atajos, suposiciones o elipsis y no puede ser sustraído al derecho de defensa de las partes la revisión de aquello que determinó el ataque frontal a sus derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, no siendo procedente sustraer al Tribunal sentenciador el control de la legalidad, también la constitucional de la que somos primeros custodios, de los actos del instructor en esta materia sensible como son las garantías



constitucionales, por lo que procede estimar esta impugnación presentada por las defensas de los acusados y apartar del acervo probatorio todas las diligencias que traen causa, directa o indirecta, conforme al Art. 11 antes citado, de la diligencia de intervenciones telefónicas, cuya pureza ha sido cuestionada por las defensas de los acusados en el momento del enjuiciamiento.

Por lo tanto, el Tribunal, en el presente caso no puede formar su convicción sobre el resultado de ellas, ni de los registros consecuentes y de ellas nacidos, en tanto que prueba nula y no valorable, ni en la declaración de los acusados ni en la de los agentes de la autoridad que practicaron las audiciones y las diligencias de entrada en tanto que el conocimiento de los hechos por ellos adquirido lo es a partir de la práctica de una diligencia ilícita de forma que, "al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte" (STC 94/1999 , F. 8, en sentido similar STC 139/1999 , f 4 C/161 /1999 , F. 2).

No se trata de poner obstáculos gratuitos a la actividad policial, sino de verificar que esta discurra por los cauces y con las garantías legales, extramuros de las cuales no puede hablarse de eficacia policial, y que, en concreto, en lo referente a las intervenciones telefónicas constituyen un rígido protocolo que actúe como valladar a la capacidad de expansión que tiene todo lo excepcional - SSTS 998/2002 de 3 de junio y 498/2003 de 24 de abril , entre otras-, con riesgo de desembocar en lo que se ha llamado un derecho penal de emergencia caracterizado por una reducción de las garantías que se "compensaría" con eficacia en los resultados. No debe olvidarse que la intervención telefónica es un medio excepcional de investigar por exigir el sacrificio del derecho a la privacidad de las comunicaciones, y que por ello no puede degradarse a medio ordinario de investigación.

Y si no fuera, que lo es, insuficiente a los estándares constitucionales el Auto de intervención de 11 de Marzo, la prórroga de las mismas acordadas en el Auto de 7 de Abril siguiente reincide, de manera aumentada, en los defectos.

El oficio que interesa las prórrogas, véase el folio 82 de la causa, insiste en los defectos del primero, pero está aun mas vacío de contenido.

Para interesar la prórroga del teléfono de Gaspar , NUM069 , se dice que a este se le ha visto junto a Laureano , que se había trasladado a Silla, y los vieron portando unas bolsas que introdujeron en un coche, ignorándose, se dice en el oficio, cual sea el contenido de las mismas.

Algo parecido sucede con la solicitud de prórroga de los teléfonos que usaban Laureano y Amelia , - NUM070 . Solo se sostiene, junto con otras afirmaciones irrelevantes, que atiende Laureano pedidos por internet: pero no se sabe de qué puedan ser esos pedidos, que ya sabemos que Laureano tenía una empresa y bien podías ser productos de serigrafía.

Y lo mismo sucede en la solicitud relativa al teléfono NUM071 utilizado por Juan Alberto , del que se dice que por una conversación es de ideología neonazi, que se le invita a un concierto organizado por Blood&Honour y que habla de Hamerskin, y que al "material" a que se refiere en otra conversación pudiese ser que fueran armas de fuego, concretamente bolígrafos pistola. Y vuelve la Guardia civil a insistir en que Laureano y Amelia son los autores y administradores de la pagina www.lacensura.com sin aportar dato que lo acredite.

De todo ello se extrae que "probablemente", nótese que no lo saben seguro y solo lo especulan se está produciendo una distribución de armas de fuego, que existen dos redes de distribución, que utilizan correos o para vender sprays de defensa, navajas, puños americanos y diversa parafernalia nazi y que todo los objetivos se relacionan con el ambiente nazi. Nada que permitiese prorrogar las intervenciones pues nada concreto y tangible, constatable sin necesidad de presunciones, había salido de la intervención primera, que nunca debió ser prorrogada.

UNDÉCIMO.-Y sentado lo anterior hemos de estudiar si existe prueba de cargo suficiente, surgidas de otra fuente que no sea las intervenciones y las entradas y registros injustificados para declarar vencida la presunción de inocencia de los acusados.

Debe recordarse que esas pruebas valorables deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación, como son los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien, en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, de suerte que si las pruebas inculcatorias -en palabras de la STC 161/99 de 27 de septiembre "...tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena (a la vulneración del derecho fundamental), su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería....indiscutible....".



Debe recordarse aquí que en lo referente a las fuentes de prueba ilegítimamente obtenidas, su inadmisibilidad e inutilizabilidad en el proceso penal, al vulnerar derechos y libertades fundamentales, parece opinión consolidada en esta materia que, dados los intereses plurales que laten y subyacen en la decisión de admitir o no un material probatorio viciado, habrá que elegir, por un lado, entre los derechos de los ciudadanos o, bien, los intereses de la sociedad en la persecución y castigo del culpable y en este tema hay que huir de posturas maximalistas y absolutas, hacia posiciones más matizadas y casuísticas tratando de hallar un equilibrio entre ambos intereses, encontrando un sistema de aplicación e interpretación que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, y que ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías (SSTC 107/1985 , 181/1989 y 41/1991).

Esta cuestión, que tiene su apoyo legal directo en el antes citado Art. 11.1 LOPJ (No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales), trata de responder, en el campo procesal a lo que se viene llamando "contaminación" del resto del material probatorio por la prueba o pruebas obtenidas ilícitamente.

Así, entre otras, la STS 5 junio 1995 , al abordar la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria en base al efecto reflejo establecido en el Art. 11.1 LOPJ por aplicación de la llamada doctrina del fruto podrido o manchado ("The Tainted fruit") o, genéricamente, doctrina de "los frutos del árbol envenenado", cuya doctrina se ha expuesto, entre otras, en SSTS 210/1992, de 7 de febrero ; 2783/1993, de 13 de diciembre , 311/1994, de 19 de febrero y 2054/1994, de 26 de noviembre , afirma que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundar la condena y las ilícitamente obtenidas. En el mismo sentido la STS 6754/1995 establece que "la ineficacia de una diligencia determinada no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquélla, de tal modo que sin la primera no hubiese existido la segunda".

Veamos, pues, si en el caso de autos se produce esa desconexión causal o si, por contra, todo el árbol probatorio está envenenado, teniendo claro que, por todo lo dicho han de apartarse del proceso de convicción las pruebas declaradas irregulares por su anómala incorporación al proceso, y aquellas que son consecuencia de esas pruebas inhábiles para conformar la convicción judicial.

En este supuesto, como ya se ha dicho ha de apartarse del acervo probatorio la diligencia de entrada y registro en el domicilio de los acusados y la de los agentes de la autoridad que practicaron tal diligencia en tanto ya que el conocimiento de los hechos por ellos adquirido lo es a partir de la práctica de una diligencia ilícita de forma que, como hemos dicha antes, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte.

Respecto a ellos no existe ningún testimonio incriminador desconectado de la prueba que hemos declarado irregular, ya que sin ella nada de lo que se les encontró hubiese aparecido y no existiendo nada hay que pueda servir para, sobre su tenencia y circunstancias asentar una prueba de cargo.

Ninguno de los testigos que comparecieron a juicio añadió nada, pues en su inmensa mayoría se limitaron a la práctica de los registros. No hay prueba de la venta de armas, ni de conspiración delictiva, ni de asociación ilícita, ni se puede sostener nada más que el hallazgo de ciertos efectos, algunos delictuosos y otros en absoluto, en el curso de una diligencia defectuosamente acordada. Por ello nada hay para formar la convicción del tribunal de instancia sobre los hechos acerca de la culpabilidad de los acusados, ni siquiera la declaración Judicial de Juan Alberto , que fue la única que se sometió a contradicción en el acto del juicio, puede servir para los fines dichos, pues su origen es tan viciado como el de todas las demás pruebas.

Por todo y sin necesidad; de mayor fundamento ha de afirmarse que no existe prueba de cargo en esta causa para vencer el principio constitucional de inocencia que ampara a los acusados, por lo que procede dictar en su favor Sentencia absolutoria, declarando de oficio las costas del proceso y acordando el comiso de las substancias y efectos ocupados que sean de ilícito tráfico.

En virtud de lo expuesto y vistos además de los citados, los artículos 55 , 57 , 62 , 66 núm. 3 , 116 y 123 del Código Penal, los 142 , 239 a 241 , 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

IV.- FALLAMOS

Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Constantino , Gaspar , Evaristo , Laureano , Alvaro , Diego , Rosana , Leonardo , Teodosio , Arsenio , Evelio , Melchor , Amelia , Juan Alberto , David Y Indalecio , de los delitos de que venían siendo acusados, declarando de oficio las costas irrogadas en este proceso.



Se acuerda el comiso de las substancias y los efectos ocupados en los registros que sean de ilícito tráfico, devolviéndose a sus propietarios los demás efectos ocupados que no reúnan esas características.

Cancélese con arreglo a derecho las piezas que se hubiesen abierto, devolviéndose a quienes la prestaron las fianzas personales impuestas.

Así por esta nuestra sentencia, que no es firme y cabe contra ella recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta Audiencia dentro de los 5 días siguientes al de su notificación para su interposición ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo con arreglo a la ley, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y que se notificará a las partes en legal forma, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PEDRO CASTELLANO RAUSELL.-JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA.- ESTHER ROJO BELTRÁN.-

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA, Ponente que ha, sido de esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO