

**Tribunal Supremo, 22-1-2009, nº 901/2009, rec. 1034/2008. Hallazgo casual droga en el curso de investigación judicial sobre actividad delictiva distinta. Validez como prueba.**

## **RESUMEN**

Se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia absolutoria dictada en causa seguida por delito de tráfico de drogas. En el presente caso, los indicios -ciertamente relevantes- de que se estaba cometiendo o se iba a cometer un hecho delictivo grave, como es el tráfico ilícito de drogas, obtenidos -como hallazgo casual- en el curso de la investigación judicial sobre una actividad delictiva distinta, en principio, deben considerarse fundamento suficiente para que la autoridad judicial pueda ordenar válidamente la incoación de un nuevo proceso y, en él, una nueva intervención telefónica para investigar el presunto delito contra la salud pública.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de la Bisbal D'Empordá, instruyó sumario con el núm. 1/2007, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta, que con fecha diecisiete de marzo de 2.008, dictó sentencia que contiene el siguiente HECHO PROBADO:

"En virtud de intervención telefónica autorizada por auto de fecha 20-2-2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de La Bisbal d'Empordá en las Diligencias Previas núm. 7/07, posteriormente Sumario 1/07 se ha seguido un procedimiento penal en contra de los acusados Jesús María , Ernesto , Rosendo , Miguel Ángel y Ignacio , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, en el que se les acusaba de la tenencia, para destinar al consumo de terceros a cambio de precio, de 35 bolsas que contenía 34.294 pastillas de color blanco con el anagrama "Q7" y de dos bolsas más que contenía 2.041 pastillas de color azul con el anagrama "?", cuyo peso total era de 11.075'3 gramos, todas ellas con la sustancia estupefaciente de metilodioximetanfetamina (MDMA), con una riqueza de l'86% en el caso de las primeras pastillas y de l'57% en el de las segundas, con un precio en el mercado que ascendía a 398.231'60 euros. No constan en las actuaciones ni los oficios policiales de solicitud ni los autos de intervención telefónica que dieron origen a las Diligencias Previas núm. 437/06 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de La Bisbal d'Empordá, en cuyo seno se intervinieron varios teléfonos cuya escucha motivó la incoación del presente procedimiento penal, por lo que la Sala no ha tenido la oportunidad de controlar la legalidad de las posteriores intervenciones telefónicas, cuya escucha ha dado lugar a la intervención de las pastillas a las que nos hemos referido".

2.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS: "Que debemos absolver a los acusados Jesús María , Ernesto , Rosendo , Miguel Ángel y Ignacio como autores responsables de un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia del que venían siendo acusados.

3.- Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma por el MINISTERIO FISCAL recurso de casación por infracción de precepto Constitucional.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

PRIMERO.- La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Gerona -por sentencia de 17 de marzo de 2008- absolvió a los acusados Jesús María , Ernesto , Rosendo , Miguel Ángel y Ignacio , del delito contra la salud pública del que venían acusados por el Ministerio Fiscal, por tenencia de drogas susceptibles de causar grave daño a la salud que pensaban destinar a terceras personas, consistente en 11.075?3 gramos de MDMA, porque el resultado de las correspondientes investigaciones policiales traía causa de las intervenciones telefónicas que habían sido acordadas en esta causa, por resolución judicial, sobre la base del resultado de unas intervenciones telefónicas previas, ordenadas judicialmente también en otro proceso, habiéndose iniciado la presente causa con el testimonio de particulares, librado por el Secretario del mismo Juzgado que conocía también del citado proceso, en el que se recogía únicamente el oficio policial, el resumen de las conversaciones intervenidas con el contenido del "hallazgo casual", su transcripción policial y el cotejo del Secretario Judicial, sin haberse incluido en el mismo la inicial petición policial de las primeras intervenciones, ni la correspondiente resolución judicial que las ordenó, como tampoco las peticiones y consiguientes resoluciones ulteriores, argumentado el Tribunal de instancia que "no puede darse "por supuesta" la existencia de la autorización judicial a la vista de la remisión por la policía de las transcripciones de las intervenciones efectuadas porque se impide toda verificación de los requisitos de legalidad constitucional determinantes de la validez", por lo cual "no sólo procede declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas sino también de cualquier otra prueba incriminatoria conectada antijurídicamente con ellas"; deduciéndose de todo ello, ante la inexistencia de prueba válida, la procedencia de absolver a los procesados.

SEGUNDO.- ...

En el presente caso -dice el Ministerio Fiscal- "no se trata de ausencia total de vestigio alguno que pudiera hacer sospechar la inexistencia de decisión judicial o carencia de control sobre la intervención inicialmente acordada, porque es la propia Juez Instructora la que ordena que se lleve a cabo un testimonio en el que incluye el origen de la noticia criminis, la transcripción literal de la conversación y el cotejo de la misma por el secretario judicial", por lo que entiende que ha de concluirse que "existía suficiente base real y contrastada para la adopción", en este nuevo procedimiento, "de la medida de intervención telefónica específica que la Sala de Instancia ha dejado de valorar", sin necesidad de vincular el auto de 20 de febrero de 2007 con las anteriores intervenciones telefónicas obrantes en las Diligencias iniciales; y sin olvidar, por otra parte, la posibilidad de que el Tribunal hubiera hecho uso de las facultades previstas en el art. 729.2º de la LECrim ., citando al efecto, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el sentido de que si bien "la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento de contrastar o verificar la fiabilidad de pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim ., no puede considerarse "per se" lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de

comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar sentencia (art. 741 LECrim .) en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE )" (SS TC 188/2000, 229/2003 y 130/2005 ).

El Tribunal de instancia, por su parte, declara en su sentencia que "las intervenciones telefónicas, en tanto que violaciones legales del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, son medidas muy delicadas cuyo tratamiento procesal ha de ser especialmente cuidadoso". De ahí que "el auto dictado en las presentes actuaciones de fecha 20-2-07 no puede ser examinado de forma individualizada y desencadenada, sino que, como no es sino consecuencia de resoluciones judiciales anteriores, debe ser estudiado en relación con esos primigenios autos", citando a estos efectos la STS de 22 de junio de 2005 , que ya se ha pronunciado en idéntico sentido. Por tanto, como quiera que, en el presente caso, el Tribunal de instancia no ha podido examinar la totalidad de los antecedentes en los que tienen su origen las intervenciones que han permitido descubrir los hechos enjuiciados en esta causa, "no sólo procede declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas sino también la de cualquier otra prueba incriminatoria conectada antijurídicamente con ellas", por lo que, "desde esta perspectiva, toda la prueba rendida en el juicio oral se halla viciada de nulidad, dado que las manifestaciones de los agentes se han producido después de que se hayan practicado nuevas intervenciones telefónicas, las nulas, y los seguimientos de personas e intervenciones de droga no han sido sino el resultado del análisis de las conversaciones intervenidas"

...hemos de reconocer que, en el presente caso, los indicios -ciertamente relevantes- de que se estaba cometiendo o se iba a cometer un hecho delictivo grave, como es el tráfico ilícito de drogas, obtenidos -como hallazgo casual- en el curso de la investigación judicial sobre una actividad delictiva distinta (un robo con intimidación y una detención ilegal), en principio, deben considerarse fundamento suficiente para que **la autoridad judicial pueda ordenar válidamente la incoación de un nuevo proceso y, en él, una nueva intervención telefónica para investigar el presunto delito contra la salud pública; pues, es indudable que el "hallazgo casual" se ha producido en el marco de una intervención telefónica ordenada por autoridad judicial competente y que los indicios revelados son objetivos, accesibles y con entidad suficiente para que la misma autoridad judicial pueda ordenar una nueva intervención telefónica.**

La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad de las injerencias ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre dicha cuestión con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes al principio de la buena fe y lealtad procesal en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (v. art. 11.1 LOPJ ).

Es indudable, pues, que, en el presente caso, las defensas de los procesados tuvieron la posibilidad de interesar la unión a estas actuaciones de un testimonio de particulares del

primero de los procesos, si es que querían poner de manifiesto alguna ilegalidad o irregularidad en la actuación judicial relacionada con el derecho al secreto de las comunicaciones, o con cualquier otro de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados por ellas, por lo que, en último término, nunca podrían alegar con el debido fundamento una posible indefensión (art. 24.1 CE ).

## **FALLO**

Que declaramos la nulidad de la sentencia dictada, en esta causa, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Girona, el día 17 de marzo de 2008 , y ordenamos la devolución de la misma a dicho Tribunal para que, valorando las pruebas practicadas en ella, dicte nueva sentencia;