

RESUMEN

El TS declara la nulidad de la sentencia que condenó a los recurrentes como autores responsables de un delito contra la salud pública. Señala el TS, entre otros pronunciamientos, que para que la autoridad judicial pueda autorizar la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, es necesaria la existencia de unos datos o indicios objetivables, que permitan el potencial control de la medida; habiendo declarado el TC que la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 3, instruyó sumario con el núm. 7 de 2002, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sección Segunda, que con fecha 7 de noviembre de 2003, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado:

“Desde mediados de mayo del año 2001 los acusados Carlos María, mayor de edad y sin antecedentes penales, Jesús, mayor de edad, ciudadano portugués, ejecutoriamente condenado en sentencia de 17 de julio de 1993, a la pena de tres años de prisión por delito contra la salud pública y en sentencia de 17 de febrero de 1988 a la pena de siete años de prisión por el mismo delito, en esta ocasión bajo la identidad de Víctor, antecedentes no computables a efectos de reincidencia, otro varón al que no afecta esta resolución y que a efectos de fijación del dato denominaremos en lo sucesivo como “Cachas” y el acusado Benito, ciudadano turco mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de 16 de noviembre de 1993 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como autor de un delito contra la salud pública a la pena de once años y seis meses de prisión mayor y multa, pena que quedó extinguida el 20 de noviembre de 1997, y el ciudadano español Alejandro, se concertaron para efectuar una ilícita importación de heroína desde Turquía a España, para su posterior distribución.

El rol correspondiente a cada uno era la provisión de un medio de transporte adecuado consistente en el vehículo Nissan Patrol GR con matrícula-XFW, al que se habilitó para cargar el estupefaciente en un departamento confeccionado en el depósito de combustible.

Con este vehículo Alejandro viajaría hasta Turquía para hacerse cargo de la droga. Benito suministraría la sustancia estupefaciente, escondiéndola en el habitáculo secreto del Nissan Patrol que conduciría por tierra el tal Alejandro.

El acusado Jesús, que estaba en todos los pormenores de la operación viajó a Turquía donde permaneció del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2001, para entregar a Benito el importe en origen de la heroína, lo que efectuó, tratando con Benito de problemas sobrevenidos en cuanto al precio final de la misma, siempre en contacto con “Cachas”, que le entregó el dinero en Portugal en cita concertada con Jesús.

Sobre mediados de agosto del año 2001 llegó Alejandro a Turquía en el Nissan Patrol, poniéndose en contacto a los efectos ya mencionados anteriormente con Benito.

Abonada la mercancía a Benito y solventados los problemas indicados el día 15.09.01 recibió Alejandro de Benito el vehículo cargado con la droga, tras lo cual inició el viaje hacia España.

Sin embargo, funcionarios de aduanas griegas a las 6'30 horas del día 16.09.01 en el puesto de control de Kipi procedieron a la inspección del vehículo, localizando 40 paquetes de heroína con un peso total de 26 kilogramos que se encontraban ocultos en el escondite practicado en el depósito de combustible.

Por estos hechos Alejandro fue detenido, juzgado y condenado en Grecia a cadena perpetua, donde se encuentra cumpliendo la condena.

En la documentación remitida por Grecia no figura la pureza de la heroína, Alejandro no identificó a los restantes coautores y ello en cuanto “Cachas”, Carlos María y Jesús cuando tuvieron constancia de su detención acordaron mandarle dinero a través de su novia/mujer para evitar que este declarase en contra de ellos.

"Cachas" y Carlos María allegaron para el transporte el vehículo Nissan Patrol referido, que con fecha 17.07.01 se encontraba en una nave industrial sita en el km. 245 de la carretera nacional 525 (Orense), tras haber estado aparcado en el Taller "Autoreparaciones Gustei" de la citada localidad de Gustei Ayuntamiento de Coles (Orense).

Dicho vehículo con fecha 2 de agosto de 2001 fue entregado y puesto a nombre de Alejandro y entregado al mismo para efectuar el viaje y alijo referidos.

Benito y Jesús fueron detenidos el 7 de noviembre de 2001 en el aeropuerto de Madrid-Barajas, cuando pretendía viajar a Lisboa, ocupándosele al primero 400.000 pesetas y 1.000 marcos alemanes procedentes del tráfico ilegal de drogas ; y al segundo le fueron intervenidas 17.000 pesetas y 11.000 escudos de la misma procedencia.

Con fecha 8 de noviembre de 2001 Carlos María fue detenido ocupándosele 160.000 pesetas procedentes del ilícito tráfico al que venía dedicándose y una papelina conteniendo 0'75 gramos de cocaína; así mismo se procedió al registro de su domicilio sito en Paradela de Aveleda (Porqueira- Orense) donde fue hallada la póliza y recibo del seguro del vehículo Nissan Patrol-XFW, a nombre de su anterior titular, Leonardo en vigor del 29.05.01, al 29.08.01, así como un molinillo con restos de polvo blanco y una prensa para empaquetar la sustancia estupefaciente, una vez cortada; también se ocuparon 1.480.000 pesetas y otras divisas por valor de 1.664.845 pesetas, todo ello producto de su ilícita actividad.

El precio medio nacional de la heroína en el mercado ilícito, en el momento de los hechos se estima en 42.216,05 euros el kilogramo. Aunque se carece del índice de pureza de la heroína intervenida en Grecia, la actividad y medios desplegados por el grupo acredita que supera en mucho la cantidad neta de 300 gramos".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Fallamos: Condenar a Carlos María, como autor responsable de un delito contra la salud pública. Condenar a Benito, como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, con la circunstancia agravante de reincidencia. Condenar a Jesús, como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido. Condenar a Carlos María, Jesús e Benito al pago de las costas procesales por terceras partes.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se prepararon contra la misma por la representación de Jesús, recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y por Benito y por Carlos María, recursos de casación por infracción de ley que se tuvieron por anunciados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS.-

SEGUNDO.- La representación del acusado Jesús, denuncia, en el motivo primero de su recurso, la vulneración del art. 18.3 de la Constitución, con cita también del art. 11.1 de la LOPJ, "toda vez que se practicó la escucha de un teléfono sin autorización judicial", concretamente del teléfono "móvil" de dicho acusado (núm. 000), solicitada el mismo día de su detención; y porque la detención del hoy recurrente se produjo con motivo de la escucha de una conversación "sin indicar el teléfono de donde proviene"; conversación que los agentes policiales no encontraron "a pesar de haberla buscado insistentemente", de lo que la parte recurrente infiere que tal información "fue obtenida a través del teléfono núm. 000 ", anteriormente citado.

Además, esta parte recurrente impugna también el resto de las conversaciones telefónicas, por no haber sido practicadas conforme a Derecho, "habiendo degenerado tales escuchas telefónicas en preventivas o exploratorias".

El motivo carece de todo fundamento, en cuanto se refiere al primero de los argumentos citados, por lo que únicamente procede examinar el posible fundamento del segundo.

En efecto, el teléfono móvil del acusado Jesús, cuya intervención solicitó la Policía (v. f. 1872), no llegó a estar judicialmente intervenido (v. f. 2290), y, además, en todo caso, es patente que la noticia relativa a la cita de los acusados, en Madrid, en la Plaza de Santo Domingo -determinante de la identificación física de este acusado y de su ulterior detención- la obtuvo la Policía a través de otro teléfono intervenido judicialmente: el núm. 001, como se desprende claramente de la transcripción de la conversación

(resumida en los autos, pero oída íntegramente la correspondiente grabación en el juicio) -v. f. 2736 (cinta núm. 5, cara B, paso 310), al final del cual, entre paréntesis, figura la hora de la controvertida conversación (11h 01m), es decir, una hora antes de la cita convenida por los acusados, y el acta del juicio oral (f. 354 vtº y ss.)-.

La representación del acusado Benito, por su parte, denuncia también en el motivo primero de su recurso, "infracción del art. 18 de la Constitución Española por violación del secreto de las comunicaciones"; afirmando al efecto que "la sentencia de instancia valora las intervenciones telefónicas como prueba siendo así que las mismas adolecen de distintos vicios que las invalidan", "habiendo sido impugnadas por todas las defensas en el acto del juicio oral".

Afirma esta representación, en primer término, que existe falta de motivación de las intervenciones telefónicas autorizadas en el auto obrante al folio 13 de las actuaciones, "en el cual no se establece el nombre de las personas a las que se investiga, ni quiénes habrán de llevarla a efecto", remitiéndose de forma íntegra al oficio policial. Falta de motivación que igualmente se predica del segundo de los autos en los que se autorizaron las intervenciones telefónicas de autos.

Por lo demás -se dice también-, "en el supuesto de hecho que nos ocupa, la información policial es circular e insuficiente, sin (que) consten elementos objetivos que no sean las sospechas policiales, que, además, después, no se han cumplido respecto de las personas a las que se quería investigar ...".

Por todo lo cual, estima esta parte recurrente que estamos en presencia de "observaciones prospectivas", carentes, además, del obligado control judicial, y cita como ejemplo manifiesto de ello la intervención del teléfono núm. 002, respecto del cual se dice reiteradamente que las correspondientes grabaciones carecen de interés y, pese a ello, "se ha ido prorrogando sin motivación y sin indicios de participación en ningún delito".

El Tribunal de instancia, finalmente, respondiendo a la impugnación de las intervenciones telefónicas de autos, hecha por las defensas de los acusados, dice que, a muchas de ellas, "se las califica de prospectivas y se dice que no se conoce de dónde salía la información para pedir las, pero resulta que aparecen suficientemente razonadas y fundadas las peticiones y los respectivos autos aunque sea por referencia y se actuó con proporcionalidad a la importancia del bien jurídico protegido" (v. FJ 8º).

TERCERO.- Las intervenciones telefónicas, en cuanto posible medio de investigación y de prueba en el proceso penal, plantean una larga serie de cuestiones sobre las que, hasta el momento, no se ha conseguido una jurisprudencia clara ni, por supuesto, pacífica, como acredita sobradamente la simple lectura de las sentencias que, sobre el particular, han dictado este Tribunal, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Proclama el artículo 18.3 de nuestra Constitución -cuya vulneración se denuncia en estos recursos- que "se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

El artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por su parte, establece que "... el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, 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".

Estos dos preceptos constituyen el angosto marco normativo en el que los Tribunales han de moverse para tratar de resolver la compleja problemática que la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas suele plantear, de ordinario, habida cuenta de que, como se establece el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

A los efectos planteados en estos recursos, debemos destacar, en primer término, el deber de motivación que pesa sobre la autoridad judicial que autorice la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas de cualquier persona (v. art. 120.3 CE y art. 579.3 LECrim.), y, al respecto, hemos de poner de manifiesto también las dificultades que siempre plantea la plena garantía de este derecho, que igualmente incumbe a los Tribunales.

La motivación de las resoluciones judiciales restrictivas de los derechos fundamentales es un lógica

consecuencia de la necesidad de evitar, a todo trance, tanto la arbitrariedad como el mero voluntarismo en las decisiones de los Jueces y Tribunales, y de posibilitar su control (v. arts. 9.1 y 3, 10.1 y 120.3 CE).

En principio, la decisión judicial que autorice la restricción temporal del derecho al secreto de las comunicaciones debe partir de la existencia de una previa investigación criminal y ha de tener una motivación suficiente, que habrá de contener una ponderación efectiva -desde la perspectiva del principio de proporcionalidad- de los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso: el derecho fundamental del ciudadano y el derecho de la Sociedad de prevenir, investigar y sancionar las actividades delictivas- (v. art. 8.2 CEPDHyLF y STC 123/1997, de 1º de junio); debiendo concretarse en la resolución judicial habilitante qué se investiga, a quién se investiga y cuál es la fuente de conocimiento de su posible implicación en el hecho a investigar (v. SS. TS. 15 de abril de 1999 y 19 de junio de 2000).

Constituyen, pues, pilares fundamentales de la restricción judicial del derecho fundamental aquí examinado, el hecho investigado y las personas que han de ser sujetos pasivos de ella (v. STC 54/1996, de 26 de marzo); y, respecto de ambos, la autoridad judicial competente ha de contar con lo que la doctrina denomina "el presupuesto habilitante" (la conexión entre el sujeto que va a verse afectado por la medida y el delito investigado -v. STC 202/2001, de 15 de octubre), que debe consistir en unas "sospechas objetivadas", es decir, unos elementos fácticos que le han de servir de base objetiva para adoptar la oportuna decisión al respecto, sobre la base de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida para asegurar la defensa del interés público; todo ello, lógicamente, desde una perspectiva "ex ante" (v. SS. TC. 4/1999, de 5 de agosto y 12672000, de 16 de mayo), sin que -como dice la STS de 30 de abril de 1999- pueda considerarse válida y suficiente a estos efectos la simple expresión o manifestación de quien solicita la medida, pues la "notitia criminis" debe ir acompañada de un mínimo sustento indiciario o probatorio que permita su constatación por la autoridad judicial. Presupuesto habilitante que, por lo demás, aparece claramente exigido en el propio art. 579.3 LECrim., al exigir al Juez, para acordar la medida restrictiva de estos derechos, una "resolución motivada", sobre la base de la existencia de "indicios de criminalidad".

Los indicios a que se refiere el art. 579.3 LECrim. -por supuesto- no pueden tener la entidad de los "indicios racionales de criminalidad" de que habla el art. 384 de la propia Ley procesal penal, pero, en todo caso, ha de superar el nivel de la mera sospecha; el Tribunal Constitucional, como es bien sabido, ha cerrado el paso a las denominadas intervenciones prospectivas (v. STC 171/1999, de 27 de septiembre).

En todo caso, y para concluir, hemos de reiterar que, para que la autoridad judicial pueda autorizar la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, es necesaria la existencia de unos datos o indicios objetivables, que permitan el potencial control de la medida; habiendo declarado el Tribunal Constitucional que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella.

De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia.

La fuente de conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa" (v. SS TC 299/2000 y 202/2001, de 15 de octubre).

En cualquier caso -como ha precisado también el propio TC- la clásica expresión estereotipada "según investigaciones propias de este Servicio" no puede considerarse válida y suficiente a los efectos aquí examinados, pues los funcionarios policiales solicitantes de la restricción del derecho deben manifestar en sus oficios cuáles han sido sus fuentes de conocimiento de los datos o indicios en méritos de cuáles formulen sus solicitudes.

En este mismo sentido, la STC 138/2001, de 18 de junio, considera insuficiente a estos efectos la sola fundamentación de la sospecha en la existencia de una investigación, sin explicar la técnica utilizada ni la fuente de conocimiento, y en la que no se da más dato que la pretendida dedicación al tráfico de drogas , domicilio y número de teléfono de la investigada.

En todo caso, sin embargo, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, "no es razonable requerir pruebas o indicios contundentes de la comisión de un delito (...), bastará para su adopción la existencia de razonables sospechas, ponderadas en cada caso por la autoridad judicial competente, ..." (v. STS de 26 de marzo de 2001).

Por lo demás, la jurisprudencia viene admitiendo la validez tanto de la motivación por referencia a los

oficios policiales (v. SS TC 49/1999, de 5 de abril y 126/2000, de 16 de mayo y STS de 11 de mayo de 2001), como la utilización de impresos o modelos de resolución debidamente integrados con los datos precisos de cada caso, (v. SSTS 18 de junio de 1999 y de 17 de noviembre de 2000).

CUARTO.- En el presente caso, es incuestionable que todo el material probatorio de que ha dispuesto el Tribunal de instancia proviene directa o indirectamente de los conocimientos adquiridos a través de las numerosas intervenciones telefónicas autorizadas en esta causa.

Por medio de ellas se ha tenido conocimiento tanto del hecho delictivo enjuiciado como de las personas implicadas en él.

Es incuestionable, igualmente, que todas las intervenciones telefónicas han sido solicitadas y autorizadas partiendo de los datos conocidos por medio de las intervenciones precedentes, a partir, lógicamente, de la primera autorización. De ahí la importancia de examinar, en primer término, la cuestionada licitud de la misma.

El examen de las actuaciones permite comprobar que la primera solicitud policial de las intervenciones telefónicas de autos es la hecha por el Comisario Jefe de la Brigada de Investigación de la Unidad Central de Estupefacientes, el 29 de noviembre de 2000, en la que se puede leer lo siguiente:

“En el transcurso de sucesivas investigaciones desarrolladas por funcionarios de esta Sección II de la Brigada (...) acerca de organizaciones dedicadas al tráfico de sustancias estupefacientes, concretamente heroína, ha aparecido la figura de un individuo de origen turco, al que llamarían Luis Carlos

“El citado Luis Carlos, según se desprende del análisis de las informaciones obrantes en esta Sección, actualmente se encontraría dirigiendo en nuestro país una organización jerarquizada y con las misiones de los distintos integrantes de la misma perfectamente delimitadas, integrada por individuos de origen turco y español que al parecer se encontraría distribuyendo cantidades de sustancia estupefaciente, en concreto heroína”.

“En este sentido Luis Carlos, que vendría utilizando, según estas informaciones a las que anteriormente se ha hecho referencia, el teléfono núm. 003, ...”.

“Entre los integrantes de esta organización se encontraría quien puede ser calificado como el “hombre de confianza” de Luis Carlos, habiendo sido identificado como Benjamín, usuario del teléfono núm. 004, ...”.

“Igualmente dentro de este organigrama cabe destacar la presencia de un individuo turco apodado “Zapatones” y “Pelos”, posiblemente llamado Luis Alberto ...”.

“El citado “ Zapatones ” se encuentra relacionado sentimentalmente con una mujer de origen español llamada María Ángeles, quien al parecer conocería los desplazamientos las citas y contactos que el primero realizaría, desconociéndose actualmente el domicilio de ambos, utilizando éstos en la actualidad los teléfonos núm. 005 y núm. 006, siendo el primero utilizado por Luis Alberto y el segundo por María Ángeles”.

“En el escalón de los clientes, se ha podido determinar la presencia de un individuo de origen español integrante de la etnia gitana llamado Milagros (...). Del anteriormente citado, quien se citaría frecuentemente tanto Luis Carlos como con Benjamín, se ha podido conocer que estaría utilizando en la actualidad del teléfono núm. 007 ...”.

Y, en virtud de todo ello, el citado Comisario solicita la autorización judicial para intervenir los citados números telefónicos, junto con el listado de las llamadas efectuadas así como de las recibidas desde los mismos teléfonos durante el presente mes y las que vayan realizando durante el período que duren las intervenciones (v. ff. 1, 2, 3, 4 y 5).

Con la anterior solicitud y el dictamen favorable del Ministerio Fiscal solicitado por la Juez Central de Instrucción núm. 3 (v. f. 9 y sptes.), ésta ha dictado el auto de trece de diciembre de dos mil, en el que, con una breve referencia a la solicitud policial citada, se dice que “deduciéndose de lo expuesto (...) que existen fundados indicios de que mediante la intervención y escucha del teléfono (...), pueden descubrirse hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito contra la salud pública, (...), es procedente ordenar la intervención telefónica solicitada (...)”, y se acuerda la intervención y escucha de los teléfonos citados y se decreta el secreto de las actuaciones (v. ff. 13 y 14).

El Tribunal de instancia, por su parte, al examinar esta cuestión, se ha limitado a decir que "aparecen suficientemente razonadas y fundadas las peticiones y respectivos autos", sin mayor concreción (v. FJ 8º), por lo que nada añade a cuanto queda expuesto.

Es patente, a la vista de todo lo dicho, que la solicitud policial de las intervenciones telefónicas, determinante de la incoación de la presente causa penal, solamente contiene un relato sobre una organización dedicada al tráfico de heroína, en la que ha aparecido un individuo de origen turco "al que llamarían Luis Carlos ", que "actualmente se encontraría dirigiendo en nuestro país una organización jerarquizada ..", el cual "vendría utilizando" un determinado número telefónico; citándose como integrante de tal organización a Benjamín -cuyo número telefónico igualmente se indica-, así como un turco apodado "Chico" y " Pelos ", relacionado con una tal María Ángeles -cuyos números telefónicos también se hacen constar- y un tal " Milagros, de "etnia gitana" -cuyo número de teléfono se facilita igualmente- que, al parecer, "sería el eslabón intermedio".

Mas, fuera de ello y con independencia de la anómala reiteración con que se emplea en la solicitud el tiempo condicional de los verbos, el Comisario que la formula no hace constar, en forma alguna, como es preciso, según hemos expuesto en el Fundamento anterior, cuál o cuáles han sido las fuentes de información que ha tenido respecto de los hechos a que se refiere y de las personas presuntamente implicadas en ellos, y como quiera que la Juez de Instrucción tampoco ha exigido al solicitante que subsanase tal omisión, es evidente que la decisión judicial -que se ha limitado a remitirse a la solicitud policial- no es susceptible -en el presente trámite casacional- del control inherente a la denuncia formulada por las parte recurrentes.

Procede, en conclusión, la estimación de los motivos de casación examinados, en los que se denuncia la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia; estimación que debe alcanzar igualmente al acusado Carlos María, que ha denunciado la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), por cuanto su situación procesal responde a los mismos condicionamientos que la de los otros dos procesados (art. 903 LECrim.). Consiguientemente, debe declararse la nulidad de la sentencia recurrida y, como lógica consecuencia de ello, ordenarse la inmediata puesta en libertad de los acusados.

FALLO.-

Que debemos declarar y declaramos la nulidad de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la presente causa, el siete de noviembre de dos mil tres y, en su consecuencia, acordamos la inmediata puesta en libertad de los tres acusados recurrentes, declarando de oficio las costas procesales.

Póngase en conocimiento del Tribunal de instancia, el fallo de la presente resolución, para el cumplimiento de lo en él acordado.