

TS (Sala de lo Penal , Sección 1ª), sentencia núm. 740/2012 de 10 octubre. INTERVENCION TELEFONICA: *vulneración existente: solicitud policial a instructor de escuchas telefónicas que ya a habían sido denegadas y sobreesídas por auto firme en otro Juzgado, ocultando tales circunstancias: nulidad de las mismas y de los registros que de ellas se derivan.*

RESUMEN:

Recursos de Casación por Infracción de Precepto Constitucional, infracción de Ley y Quebrantamiento de forma que ante Nos penden, interpuestos por Ezequiel , Lázaro , Sebastián , Soledad , Candelaria , Pedro Francisco , Cecilio y otros, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, con fecha 29 de noviembre de 2011, dimanante del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, en causa seguida contra aquellos **por delito contra la salud pública**, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación (...), siendo también partes el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores [...].

I. ANTECEDENTES:

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona, instruyó Sumario con el número 1 de 2009, contra Ezequiel, Lázaro, Sebastián, Soledad , Candelaria , Pedro Francisco , Cecilio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección 7ª, con fecha 29 de noviembre de 2011 (PROV 2011, 428756), dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

Ezequiel , mayor de edad, sin antecedente penales, en el año 2007 se venía dedicando a la venta de sustancias estupefacientes y armas, ayudado, en el primer cometido, por sus hijos Lázaro , mayor de edad sin antecedentes penales y Abilio, mayor de edad sin antecedentes penales, y en el segundo cometido por su hijo Sebastián , mayor de edad, sin antecedentes penales.

Para la realización del tráfico de drogas, contaban con la colaboración de personas que estaban a las órdenes de Ezequiel , y que se encargaban de custodiar y trasladar las sustancias, como Cecilio , mayor de edad, sin antecedentes penales y Pedro Francisco , mayor de edad y sin antecedentes penales, que también vendían al por menor. Por su parte, Soledad , y su hermana Candelaria , se dedicaban a preparar papelinas de cocaína, para su posterior distribución, vendiendo, también, al por menor.

Noelia, también preparaba papelinas y estaba a las órdenes directas de Ezequiel , ya que era la encargada de custodiar la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 , (...) donde estaba depositada parte de la sustancia destinada al tráfico y las armas intervenidas.

Primitivo, mayor de edad, sin antecedentes penales, era empleado de la entidad denominada Auto Zona Internacional, negocio dedicado a la compra-venta de vehículos, regentado por Lázaro y Sebastián .

SEGUNDO.- Tras las investigaciones policiales y el resultado de las intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado de Instrucción nº 9 de esta ciudad, en fecha 16 de noviembre de 2007, con sucesivas prórrogas, se acordó, por Autos de fecha 26 y 27 de junio la entrada y registro en los domicilios de los acusados y en otros inmuebles de los que eran titulares.

Entradas y registros que se llevaron a cabo con todos los requisitos legales, excepto la llevada a cabo en el establecimiento Auto Zona Internacional, sito en paseo de Zona Franca, 43 de esta ciudad y, que dieron el siguiente resultado:

A. En el inmueble sito en C) DIRECCION001, NUM003 NUM004 NUM005, domicilio de Ezequiel , su mujer Montserrat y su hijo Abilio se intervinieron:

-En el dormitorio principal utilizado por el acusado Ezequiel y su esposa: documentación varia, seis llaves de vehículos de las marcas Mercedes, Citroen, BMW, y Audi, un reloj, dos teléfonos móviles y una cartera de mano conteniendo 6.720 euros que procedían de la venta de estupefacientes y armas [...].

En el dormitorio del procesado Abilio : una balanza de precisión utilizada para el pesaje de las sustancias estupefacientes a las que se dedicaba, 3 relojes, un sobre conteniendo documentación varia, 2 teléfonos móviles y 2 PDA, 5 llaves de vehículos [...].

B) En el inmueble sito en la C/ DIRECCION001, (..) de Barcelona, propiedad de la mujer de Ezequiel , Montserrat se intervino:

-Un envoltorio de platico azul con seis gramos con tres miligramos (6,3gr.)de cocaína con una riqueza del 64,44%[...].

C) En el inmueble sito en la C/ DIRECCION000, NUM000 NUM001 NUM002 de Barcelona, en el que residía la procesada Noelia se encontraron los siguientes efectos:

1- Un paquete conteniendo mil sesenta y cinco gramos (1,065 gr.) de cocaína con una riqueza del 88.61%, una bolsa de plástico conteniendo cuarenta y cinco gramos con trescientos miligramos (45,43 gr.) de cocaína y fenacetina con una riqueza del 37.45% (...) así como cuatro básculas, diversas bolsitas de plástico transparentes [...].

2- En una habitación, dentro de una bolsa, varios fragmentos procedentes de un subfusil automático, dos catanas, tres machetes, dos espadas y una navaja.

3- Igualmente, detrás de un tabique situado en el interior de un armario de la cocina fueron ocupados:

-Una granada de mano defensiva.

-Un subfusil automático CZ SKORPION Vz 61,(...). . KALASHNIKOV, con sus respectivos cargadores (...)Un subfusil automático ERMA, MP 40 (...)Dichos subfusiles, sus cargadores y silenciadores presentan un normal estado de conservación y un funcionamiento correcto [...].

E) En la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 , NUM027 , esc. NUM004 NUM028 NUM029 y NUM028 NUM030 de Barcelona, en la que residía el acusado Lázaro , fueron ocupados ciento cincuenta gramos con novecientos miligramos (150,9 gr.) de hachís con una riqueza en THC de 26,30% y [...].

F) En el inmueble sito en la C7 DIRECCION003, NUM031 , de Barcelona, propiedad del acusado Ezequiel y su nuera Piedad y que constituía el domicilio de ésta y de Sebastián se intervino lo siguiente:

- En el Salón de la vivienda: una defensa eléctrica MUSCHE MAN [...].

G) En el domicilio de las acusadas Candelaria y Soledad, sito en la C1 DIRECCION004 , NUM034 , NUM028 NUM002 de Barcelona, fueron hallados: un recipiente de plástico conteniendo cuarenta y tres gramos con doscientos miligramos (42,2 gr.) de cocaína, fenacetina y procaína con una riqueza del 28,81% [...].

TERCERO.- La familia Abilio Ezequiel Lázaro Sebastián es titular de hasta 19 sociedades, a título personal o mediante testafierros, constando diversos bienes a nombre de las entidades. A título personal son propietarios de los siguientes inmuebles: C/ DIRECCION003 NUM031 de Barcelona, (...), todos de Barcelona.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: LA SALA ACUERDA: Que debemos condenar y condenamos a Ezequiel , como autor de un delito contra la salud pública. Por un delito de depósito de armas de guerra Le absolvemos por el delito de receptación por el que venía acusado.

Condenamos a Sebastián, como autor de un delito de depósito de armas de guerra [...].

Le absolvemos de los delitos contra la salud pública y receptación por los que venía acusado.

Condenamos a Lázaro y Abilio como autores de un delito contra la salud pública [...]

Condenamos a Noelia , como autora de un delito contra la salud pública [...].

Condenamos a Soledad , Candelaria, Cecilio y Pedro Francisco , concurriendo en este las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuante de toxicomanía, como autores de un delito contra la salud pública a [...].

Absolvemos a Primitivo de los delitos de depósito de armas de guerra y receptación por los que venía acusado. Declarándose de oficio las costas correspondientes [...].

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.-

Articulándose por todos los recurrentes como uno de los motivos de sus recursos, la **vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías**, art. 24 CE, por **vulneración del derecho al Juez natural predeterminado por la Ley** y del **derecho al secreto de las comunicaciones**, art. 18.3CE [...]

Se argumenta, en síntesis, que (...) por las mismas unidades policiales -Brigada Local de Policía Judicial de la Comisaría de Hospitales de Llobregat/Brigada Provincial de Policía Judicial de Barcelona / Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO), Sección de estupefacientes- mediante oficio, se solicitara del Juzgado de Guardia de Barcelona, la practica de las mismas diligencias sobre los mismos hechos y en relación a las mismas personas, que habían sido denegadas en las previas 56/2007 del Juzgado Instrucción 4 Santa Coloma, ocultando tales circunstancias y sin hacer mención a que dichas diligencias se encontraban sobreesídas por auto firme. [...].

Por tanto, el auto del Juzgado de Instrucción 9 de Barcelona de 19.11.2007, que acordó las intervenciones telefónicas vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el **art. 18.3** CE, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, art. 24.2CE , y el derecho fundamental al Juez predeterminado por la Ley, que también reconoce el art. 24.2CE . [...]

SEGUNDO.-

Antes de dar respuesta a tan amplias argumentaciones, debemos recordar que, como hemos dicho en numerosas sentencias, el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3. °. La **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, artículo 12, y el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, artículo 17, y el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales** , en el artículo 8.1(...). Añade el Convenio Europeo , en el artículo 8.2, que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho”, “sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una

sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. [...]

Este derecho, por lo tanto, no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida.

La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial, concretamente, en el **Juez de Instrucción**, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio (...) el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal [...].

En el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, necesariamente a varios aspectos. En primer lugar, a la **proporcionalidad**, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo es preciso atender a –que- la (...) pena privativa de libertad –sea- grave, sino además debe valorarse la trascendencia social [...].

En segundo lugar, a la **especialidad**, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este sentido, los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación (...) requiere de una renovada autorización judicial.

Y, en tercer lugar, a la **necesidad, excepcionalidad e idoneidad** de la medida, ya que, partiendo de la existencia de indicios de delito y de la intervención del sospechoso, suficientemente consistentes, solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación. [...].

Desde el punto de vista de la **motivación fáctica**, es preciso que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. [...].

Tales indicios, (...), han de ser entendidos, pues, como datos **objetivos** (...) “en un **doble sentido**. En primer lugar, en el de *ser accesibles a terceros*, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona” (STC 184/2003, de 23 de octubre). [...].

TERCERO.-

Asimismo es preciso recordar en cuanto al concepto y efectos, que los motivos son dos [...].

En ambos supuestos el sobreseimiento provisional el procedimiento puede ser reabierto -no hay cosa juzgada (STS. 488/2000 de 20.3) -por el mismo órgano (STC. 6.7.94). La reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa [...].

CUARTO.-

Respecto a la posibilidad de que por un juzgado se investiguen los mismos hechos ya sobreseídos provisionalmente por otro distinto, la doctrina de esta Sala (STS. 543/2011 de 15.6, exige que las diligencias de que este procedimiento trae causa si bien relacionadas, sean distintas e independientes, al basarse en hechos nuevos. La circunstancia de que personas previamente investigadas por hechos anteriores hayan logrado un sobreseimiento no impide que sean investigadas posteriormente, pero si se trata de los mismos hechos sobre los que existe información nueva, es obvio que se requiere la reapertura de las diligencias sobreseídas provisionalmente. Pero si se trata de conductas nuevas, presuntamente cometidas en diferentes circunstancias de tiempo y lugar, con intervinientes que sólo parcialmente coinciden, (...) procede iniciar un procedimiento nuevo, que en ningún caso puede ser considerado continuación del anterior. Y menos hay encubrimiento o actuación torticera o de mala fe si el órgano policial investigador pone de manifiesto al juzgado desde un principio la existencia de una investigación anterior, que se toma como antecedente o referente.

Es el juez a quien corresponde, si aprecia identidad de objeto, remitir las actuaciones al juzgado anterior para su incorporación a las diligencias originales, lo que no ocurrió en este caso [...]

Por todo lo expuesto, “es posible y acorde a la legalidad procesal iniciar ante otro juzgado unas diligencias penales, relacionadas con otras, si el primero niega la continuidad de la investigación y el segundo, es igualmente competente. En nuestro caso ambos juzgados podían ser competentes desde la óptica de una investigación criminal incipiente”.

QUINTO.-

Situación que no es la del presente procedimiento

Las conversaciones interceptadas como consecuencia de estas intervenciones sugerían la probable implicación de aquél en actividades de tráfico de estupefacientes, así como la colaboración con el mismo de Ezequiel [...].

Acordadas nuevas intervenciones telefónicas de los teléfonos móviles de todos ellos, así como sucesivas prórrogas, Guillermo intervendría en tales actividades bajo las ordenes de la familia Abilio Ezequiel Lázaro Sebastián, todos con residencia en Barcelona, centrándose la investigación policial en las actividades de la citada familia, hasta el punto de que Guillermo ya ni siquiera reside en esta ciudad al haber cambiado de domicilio. Aunque inicialmente del contenido de las conversaciones telefónicas interceptadas podía inferirse o interpretarse la referencia a actividades de tráfico de drogas, tras ocho meses de investigación esa inferencia ya no puede mantenerse, al no haberse materializado ningún concreto hecho punible. [...] En particular **con evidente olvido del único punto de conexión territorial** que había con este partido judicial (la persona de *Guillermo*), se interesa ahora que se centre la investigación en todo el entorno familiar de Ezequiel y numerosas sociedades vinculadas al mismo, real o supuestamente pidiendo de modo genérico e indiscriminado información (...) ampliando el tipo delictivo investigado hasta ahora al blanqueo de capitales. En consecuencia, procede denegar las nuevas diligencias de investigación solicitadas y, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 779.1.1 y 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, decretar el sobreseimiento provisional de las actuaciones, sin que por otra parte sea posible acordar una eventual inhibición de las actuaciones por falta de competencia territorial[...]. Auto que no fue recurrido y devino firme.

Pues bien por las mismas unidades policiales con fecha (...), por oficio policial (...) -se interesó del juzgado de guardia de Barcelona la práctica de diligencias como las intervenciones de conversaciones telefónicas de personas investigadas en la instrucción precedente con números telefónicos que coincidían con los interesados (...) , y la investigación patrimonial de las personas jurídicas y físicas relaciones en los oficios (...) - y que habían sido denegadas por el Juzgado de Instrucción 4 de Santa Coloma en el auto de sobreseimiento provisional de 7.9.2007 . [...].

a. Del anterior oficio policial se desprende que no se ha conocido ningún hecho nuevo delictivo que pudiera atribuirse a los sospechosos desde el dictado del auto de sobreseimiento por el Juzgado Santa Coloma, 7.9.2007, hasta la fecha en que se dirige la solicitud al Juzgado Guardia Barcelona, 14.11.2007.[...].

La Unidad Policial, en vez de realizar nuevas indagaciones que permitieran reaperturar las diligencias sobreseídas firmes, decida, [...], presentar en el juzgado instrucción Guardia de Barcelona, unos indicios resultantes de la investigación practicada en aquella instrucción, y que para el Juez hasta entonces competente, habrían sido insuficientes, obviando así el Juez ordinario predeterminado por la Ley y conseguir unas prorrogas de intervenciones telefónicas que debieron haber instado ante el Juzgado de Santa Coloma. [...].

b. El Juzgado de Santa Coloma por auto de 7.9.2007, se declaró incompetente y no acordó la inhibición porque consideró que no había un hecho concreto que lo justificara. [...]

Siendo así resulta inaceptable que **se falta al principio de buena fé y se actúa en fraude de Ley buscando un efecto procesal que no se había obtenido en otro juzgado** pero ocultando al nuevo la existencia del procedimiento anterior, y menos aún que con olvido de lo dispuesto en el Art. 23 LECrim , según el cual el Ministerio Fiscal o las partes pueden suscitar cuestiones de competencia o determinarla en función del ejercicio de las acciones que les corresponden, la policía judicial pueda ser considerada como parte y elegir a su capricho el Juez competente actuando además en palmario fraude de Ley, **pues, en todo caso, al presentar la solicitud ante los juzgados de Barcelona, debió referir la existencia de esa instrucción previa en el Juzgado de Santa Coloma y el resultado de la misma, a fin de que por aquel Juzgado pudiera apreciar la vinculación y conexión entre las diligencias investigadas en el primer Juzgado y las consignadas en el oficio policial**, o su independencia en sentido material y jurídico, para en el primer supuesto declinar la competencia inhibiéndose a favor del Juzgado de Instrucción 4 de Santa Coloma.

En definitiva al haber ocultado el resultado de la instrucción seguida en este juzgado impidió al Juzgado de Instrucción 9 de Barcelona el debido control de la naturaleza, conveniencia y oportunidad de las intervenciones telefónicas acordadas en el auto de 19.11.2007 , por lo que **cabe concluir que se vulneró la garantía constitucional al secreto de las comunicaciones** pues a través de estas intervenciones telefónicas y por las circunstancias de ocultación que las posibilitaron, se trataba, en realidad de mantener a través de su reanudación, sin ello conocerlo el juzgado que las autorizó una anterior investigación dándose involuntaria cobertura a una investigación prospectiva sin contar con base objetiva para ello, al basarse en no desvelarse que lo pedido ya había tenido una respuesta desestimatoria que culminó en el cierre provisional de la misma.

Por tanto debe declararse la nulidad del auto de 19.11.2007, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona que acordó la intervención de los teléfonos así como la de las resoluciones que acordaron las prorrogas o las intervenciones de otros teléfonos sobre la base de la información obtenida de la diligencia que declaramos constitucionalmente ilícita, lo que conlleva la prohibición de valoración de todos los resultados derivados directa o indirectamente de las mismas. [...].

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación** interpuestos por **Ezequiel, Lázaro , Sebastián , Soledad , Candelaria , Pedro Francisco , Cecilio** , y otros, contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima (...), en causa seguida contra aquellos por delito contra la salud pública ; y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** parcialmente dicha sentencia dictando nueva sentencia más conforme a derecho. [...].

Tal como se ha razonado en la sentencia rescindente procede la absolució n de todos los acusados por falta de prueba lícita desvirtuadora de su presunción de inocencia. [...].

Que debemos absolver y absolvemos a Ezequiel e Noelia de los delitos contra la salud pública y deposito de armas de guerra por las que venían siendo condenados.

Debemos absolver y absolvemos a Lázaro, Abilio, Soledad, Candelaria, Pedro Francisco y Cecilio del delito contra la salud pública por el que habían sido condenados.

Debemos absolver y absolvemos a Sebastián del delito de depósito de armas de guerra de que venía siendo acusado.

Se mantiene el comiso de las armas y sustancias estupefacientes intervenidas.