

Roj: **STS 1958/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1958**Id Cendoj: **28079120012015100255**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/05/2015**Nº de Recurso: **1065/2014**Nº de Resolución: **263/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Mayo de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial del Barcelona en causa seguida por delitos contra la salud pública y falsedad en documento oficial, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte como recurridos los acusados Millán , representado por el Procurador Sr. Martinez Espinar, Segismundo , representado por la Procuradora Sra. Saura García, Sagrario , representada por la Procuradora Sra. Izquierdo Labrada, Clemente , representado por la Procuradora Sra. Tello Borrel, Augusto , representado por la Procuradora Sra. Brualla Gómez de la Torre, Faustino , representado por la Procuradora Sra. Alfonso Rodríguez, Coro , representada por la Procuradora Sra. Delgado Gordo, Martin , representado por el Procurador Sr. Pozas Osset, Jose Pedro , representado por la Procuradora Sra. Bravo Toledo, Carlos , representando por la Procuradora Sra. Briones Torralba, Gregorio , representando por el Procurador Sr. Ros Fernández, Rodrigo , representado por la Procuradora Sra. Amasio Díaz, Florencio , representando por la Procuradora Sra. Revillo Sánchez, y Abelardo representado por la Procuradora Sra. García Simal.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de El Prat de Llobregat instruyó Sumario con el número 28/2008 y una vez concluso fue elevado a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 29 de enero de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS: "Unico.-** No consta probado que los procesados relacionados en el encabezamiento de esta sentencia hubieran procedido desde fecha no determinada del año 2006 a la adquisición de importantes cantidades de la sustancia estupefaciente "cocaína", bajo la dirección y gobierno de los también procesados Don Abelardo -mayor de edad y sin antecedentes penales-, Don Florencio -mayor de edad y sin antecedentes penales-, y un tercera persona a la que no se juzga aquí, para procede a la subsiguiente distribución y venta de la mencionada sustancia estupefaciente y posterior reparto entre todos ellos del beneficio obtenido según reglas cuya realidad y contenido tampoco consta probado.

*l.- No consta probado que el día 31 de agosto de 2007, sobre las 1900 horas, los procesados Don Millán - mayor de edad y sin antecedentes penales - y Don Rodrigo - mayor de edad y con antecedentes penales no computables-, empleados de los servicios aeroportuarios de tierra en el aeropuerto de El Prat de Llobregat, se hicieran cargo en pista de una maleta que portaba una mujer no identificada, evitando los controles aduaneros de seguridad y la llevaran hasta la zona de taxis de la terminal "C" en la aguardaría, previo concierto al efecto, el también procesado Don Segismundo -mayor edad y sin antecedentes penales-, conductor del vehículo Ford Mondeo matrícula W-....-TP , no constando tampoco probado que en el interior de la referida maleta hubiera sustancia estupefaciente alguna (hecho V del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal).*



II.-No consta probado que los procesados Doña Sagrario y Don Clemente -- mayores de edad y sin antecedentes penales -- formaran parte de trama u organización alguna dedicada a la comisión de delitos contra la salud pública, mediante el almacenaje de partidas de la sustancia estupefaciente "cocaína" y su posterior distribución, ni que gestionaran encargos de importación de la precitada sustancia, ni que captaran terceras personas encargadas de traer la referida sustancia a España, ni verificaran transferencias a terceros países a tal fin.

El día 7 de diciembre de 2011 se practicó una diligencia de entrada y registro en el domicilio de doña Sagrario y don Clemente , sito en la c/ DIRECCION000 num. NUM000 NUM001 NUM002 , de LHospitalet de Llobregat, sin que conste probado se intervinieran sustancias estupefacientes, ni instrumentos, objetos o efectos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes.

III.- No consta probado que los procesados Don Augusto (a) " Bicho " y don Faustino (a) " Pesetero " -- mayores de edad y sin antecedentes penales -- hubieran suministrado a los también procesados Doña Sagrario y Don Clemente -- ambos mayores de edad y sin antecedentes penales -- una tableta de un kilogramo de la sustancia estupefaciente "cocaína", a través de persona no determinada el día 5 de Diciembre de 2007, ni que la misma fuera intervenida con ocasión de la diligencia de entrada y registro practicado en el domicilio de los dos últimos procesados en fecha 7 de diciembre de 2007, ni tampoco ninguna otra sustancia estupefaciente, ni fotocopia del pasaporte del procesado Don Gregorio --mayor de edad y sin antecedentes penales --, no constando probado el resultado de la precitada diligencia de entrada y registro por los argumentos expuestos en el auto de 22 de octubre del 2012.

IV.- No consta probado que don Carlos (a) " Farsante "- mayor de edad y sin antecedentes penales -- integrara banda u organización criminal alguna dedicada a la importación y posterior distribución de sustancias estupefacientes, ni que mantuviera contactos telefónicos a estos efectos con el también procesado Don Millán

No consta probado que la procesada Doña Coro --mayor de edad y sin antecedentes penales --, pareja del procesado Don Carlos , realizara actividad alguna ordenada a la captación y posterior documentación de personas que se encargarían de introducir sustancia estupefaciente en España, ni consta probado que se dedicara, aprovechando su condición de empleada en el locutorio existente en la c/ Elipse num. 1 de LHospitalet de Llobregat, a efectuar remesas dinerarias a países sudamericanos de dinero procedente del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y en orden a la adquisición de nuevas partidas de tales sustancias.

Tampoco consta probado que en la diligencia de entrada y registro practicada en el domicilio común de don Carlos y Doña Coro previa autorización judicial el día 14 de Febrero de 2008 se ocupara documentación alguna relativa a ilícitas remesas dinerarias provenientes del tráfico de drogas y dirigidas a la adquisición de nuevas partidas de sustancias estupefacientes".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a los procesados Don Millán , Don Segismundo , Doña Sagrario , Don Clemente , Don Augusto , Don Faustino , Doña Coro , Don Martin , Don Jose Pedro , Don Carlos , Don Gregorio , Don Rodrigo , Don Florencio y Don Abelardo , de los delitos contra la salud pública y falsedad en documento oficial -- de éste tan sólo el procesado Don Jose Pedro -- de los que eran acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas procesales del presente juicio.- Una vez firme la presente sentencia déjense sin efectos cuantas medidas cautelares se hubieran adoptado con respecto a los procesados absueltos".

3.-Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por el **Ministerio Fiscal** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACION: Unico.-** En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.1 de la Constitución , en relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba, habiendo causado indefensión a la parte acusadora por la indebida anulación de las intervenciones telefónicas judicialmente acordadas.

5.- Instruidas los acusados como partes recurridas del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 30 de abril de 2015.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - El Ministerio Fiscal, en el único motivo de su recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías previsto en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba, habiendo causado indefensión a la parte acusadora por la indebida anulación de las intervenciones telefónicas judicialmente acordadas

Se alega, en defensa del recurso, que la sentencia recurrida absolvió a los acusados por entender que la intervención telefónica acordada por Auto de fecha 9 de marzo de 2007 era nula así como todas las pruebas derivadas de tal intervención y que el Tribunal de instancia justifica la nulidad por entender que su fundamentación no reúne los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial que expone y esencialmente por basarse en los datos que proporcionó al Juez la Unidad policial investigadora, informaciones que se habrían obtenido con incorrección o por tratarse de suposiciones de los policías carentes de lógica y fundamento. Referente a la forma incorrecta de obtener la información, el Tribunal reprocha al Auto que la motivación se base "en manifestaciones atribuidas a Don Ángel Jesús que no constan en los antecedentes del Sumario, precedentemente relacionados..... y en la suposición de la Guardia Civil de que el Teléfono móvil de D<sup>a</sup> Aida pudiera ser también utilizado por el investigado D. Juan Carlos, no acompañando dato objetivo alguno, ni diligencia de investigación propia por mínima que fuera, que avalara las presuntas manifestaciones de D. Ángel Jesús y la suposición policial de que el teléfono de D<sup>a</sup> Aida pudiera ser empleado por D. Juan Carlos para la comisión de posibles delitos contra la salud pública".

Añade el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso que son dos los motivos de nulidad esgrimidos por el Tribunal de instancia: 1. El hecho de que las manifestaciones del informante D. Ángel Jesús fueran obtenidas por la Guardia Civil en prisión sin asistencia letrada. 2. El hecho de acordar la intervención del teléfono de la Sra. Aida ante la suposición de que el mismo fuera utilizado por Juan Carlos, sin más datos objetivos.

Sigue diciendo el Ministerio Fiscal, que respecto al primer motivo de nulidad, se discrepa de las afirmaciones de la sentencia recurrida por dos razones: 1) Porque las manifestaciones tenidas en cuenta por el Juez instructor para acordar la intervención telefónica anulada fueron vertidas en sede judicial, como por otra parte reconoce la propia sentencia, al relatar en el fundamento jurídico tercero del Auto de 22/10/2012, los pormenores de las declaraciones prestadas por el Sr. Ángel Jesús. Así se dice que "con fecha 24 de noviembre de 2006 D. Ángel Jesús prestó nueva declaración en sede judicial, asistido de su Letrado donde expresó..... Que ese señor se presentó como Antonio, era Boliviano y los llevó a su casa.... Que exhibido un plano de Hospitalet localiza la calle como DIRECCION001 ..." Igualmente, se recoge que "con fecha 25 de enero de 2007 D. Ángel Jesús presta declaración indagatoria en el sumario 14/06 del Juzgado de Instrucción nº 4 de El Prat de Llobregat, explicando que ya conoce el teléfono y nombre de la persona que les llevó al piso que se llama Antonio, es boliviano y de piel un poco oscura cuyos teléfonos son NUM003 y NUM004. Que la mujer se llamaba Aida es blanca y su teléfono es NUM005 .... Que Aida es la madrastra de Antonio".

En estas declaraciones se basó el Juez para dictar el auto de intervención telefónica; declaraciones vertidas por el Sr. Ángel Jesús en sede judicial, donde identificó a la persona que le fue a buscar a la estación de autobuses y a quien debía entregar las maletas con la droga, y en las que identificó, igualmente, el domicilio donde se alojó en LHospitalet y facilitó los números de teléfono utilizados para realizar los contactos; 2) Porque las dos entrevistas que tuvieron lugar entre el preso Ángel Jesús y la Guardia Civil, en fechas posteriores a sus declaraciones judiciales, nada aportaron a la causa, salvo confirmar lo ya declarado judicialmente. En consecuencia, el Ministerio Fiscal entiende que esta primera infracción que la Sala de instancia entendió cometida por el Auto anulado debe ser rechazada. El número de teléfono NUM006 fue facilitado por el Sr. Ángel Jesús en su declaración judicial indagatoria y en presencia de su Letrado, ante el mismo juzgado que acordó la intervención anulada. Se añade que es cierto que hubo un error ya que Ángel Jesús suministró el nº NUM005 en el que el dígito final difiere del solicitado por la Guardia Civil ( NUM006 ) para su interceptación en su oficio al Juzgado, que se dice error de transcripción o tipográfico que la Guardia Civil aclaró en el oficio de solicitud de la intervención telefónica que obra al folio 290 en el sentido de que "gestiones efectuadas por la fuerza instructora determinan que existe un error tipográfico respecto al teléfono facilitado por Ángel Jesús perteneciente a Aida, siendo en realidad su número de teléfono el NUM006 ...".

En segundo lugar, señala el Ministerio Fiscal, que también se discrepa de que el Tribunal de instancia esgrimiera como motivo de nulidad el hecho de que se acordase la intervención del teléfono de la Sra. Aida ante la suposición de que el mismo fuera utilizado por Juan Carlos, sin más datos objetivos que corroboraran tal suposición. Se expresa por el Ministerio Fiscal que con carácter previo a la solicitud de la intervención del teléfono con número NUM006, la Guardia Civil identificó correctamente a "Culebras" y a "Graciosa" identificación que se llevó a cabo mediante la consulta del padrón municipal de LHospitalet, a raíz de la



declaración judicial prestada, primero el 24/11/2006 donde identificó el domicilio (c/ DIRECCION001 , metro Pubilla Cases, en cuya esquina se encuentra el colegio Lope de Vega) y segundo, en la declaración indagatoria donde ya aportó algún dato más del tal " Culebras ", como su apellido " Juan Carlos ". Del parentesco entre " Graciosa ", identificada como Aida y " Culebras ", identificado como Juan Carlos , no cupo duda desde la declaración prestada por Ángel Jesús el 24/11/2006 y ampliada en la indagatoria del 25/1/2007. Se trataba de su madrastra. Es indiscutida e indiscutible la titularidad correspondiente a " Graciosa " del teléfono intervenido. La cuestión, por tanto, queda reducida a analizar si la intervención telefónica acordada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Prat de Llobregat por Auto de 9 de marzo de 2007 se ajustó a las previsiones jurisprudenciales suficientemente asentadas o si como se sostiene por el Tribunal de instancia, atribuir el uso del teléfono de " Graciosa " a " Culebras " fue una especulación sin fundamento de la Policía judicial. El Tribunal de instancia se lamenta de que solo la existencia del parentesco y el hecho de la convivencia haya llevado a los investigadores a la conclusión de que el teléfono de Graciosa , madrastra de Juan Carlos , era utilizado por éste último y habla de unas presuntas manifestaciones de un inculpado que no se sabe donde constan y que se trata de suposiciones de los funcionarios policiales. Sigue diciendo el Ministerio Fiscal que se discrepa de lo expresado por el Tribunal de instancia en relación al caso que examinamos. Y se señala que el motivo de intervenir el teléfono de Aida no es otro que las sospechas fundadas de que es a través de tal terminal como se organizaban las llegadas de los llamados "muleros", entre los cuales se encontraba el propio Ángel Jesús . Sigue diciendo que Ángel Jesús llegó a España procedente de Asunción (Paraguay) por cuenta del hijastro de Aida , portando, junto a su compañera Alicia , más de seis kilos de cocaína; en la estación de autobuses a la que llegaron les estaba esperando el hijastro de Graciosa , a los cuales condujo precisamente al domicilio que compartía con aquella en la C/ DIRECCION001 , no precisamente por espíritu fraternal o de camaradería, sino con ánimo de garantizarse la recogida en el aeropuerto de las maletas conteniendo los seis kilos de cocaína de importante pureza. De los números de teléfono que la organización facilitó a Ángel Jesús tres no estaban operativos, como se pudo comprobar por la Policía judicial, lo que les llevó a solicitar su desactivación; el último, perteneciente a Aida , es precisamente el utilizado por Juan Carlos , como se desprende del hecho de que Ángel Jesús lo conociera y lo facilitara al Juez de instrucción. Se pregunta el Ministerio Fiscal ¿Que sentido podía tener que Ángel Jesús , un mulero más, dispusiera de ese número de teléfono? Como acertadamente comprendió la Juez de Instrucción, sólo podía Ángel Jesús poseer el teléfono de " Graciosa " porque era el de contacto con la organización que esperaba la droga que trajo desde Paraguay, con independencia de quien fuera el formal titular del terminal. En definitiva, sigue señalando el Ministerio Fiscal, los datos facilitados por la Policía tenían una objetividad suficiente que los diferenciaba de la mera intuición o conjetura. Y así tenemos, como primer dato objetivo, la incautación al Sr. Ángel Jesús y a su compañera de sendas maletas conteniendo más de seis kilos de cocaína; como segundo, el hecho de que tales maletas fueran transportadas a España por cuenta de Juan Carlos como lo acredita la circunstancia de que el Sr. Ángel Jesús indicara en un plano a la autoridad judicial el domicilio al que iban a llevar las maletas que no era otro, como previamente comprobó la Policía en el padrón municipal, que el ocupado por el Sr. Juan Carlos y Sra. Aida en la C/ DIRECCION001 ; que el Sr. Ángel Jesús facilitó a la autoridad judicial los números de los tres teléfonos móviles cuyo titular era el propio Sr. Juan Carlos y un cuarto cuya titular era Sra. Aida ; y finalmente que los tres teléfonos de titularidad del Sr. Juan Carlos estaban desactivados y solo entonces se procedió a intervenir el cuarto teléfono facilitado por el Sr. Juan Carlos al Sr. Ángel Jesús y cuya titular era Aida . Concluye el Ministerio Fiscal señalando que los datos expuestos proporcionan una base real suficiente para poder estimar que por parte del Sr. Juan Carlos se había cometido y presumiblemente se iba a seguir cometiendo el delito que se trata de investigar y que los contactos que al efecto mantenía lo eran a través de la terminal intervenida judicialmente y por tanto la intervención acordada por la Juez de Instrucción cumplió con todos los requisitos jurisprudenciales exigidos.

**SEGUNDO** .- Examinadas las actuaciones, puede comprobarse, en primer lugar, que el Tribunal de instancia, por Auto de 22 de octubre de 2012 , que obra al folio 922 del Rollo de Sala, acordó en su parte dispositiva la ilicitud de las intervenciones telefónicas de los números NUM006 y NUM007 y por derivar de esas intervenciones declara asimismo la ilicitud de las demás intervenciones telefónicas, prórrogas, entradas y registros, periciales y documentales practicadas. Asimismo añade ese Auto en su parte dispositiva que contra esa resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que legalmente proceda contra la sentencia que se dicte en su día tras la celebración del correspondiente plenario, plenario en el que no se practicó prueba alguna como consecuencia de la nulidad acordada en el Auto referido.

Igualmente se puede comprobar con la lectura de ese Auto que las razones para acordar la ilicitud de esas dos intervenciones telefónicas son las señaladas por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación.

Así, ciertamente, se declara en el cuarto de los fundamentos jurídicos de esa resolución, que el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de El Prat de Llobregat, de 9 de marzo de 2007 , que autoriza la intervención del teléfono nº NUM006 , no satisface en forma alguna las exigencias constitucionales y legales vigentes. Añade



que la petición de intervención del teléfono núm. NUM006 se basa únicamente, de un lado, en manifestaciones atribuidas a Don Ángel Jesús que no constan en los antecedentes del Sumario y en la suposición de la Guardia Civil de que el teléfono móvil de Doña Aida pudiera ser también utilizado por el investigado Don Juan Carlos , no acompañando dato objetivo alguno, ni diligencia de investigación propia por mínima que fuera que avalara las presuntas manifestaciones de D. Ángel Jesús -que, como hemos dicho más arriba no constan en ninguna parte de los antecedentes del Sumario - y la suposición policial de que el teléfono de Doña Aida pudiera ser empleado por Don Juan Carlos para la comisión de posibles delitos contra la salud pública. Se añade que la prueba obtenida de la intervención del teléfono NUM006 , de Doña Aida , debe considerarse ilícita, ilicitud que alcanza a las demás pruebas obtenidas de todas las restantes intervenciones telefónicas y se señalan las intervenciones judicialmente autorizadas, mencionándose en primer lugar el Auto de fecha 22 de marzo de 2007 (folios 272 a 275) que autoriza la intervención del teléfono NUM007 en base a los datos obtenidos de la intervención del teléfono de Doña Aida .

La sentencia recurrida por el Ministerio Fiscal, como se expresa en sus fundamentos jurídicos, es consecuencia necesaria del Auto dictado por el mismo Tribunal, con fecha 22 de octubre de 2012 , que se da por reproducido en dicha Sentencia en la que se reitera, por las mismas razones expuestas en mencionado Auto, la ilicitud de todas las pruebas obtenidas de las intervenciones de los teléfonos con los números NUM006 y NUM007 .

**TERCERO.-** Antes de entrar en el examen de las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal en el recurso interpuesto, es oportuno recordar la jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias 499/2012, de 11 de junio y 1344/2009, de 16 de diciembre , entre otras muchas, sobre la legitimidad del Ministerio Fiscal para promover el recurso de casación alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en las que se expresa que está fuera de toda duda la legitimidad del Ministerio Fiscal para alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se añade en estas Sentencias que el Ministerio Fiscal es parte necesaria en todo proceso penal –excepto los delitos estrictamente privados–, y al mismo tiempo garante del interés público en los términos recogidos en el artículo 1 del Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/81 , que la Ley 24/2007 de 9 de Octubre ha venido a reforzar como se acredita con la nueva redacción dada al artículo 3 del Estatuto. También debemos citar el artículo 124.1º de la Constitución . La jurisprudencia de esta Sala es clara al respecto, como se acredita con la cita de las SSTs de 8 de Marzo de 2000 , 2012/2000 de 26 de Diciembre , 5 de Septiembre de 2003 ó 501/2006 de 5 de Mayo. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional – STC 86/1985 de 10 de Julio se pronuncia, si bien en referencia al recurso de amparo, cuando declara *".....esa legitimación del Ministerio Fiscal se configura como un ius agendi reconocido en ese órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la Norma Fundamental. promoviendo el amparo constitucional el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente derechos fundamentales, pero lo hace, y en eso reside la peculiar naturaleza de su actuación, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos....."*.

La jurisprudencia mencionada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos, y le es lícito al Ministerio Fiscal instar el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba idóneos, derechos proclamados en el artículo 24 de la Constitución , que han podido verse conculcados, y todo ello en defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías que conforman un juicio justo ( art. 6 C.E.D.H .), que el Fiscal asume (art. 3.1 E.O.M.F.) y actúa cuando ejercita su derecho al recurso.

**CUARTO .-** Como se ha dejado antes expresado, el Tribunal de instancia rechaza la licitud de las intervenciones telefónicas y especialmente la autorizada por Auto de fecha 9 de marzo de 2007 , referida al número 600.278.274, ya que es la que determina la ilicitud de las demás intervenciones telefónicas y pruebas practicadas en cuanto derivan de las conversaciones escuchadas al amparo de esa primera autorización judicial. La razón de esa declarada ilicitud, a la que antes se hizo referencia, es la falta de la debida motivación ya que la que contiene no satisface en forma alguna las exigencias constitucionales y legales vigentes. Añade el Tribunal de instancia que la petición de intervención del teléfono núm. NUM006 se basa únicamente, de un lado, en manifestaciones atribuidas a Don Ángel Jesús que no constan en los antecedentes del Sumario y en la suposición de la Guardia Civil de que el teléfono móvil de Doña Aida pudiera ser también utilizado por el investigado Don Juan Carlos , no acompañando dato objetivo alguno, ni diligencia de investigación propia por mínima que fuera que avalara las presuntas manifestaciones de Don Ángel Jesús -que, como hemos dicho más arriba no constan en ninguna parte de los antecedentes del Sumario - y la suposición policial de que el teléfono de Doña Aida pudiera ser empleado por Don Juan Carlos para la comisión de posibles delitos contra la salud pública.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional, como es exponente la Sentencia 5/2010, de 7 de abril , que en lo que respecta a la exigencia de motivación que ha de cumplir la autorización judicial de una intervención telefónica para considerarla constitucionalmente legítima, reiteradamente hemos afirmado que, además de



precisar el número o números de teléfono que han de intervenir, la duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y cuándo ha de darse cuenta al órgano judicial, han de explicitarse en ella los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional. También hemos afirmado que, aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

**QUINTO.** - Expuestas las anteriores consideraciones y la doctrina jurisprudencial sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales que autorizan injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones, procedemos a examinar si el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de El Prat de Llobregat, de fecha 9 de marzo de 2007, que autorizaba la intervención del teléfono NUM006 cumple o no con las exigencias que reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala vienen exigiendo para justificar la injerencia en el derecho fundamental expuesto.

El mencionado Auto judicial, de fecha 9 de marzo de 2007, que obra al folio 247 de las actuaciones, contiene, entre otros, los siguientes razonamientos jurídicos: Los indicios fácticos que sirven de base a la presente investigación refieren que Sra. Alicia y el Sr. Ángel Jesús llegaron juntos a España el día 22 de septiembre de 2006 mediante un vuelo procedente de Asunción, con escala en Sao Paulo y Londres y destino Bilbao, desplazándose con posterioridad por carretera hasta Barcelona, en cuyo aeropuerto, por previos problemas en el aeropuerto de llegada, recogieron sus respectivas maletas en cuyo interior fueron hallados diferentes objetos que contenían droga, en concreto cocaína, según prueba de drogatest efectuada por la Guardia Civil; durante los escasos días que transcurrieron desde la llegada a Barcelona hasta su detención al recoger las maletas en el aeropuerto, fueron acogidos en un domicilio por una o varias personas, aun sin identificar, domicilio que ha sido localizado por la Guardia Civil en la localidad de LHospitalet, calle DIRECCION001 nº NUM008. Tanto Alicia como el Sr. Ángel Jesús facilitaron el teléfono NUM009 como teléfono de contacto en España; a pesar de haberse procedido a la intervención de la citada línea la medida ha sido cesada ya que por el contenido de las conversaciones no parece tener relación con la operación aquí investigada. Por otra parte, en su declaración indagatoria el Sr. Ángel Jesús aportó tres teléfonos pertenecientes a las personas que formaban la infraestructura que una vez llegados a España les acogieron y a las que debía entregarla droga transportada a cambio de dinero, procediéndose con fecha 13 de febrero de 2007 a acordar la intervención de los nuevos teléfonos facilitados por el Sr. Ángel Jesús ( NUM004, NUM003 y NUM010 ). De nuevo la colaboración del Sr. Ángel Jesús ha facilitado, en su declaración indagatoria de fecha 25 de enero de 2007, el teléfono móvil de otra de las personas implicadas en el grupo que los recibió al llegar a España y les gestionó la vivienda y el sustento en tanto llegasen las maletas con la droga; la persona identificada se llamaría Graciosa, madrastra del llamado "Culebras", y el teléfono sería el NUM005, habiéndose descubierto, por un lado, a través de las vigilancias y seguimientos que éste último respondería al nombre de Juan Carlos y aquella Aida, empadronados ambos en la DIRECCION001 nº NUM008, NUM001. NUM011 de LHospital de Llobregat y, por otro lado, que en el número de teléfono de Aida supuestamente utilizado por Juan Carlos existe un error tipográfico siendo el número final un cuatro. Se añade que estos indicios deben considerarse suficientes para justificar una medida limitativa de derechos fundamentales, como es la intervención telefónica, siendo la misma imprescindible, proporcionada y justificada para poder identificar a las personas que participan en la presente red de tráfico de drogas, recibiendo a personas extranjeras que llegan a nuestro país portando en sus maletas importantes cantidades de droga. La intervención telefónica es, en el momento actual, el único mecanismo para avanzar en la investigación. Se acuerda la intervención, escucha y grabación del teléfono NUM006, señalándose, entre otros extremos, el tiempo de duración de la intervención y la Unidad de Policía Judicial encargada de la investigación, que debe dar cuenta al Juzgado del resultado de la misma quincenalmente con entrega de los soportes originales que se obtengan y su transcripción.

Así las cosas, en dicho Auto aparecen adecuadamente cumplidos los presupuestos de la debida motivación como se puede comprobar con la lectura de dicha resolución, ya que se trata de investigar a quien estaban destinados los más de seis kilos de cocaína, con un pureza del 78,2 %, que habían introducido en España Alicia y Ángel Jesús y el teléfono cuya intervención se autoriza es uno de los que señala Ángel Jesús como uno de los que pudiera ser utilizado por los miembros de la organización destinataria de esa importante cantidad de cocaína como medio de contacto para recibir la droga que transportaron a España. Existían, por consiguiente, datos fácticos, buenas razones o fuertes presunciones de que ese teléfono fuera utilizado por miembros de la organización que se dedicaban a introducir importantes cantidades de cocaína en España,



dándose cumplimiento a los requisitos que se vienen exigiendo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y esta Sala, para entender que concurren la necesaria motivación, justificación y proporcionalidad para autorizar tal injerencia en un derecho fundamental.

El Tribunal de instancia no cuestiona realmente el que Auto estuviese debidamente fundamentado sino que su discrepancia con esa resolución lo es porque entiende que el número de teléfono que fue judicialmente intervenido se obtuvo irregularmente al margen de las actuaciones judiciales y que el que se diga que puede ser utilizado por el destinatario de la cocaína, de esta entrega como de otras, es una suposición sin datos objetivos que lo avalen.

El Ministerio Fiscal, en su recurso, disiente de ese parecer del Tribunal de instancia ya que esas dos objeciones que a juicio del Tribunal de instancia determinan la ilicitud de la intervención telefónica no se corresponden con la realidad de lo acontecido y que esos datos objetivos constan correctamente incorporados en las diligencias instruidas judicialmente.

Ciertamente, el examen de las actuaciones permite comprobar que la Juez de instrucción que autorizó esa intervención telefónica disponía, por haberse incorporado correctamente al sumario, de esos datos o elementos objetivos que justificaban la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

No lleva razón el Tribunal de instancia cuando declara que las manifestaciones atribuidas a Ángel Jesús , sobre ese número de teléfono y su posible uso por los destinatarios de la droga, no constan en los antecedentes del Sumario.

En la declaración prestada por Ángel Jesús en sede judicial, asistido de Letrado, con fecha 24 de noviembre de 2006, que obra al folio 67 de las actuaciones, manifiesta, entre otros extremos, que Alicia y él llegaron en avión a Bilbao, que sus maletas no llegaron porque hubo un problema de recolocación en los vuelos, que desde Bilbao fueron a Barcelona en autobús, que llamó al teléfono que le habían facilitado en Buenos Aires, que recuerda que terminaba en NUM012 , que se presentó como Culebras , que era boliviano, que le llevó a su casa que se encuentra junto al metro de Pubillas Cases y exhibido un plano de Hospitalet localiza la calle como la de DIRECCION001 , en cuya esquina está el colegio Lope de Vega y al lado del portal un locutorio paquistaní. Que en el piso de Culebras también vivía su padre y su madrastra. Que fue Culebras quien los llevó, a Alicia y a él, al aeropuerto para recoger las maletas. Y en la declaración indagatoria de este mismo Ángel Jesús , que obra al folio 161 de las actuaciones, en sede judicial y asistido de Letrado, en fecha 25 de enero de 2007, manifiesta, entre otros extremos, que ya conoce el teléfono y nombre de la persona que les llevó al piso de Pubillas Cases, que se llama Antonio , que es boliviano y de piel un poco oscura, cuyos teléfonos son NUM003 y NUM004 , Añade que la mujer se llama Graciosa , que es blanca y su teléfono es NUM005 .

En la diligencia de exposición de hechos que hace la Unidad Orgánica de Policía Judicial, que obra al folio 239 de las actuaciones, se hace constar que está empadronada en ese domicilio Aida , y que por gestiones practicadas por la fuerza instructora se ha determinado que existe un error tipográfico respecto al teléfono facilitado por Ángel Jesús como perteneciente a Aida , siendo en realidad el número el NUM006 , pudiendo este teléfono ser empleado por su hijastro Juan Carlos como por ella misma.

Así las cosas, Ángel Jesús aportó, en sede judicial y asistido de Letrado, los datos que se tuvieron en cuenta para situar a Aida como usuaria de la vivienda en la que vivían las persona que acogieron a los dos portadores de tan importante cantidad de cocaína y a donde tenían que llevar la droga, datos que fueron completados con el examen del padrón de habitantes. Igualmente manifestó en esas declaraciones judiciales el número de teléfono de que era titular la citada Aida , con un error tipográfico respecto al último número que pudo ser esclarecido por gestiones realizadas por la Policía judicial, siendo oportuno consignar que el encuentro entre agentes de la Guardia Civil y Ángel Jesús en el centro penitenciario se produjo meses después de que se efectuasen esas declaraciones, en sede judicial y asistido de Letrado, por parte de Ángel Jesús .

Tampoco se puede compartir el segundo argumento expresado en la sentencia recurrida para sostener la ilicitud de la intervención telefónica judicialmente autorizada del número NUM006 . Se señala en dicha sentencia que no existe dato objetivo alguno, ni diligencia de investigación propia por mínima que fuera, que avalara la suposición policial de que el teléfono de Aida pudiera ser empleado por Juan Carlos para la comisión de posibles delitos contra la salud pública y se añade, para reforzar esas razones que sustentan la ilicitud de la intervención telefónica, que "bastaría a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad aducir la posibilidad de que el teléfono de cualquier ciudadano pudiera ser utilizado por una persona investigada por su posible participación en la comisión de un hecho delictivo para que se procediera a su intervención, aún cuando contra el mismo no existiera dato o indicio alguno incriminador".

Ciertamente discrepamos de las razones expresadas por el Tribunal de instancia ya que no se puede olvidar, como señala el Ministerio Fiscal en defensa de su recurso, que la importante cantidad de cocaína que habían



traído a España Ángel Jesús y Alicia tenía como destino un domicilio en el que vivía, junto a otros investigados, Aida , como tampoco se puede olvidar que Ángel Jesús , para facilitar el contacto con los destinatarios de la droga, tenía a su disposición varios números de teléfono y entre ellos era conocedor del número de teléfono del que era titular Aida , cuya intervención fue judicialmente autorizada, teléfono que, como consta al folio 260, fue utilizado por la propia Aida para contactar con personas de origen sudamericano para que por vía aérea efectuaran envíos de paquetes y maleta al aeropuerto de El Prat, siendo uno de los interlocutores el usuario del número de teléfono NUM007 , que es el otro teléfono al que se refiere la sentencia recurrida y cuya ilícita intervención se dice determinada al haberse obtenido esa información en conversaciones mantenidas con el teléfono número NUM006 .

Existían, pues, datos fácticos, buenas razones o fuertes presunciones de que ese teléfono fuera utilizado por miembros de la organización que se dedicaban a introducir importantes cantidades de cocaína en España.

Por todo lo que se deja expresado, el recurso formalizado por el Ministerio Fiscal debe ser estimado y ello conlleva la nulidad de la sentencia recurrida, al no constar la vulneración de derechos fundamentales en el Auto de fecha 9 de marzo de 2007 , que acordó la intervención, escucha y grabación del número de teléfono NUM006 , ni en el Auto de 22 de marzo de 2007, que acordó la intervención, escucha y grabación del número de teléfono NUM007 , con devolución de la causa a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, y dado que se ha privado del derecho a la prueba al Ministerio Fiscal, al no haberse practicado en el plenario las que había solicitado, como puede comprobarse con el visionado del vídeo que contiene lo acontecido en dicho plenario, procede retrotraer las actuaciones al momento anterior al inicio del acto del juicio oral, debiéndose celebrar de nuevo el acto del juicio oral con un Tribunal distinto del que dictó la sentencia recurrida.

### III. FALLO

**DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION** por infracción de precepto constitucional interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 29 de enero de 2014 , que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas, con devolución de la causa a la mencionada Sección retrotrayéndose las actuaciones al momento anterior al acto del juicio oral, que se celebrará de nuevo con un Tribunal distinto del que dictó la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Carlos Granados Perez

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Perez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.