

**Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 248/2012 de 12 abril.**

## **RESUMEN**

**Imposibilidad de solicitar intervención telefónica fundamentándola sólo en declaraciones de confidentes. La mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad.**

## **I. ANTECEDENTES**

### **PRIMERO**

El Juzgado de Instrucción Nº 5 de Vigo instruyó Procedimiento Abreviado con el Nº 48/2010 y una vez concluso lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que con fecha 26 de abril de 2011, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" ÚNICO.- Se declara probado que a las 00,30 horas del día 1 de julio de 2009, en la avenida Beiramar de Vigo fue interceptado por agentes de la Policía Nacional el vehículo Seat León matrícula ....DND propiedad de Fausto -mayor de edad- y conducido por el mismo, interviniendo en el asiento delantero derecho del vehículo una mochila que contenía un paquete con 1001,400 gramos de cocaína con un porcentaje de riqueza del 74,44%, y con un valor en el mercado ilícito de 88.931 euros en el caso de venta por gramos y de 35.336,506 euros en el caso de venta por kilos, así como una bolsa conteniendo 570 euros en billetes y un teléfono móvil. La cocaína intervenida a Fausto se la habían entregado los acusados José Daniel y Arturo -ambos mayores de edad- en la noche del 30/06/2009 en la zona de Villagarcía-Cambados con el encargo de transportarla hasta la ciudad de Vigo, a cambio de la remuneración de 570 euros que le entregaron a tal fin. José Daniel y Arturo destinaban la cocaína que se intervino a Fausto a la venta a terceras personas. Al teléfono móvil intervenido a Fausto realiza José Daniel varias llamadas perdidas durante el trayecto hasta Vigo, así como, tras la detención de Fausto, varias llamadas para averiguar por qué no llegaba Fausto, al lugar convenido para entregarles la cocaína. Fausto, una vez detenido, reveló a la Policía la participación que había tenido en los hechos Arturo, al que además identificó fotográficamente".

### **SEGUNDO**

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a los acusados Fausto, José Daniel y Arturo , como autores y responsables criminalmente de un delito de tráfico de drogas en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, ya definido, y concurriendo en Fausto la atenuante analógica de confesión y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los otros dos acusados [...]

### **TERCERO**

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron contra la misma, recursos de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley por José Daniel y Arturo y por infracción de ley por Fausto [...]

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

### PRIMERO

.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, con fecha 26 de abril de 2011 , condena a los recurrentes como autores de un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud. Frente a ella se alzan los recursos de los tres condenados, el primero por infracción de ley y error en la apreciación de la prueba, el segundo por vulneración de preceptos constitucionales (derecho al secreto de las comunicaciones y presunción de inocencia), e infracción de ley, aunque lo enuncia como error en la apreciación de la prueba, y el tercero por presunción de inocencia e infracción de ley.

[...]

RECURSO DE D. José Daniel.

### SEXTO

.- **El primero de los motivos de recurso interpuestos por el segundo recurrente, José Daniel , al amparo de lo previsto en el art 852 de la Lecrim y 5 4º de la LOPJ, alega infracción de precepto constitucional y concretamente del art 18 3º de la CE de 1978 , que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, por considerar que el auto judicial que autorizó la intervención de las comunicaciones es nulo por falta de motivación al haberse adoptado sobre la base de un informe policial fundado exclusivamente en informaciones de confidentes.**

**Esta Sala se pronunció ya en una inicial sentencia de 26 de septiembre de 1997 (núm. 1149/97), acerca de la prohibición de utilización de informaciones procedentes de confidentes anónimos como prueba de cargo o como indicio directo y único para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, estableciendo una doctrina que ha sido muy reiterada a partir de aquella fecha (por ejemplo, entre las resoluciones más recientes, STS 210/2012, de 8 de marz ), y que por ello conviene recordar en su formulación original.**

Decía dicha resolución que **"la aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía, vulnera el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 Constitución Española) y, de modo concreto, el derecho a interrogar y hacer interrogar a los testigos de cargo,** que garantiza el art. 6.3.d) del Convenio de Roma . Yerra, sin embargo, el recurrente al afirmar que esta práctica "debió ser proscrita hace tiempo en nuestro país", pues ya lo está legalmente desde que se publicó la Lecrim. en 1882.

En efecto el art. 710 exige, de modo expreso, que los testigos de referencia **"precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado"**, es decir que el testimonio de referencia no puede servir legalmente de cauce para traer al proceso, como prueba de cargo, los testimonios anónimos de confidentes policiales.

**En definitiva la utilización como prueba de cargo de testimonios de confidentes anónimos, que no pueden ser interrogados por los acusados ni siquiera cuestionados en su imparcialidad por desconocer su identidad, aparece proscrita en nuestro Ordenamiento en todo caso.** En primer lugar, en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente, por vulnerar el art. 6.3.d) del Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de Septiembre de 1979 (BOE 10/10/79), que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano Constitucional, por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión, reconocido en el art. 24.1 ° y 2° de la Constitución Española . En tercer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria, por desconocer lo prevenido en el art. 710 de la Lecrim., conforme al cual los testigos de referencia "precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado", como ya se ha expresado. Y, por último, en el ámbito jurisprudencial, al violentar las exigencias que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (STC. 217/89, 303/93 o 35/95), como la de esta Sala (SSTS, 30 de Mayo de 1995 o 563/96 , de 20 de Septiembre, entre otras), imponen para la validez como prueba de cargo del testimonio de referencia...

**Una segunda cuestión se plantea por lo que se refiere a la recogida previa de información, efectuada por la policía en su labor preventiva,.... En esta fase preliminar, efectivamente, la policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del TEDH. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información , siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989 , Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990 ).**

**Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, auto exculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad, (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas" (Sentencia de 26 de septiembre de 1997, núm. 1149/97).**

## SÉPTIMO

**En el caso actual, sin embargo, la decisión judicial autorizando la intervención telefónica se apoya en una solicitud policial minuciosa y detallada que no se fundamenta en una mera confidencia sino que, siguiendo el " modus operandi " que se indica en la sentencia anteriormente citada y que se ha cumplido**

**correctamente por la fuerza policial, se apoya en las diligencias de investigación practicadas con motivo de la confidencia inicial.**

Así señala la sentencia impugnada que:

Y en el presente caso **el auto** de 27/05/2009 en el que se acuerda la intervención telefónica **aparece suficientemente motivado**, pues en su razonamiento jurídico primero se dice "deduciéndose de lo expuesto por el Ministerio Fiscal y en el atestado policial por la UDEF, Drogas -Cuerpo Nacional de Policía, que **existen fundados indicios de que mediante la intervención, observación, escucha y grabación de los teléfonos reseñados en los hechos de esta resolución, pueden descubrirse hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito contra la salud pública**, en que pudieran estar implicados José Daniel y Miguel ", haciendo por consiguiente una remisión al escrito del Ministerio Fiscal de 26/05/09 y a la solicitud de intervención telefónica del Cuerpo Nacional de Policía obrante a los folios 12 y 55, donde no se indican exclusivamente como base para que se autorice la intervención telefónica solicitada meras confidencias o sospechas, sino que se reproducen datos que se presentan como objetivos, derivados de vigilancias y seguimientos policiales y concretamente los del seguimiento del 15 de abril de 2009, al que además se refieren en el plenario los agentes de la Policía Nacional Núms. NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 y NUM004 , que señalan que había un repunte de la venta de cocaína en la ciudad que viene de Villagarcía, investigaban a Miguel y conocían también a José Daniel , sabían por confidencias que era un intermediario en la venta de cocaína, hubo una vigilancia que les dio más pistas, la de 15 de abril de 2009, por la experiencia que ellos tienen, como vigilan, como se mueven... la maniobra era para conseguir un kilo porque la cocaína en ese momento estaba muy cara, a 36.000 euros, observan como Miguel contacta con una persona con un BMW negro en la calle Florida, que le entrega un paquete, fueron a Alcalde Portante y pararon llamando mucho por teléfono, luego fueron a Matamá a una calle sin salida y pararon el coche, permaneciendo en actitud de espera, ven llegar a Jose Daniel en moto y dar varias vueltas, les hizo una seña y fueron por una calle y se acercó a la ventanilla del vehículo, se quita el casco y le ven la cara, tienen que abandonar la vigilancia y luego ven que se van. Siguen al Fiat, lo interceptan y le ocupan el paquete con el dinero a los pies, que es el precio por un kilo de cocaína (por la forma de llevarlo en fajos de billetes y siendo ese el precio de 1 kilo de cocaína en ese momento). Pensaron que iba a haber un intercambio pero creen que los debieron ver y se fueron sin hacerlo, y precisando el agente N° NUM002: "Al ver el tipo de movimientos y la relación pidieron los teléfonos de ambos", de donde con claridad se desprende que fue el seguimiento y vigilancia del día 15/04/09 y los datos objetivos obtenidos de éste lo que llevaron a solicitar la intervención telefónica.

Con tales antecedentes, en el presente caso no se aprecia que en el auto legitimador de la intervención no concurren los requisitos de legalidad constitucional que determinarían la nulidad de la resolución, al estar adoptada la medida en el marco de un proceso penal, tras haber examinado la instructora la finalidad de la solicitud y cumpliéndose en la resolución que acuerda la intervención telefónica con el estándar de legalidad en clave constitucional al que nos hemos referido, de ahí que no pueda calificarse dicha resolución y autos subsiguientes de prórroga de arbitrarios y vulneradores de derechos fundamentales y tampoco de prospectivas las medidas acordadas, ya que se justifican porque la investigación difícilmente podría avanzar sin las mismas, pues en general las solapadas formas de actuar en las actividades que configuran las infracciones del tipo de las investigadas, sin la puntual información que podría provenir de las intervenciones telefónicas, quedarían desprovistas de la

posibilidad de la prueba necesaria, debiendo primar el interés colectivo de la efectiva acción de la justicia en la represión de los delitos de la gravedad del señalado, sobre el interés individual al secreto de las comunicaciones que, como titular de un derecho fundamental, tiene el propio sospechoso".

**El razonamiento expresado por el Tribunal de instancia es perfectamente correcto, por lo que el motivo debe ser desestimado. En efecto, consta que el auto de entrada y registro no se fundamenta, como alega la parte recurrente, en un informe policial que tiene su apoyo exclusivo en manifestaciones de confidentes, sino que el referido informe se ha elaborado, siguiendo los criterios marcados por la sentencia citada de 26 de septiembre de 1997, núm. 1149/97, es decir que partiendo de la información confidencial se han practicado diversas gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo cuando dicha información ha sido confirmada por otros medios menos dudosos, es cuando se solicita la intervención telefónica.**

#### OCTAVO

Ha recordado de forma muy reiterada esta Sala (sentencia 320/2004, de 17 de marzo, entre muchas otras) que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el art. 18 párrafo Tercero .

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17º y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 8º, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial.

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de manera que la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención absolutamente imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales.

Pues bien, en el caso presente, la Magistrada Juez de instrucción del Juzgado Núm. 5 de Vigo, actuó con pleno acierto y total corrección adaptándose a este modelo constitucional, y en lugar de decidir "per saltum" acordando la intervención telefónica

como mera colaboradora policial, directamente a instancia de las fuerzas actuantes, sin informe ni solicitud expresa de ninguna de las partes acusadoras personadas en el proceso, como lamentablemente sucede con cierta frecuencia con penosos resultados tanto para la validez de las intervenciones como para la propia responsabilidad judicial, decidió dicha intervención a solicitud expresa y debidamente motivada del Ministerio Fiscal, que ejercita la acción pública en el proceso.

La modélica solicitud del representante del Ministerio Público, que obra a los folios uno al once de las actuaciones, aparece detalladamente fundamentada, tanto desde la perspectiva fáctica como desde la jurídica, aportando en los folios dos al siete una minuciosa descripción de los indicios concurrentes, que justifican de modo razonado y suficiente la necesidad de la intervención telefónica solicitada, así como en los folios siete al once una documentada y correctamente fundada solicitud de secreto de las actuaciones. A dicha solicitud se acompaña un detallado informe policial (folios doce al quince) en los que se precisan de modo aun mas minucioso los plurales indicios que justifican la solicitud de intervención telefónica.

Concurren, por tanto, en el supuesto actual, los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica, que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, que se concretan por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978 ; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988 ; casos Kruslin y Huvig, sentencias de 24 de abril de 1990; caso Ludwig , sentencia de 15 de junio de 1992; caso Halford sentencia de 25 de junio de 1997; caso Koop , sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras ; sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert y sentencia de 24 de agosto de 1998 , entre otras muchas).

**En relación con el requisito de la motivación constituye doctrina reiterada de esta Sala que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias 1240/98, de 27 de noviembre , 1018/1999, de 30 de septiembre y 1060/2003, de 21 de julio ), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.**

**Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (S.T.C. 123/1997, de 1 de julio , SSTs de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o de modo procesalmente más correcto por su condición de parte en el procedimiento y por analogía con lo que sucede con las medidas cautelares restrictivas de libertad, en el informe, dictamen o solicitud del Ministerio Fiscal que siempre es conveniente tomar en consideración en estos supuestos en los que se va a adoptar una resolución que afecta de un modo muy relevante a los derechos constitucionales del imputado.**

**Constando que, en el caso actual, se ha actuado en este sentido con plena corrección por el Juzgado de Instrucción competente, es procedente la desestimación del motivo. [...]**

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL e INFRACCIÓN DE LEY por José Daniel y Arturo y por INFRACCION DE LEY interpuesto por Fausto en causa seguida a los mismos por delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA , contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con Sede en Vigo, de fecha veintiséis de abril de 2011. [...]