

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL: Intervención telefónica: vulneración inexistente: no haberse dado cuenta al Ministerio Fiscal hasta ocho meses después del inicio de las investigaciones: no deja de ser una irregularidad procesal que no afecta al núcleo esencial de la constitucionalidad de la medida restrictiva; vulneración inexistente: auto de la intervención motivado por remisión al oficio policial que contiene como indicios el uso de diversos automóviles alquilados y los contactos telefónicos con uso de móviles con tarjeta prepago y entrevistas con diferentes personas en las que hay intercambio de objetos, además de los antecedentes del acusado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 5, incoó Procedimiento Abreviado núm. 131/1998 contra Ali B., Antonio I. N., Constantino Joaquín C. J., Angel M. F., Antonio P. B., Benjamín C. Z., Joaquín G. M., Ana Isabel S. C., Antonio César C. P. y Eva H. K., por delito de tráfico ilegal de drogas y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha quince de noviembre de dos mil, dictó sentencia que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS

«I.-Se declara probado que el día 4 de febrero de 1998 fueron intervenidos por miembros de la Guardia Civil, en el Hostal "Las Arenas" de Benavente 212.054 gramos de hachís.

II.-Por el contrario, expresamente, se declaran no probados los siguientes hechos en que se basa la acusación: Que la droga incautada fuera propiedad de Ali B.; que la droga incautada iba a ser entregada a Angel M. F., Antonio P. B. y Benjamín C. Z. para su distribución en el consumo ilegal. Que Constantino Joaquín C. J. y Antonio I. actuasen como intermediarios en la operación de entrega. Que Joaquín G. M. y Ana Isabel S. C. fuesen los encargados de efectuar el transporte de la droga. Que Antonio Cesar C. P. aportase los medios necesarios para el transporte de la droga. Que Eva H., compañera sentimental de este último, colaborase de cualquier forma en esta actividad ilícita».

SEGUNDO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó el siguiente pronunciamiento:

«**Fallo:** En atención a todo lo expuesto este Tribunal **ha decidido:** Absolver a los acusados Ali B., Antonio I. N., Constantino Joaquín C. J., Angel M. F., Antonio P. B., Benjamín C. Z., Joaquín G. M., Ana Isabel S. C., Antonio César C. P. y Eva H. K. de todos los cargos en que se basa la acusación del Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

SEGUNDO.- Por lo que hace a la **motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones**, tanto los autos iniciales que la autorizan, como los dictados sucesivamente como ampliación de los primeros o los de prórroga, como ha señalado muy recientemente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 167/2002, de 18-9, con cita de los numerosos precedentes jurisprudenciales del mismo Tribunal aplicables al caso), «tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida» (también STC 299/2000, de 11-12). **Deben expresarse los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona; número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas; tiempo de duración; quiénes han de llevarla a cabo y cómo; y los períodos en los que debe darse cuenta al Juez para controlar su ejecución.** Particular relevancia tiene la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, señalándose que «los indicios son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el

procesamiento» o «sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo» (SSTC 171/1999, 299/2000 o 14 y 202/2001). Estos últimos han de manifestarse en el doble sentido de ser accesibles a terceros y de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito. Sigue diciendo la sentencia señalada en primer lugar (fundamento jurídico segundo) que ello es necesario para apreciar la conexión referida más arriba, pues el control constitucional exige verificar su razonabilidad, y dicha relación se manifiesta en las sospechas, que no son circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para ser fundadas apoyarse en datos objetivos que, insistimos, sean accesibles a terceros y tengan una base real sobre la comisión del hecho delictivo, sin que puedan consistir en valoraciones sobre la persona. La STC ya citada 299/2000, como recuerda la 167/2002, apunta igualmente a este respecto que «el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa». Por ello **habrá que indicar al menos en qué han consistido las investigaciones y sus resultados (elementos objetivos indiciarios), sin que por ello basten afirmaciones como «por investigaciones propias de este Servicio se ha tenido conocimiento».** También, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos se exteriorice directamente en la resolución judicial, puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios.

Naturalmente todo ello tiene que enmarcarse dentro del principio de proporcionalidad, es decir, la medida debe ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como puede ser la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y además idónea e imprescindible para la investigación de los mismos. La Jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve en este sentido que uno de los **presupuestos que habilitan legal** y constitucionalmente la adopción de la decisión judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas es **«la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y la relevancia social del mismo»** (STC 166/1999, citada también por la 167/2002). La proporcionalidad de la medida debe ser analizada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción.

También forma parte del núcleo constitucional el control judicial de la ejecución de la medida de intervención telefónica, como actividad judicial precisa para su corrección y proporcionalidad. Dicho control, también según la Jurisprudencia constitucional, puede resultar ausente o deficiente cuando no se han fijado temporalmente los periodos en que deba darse cuenta al Juez del resultado de la restricción, cuando la policía los incumpla, pero también si el Juez que autorizó la restricción no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la misma y si desconoce el resultado obtenido en la investigación. Por el contrario, no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas «a posteriori», es decir, cuando se trata de incorporar el resultado de las conversaciones a las actuaciones sumariales, de forma que la entrega y selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE, sin perjuicio de su eficacia probatoria.

TERCERO.- La Policía Judicial por oficio de 17-6-1997 da cuenta al Juzgado de Guardia del inicio de una investigación policial solicitando mandamiento dirigido a la Compañía Telefónica Móviles a fin de que proceda a la remisión de los listados de llamadas de los teléfonos móviles utilizados indistintamente por Antonio I. N. En dicha comunicación se hace constar que éste «utiliza distintos vehículos, entre ellos la mayoría en régimen de alquiler, así como que igualmente y para realizar sus contactos telefónicos con el resto de los integrantes de la presunta red de distribución, utiliza teléfono móvil GSM con tarjetas prepago, que carecen de titular. En relación a lo expuesto, cabe decir que iniciadas las vigilancias y seguimientos sobre el precitado, se ha podido detectar en alguna ocasión, como el mencionado establecía contactos físicos con otras personas y cómo en dichos contactos existían intercambio de paquetes u objetos que a criterio de la fuerza actuante pudiera tratarse de droga y/o dinero, dada la forma de producirse dichos contactos y las precauciones tomadas para ello y que en otro tipo de operaciones coinciden las características de los mismos en la forma de establecer dichas entregas sin que en tales ocasiones se pudiera intervenir por la sola sospecha que se tratara de transacciones de sustancias estupefacientes, por carecer en dichos momentos de infraestructura necesaria y por no haberse podido establecer con carácter previo el oportuno operativo policial». La sospecha policial se asienta, es decir, tiene como base real, al menos, tres datos objetivos, cuales son la utilización de distintos vehículos, los contactos telefónicos y los físicos con otras personas donde se producían intercambios de paquetes u objetos, hechos accesibles a terceros cuya fuente de conocimiento es ajena a la propia convicción o sospecha policial. Debe añadirse a ello, al objeto de corroborar la posible conexión entre la persona investigada y la comisión de hechos presuntamente delictivos graves, los antecedentes de la misma y su conocimiento anterior por parte de la Policía Judicial. Lo anterior constituye base mínima pero suficiente para entender que se han exteriorizado datos objetivos que pueden fundar dicha conexión y que constituyen hechos accesibles a terceros y por ello objetivamente comprobables, respecto de los cuales

puede producirse un interrogatorio contradictorio por la defensa en el momento procesal oportuno. Ni es necesario que los indicios tengan la consistencia exigible para dictar auto de procesamiento, como parece afirmar la Audiencia cuando en el fundamento de derecho segundo, con remisión a una decisión anterior de la misma, se refiere a «la previa existencia de indicios de criminalidad», ni tampoco el oficio policial tiene que ser equivalente a un atestado puesto que éste será consecuencia de la conclusión de la investigación y aunque evidentemente cuanto mayor sea la riqueza de los ingredientes fácticos mayor será la consistencia del presupuesto habilitante no por ello la incorporación de un núcleo mínimo suficiente debe determinar la exclusión del mismo. **Las solicitudes posteriores de ampliación de las intervenciones y de prórroga de las ya acordadas tienen por base el contenido de las escuchas, los seguimientos y las vigilancias llevadas a cabo por la Policía Judicial, es decir, se trata de actuaciones que trascienden de la voluntad o ánimo de los policías intervinientes y que constituyen actividades externas y objetivas también comprobables por terceros,** debiendo añadirse que la incorporación al sumario de las cintas grabadas y sus correspondientes transcripciones permiten desde luego verificar la consistencia de los datos que sirven de apoyo a las medidas solicitadas o su prórroga, por lo que no es necesario que en la solicitud policial se haga constar el detalle del contenido de las conversaciones. El control judicial de la ejecución de las intervenciones acordadas se satisface cuando el Instructor tiene a su disposición las cintas grabadas, pues ello le permite comprobar y depurar críticamente la actuación policial y la marcha de la investigación, sin que sea necesario el cotejo por el Secretario de las transcripciones hechas por la policía con las grabaciones originales en esta fase procesal de investigación. Sostener lo contrario equivale a especular sobre la actuación del Instructor. Basta que objetivamente se den las condiciones para la verificación y control del curso de la investigación para entender que no se ha menoscabado el derecho constitucional puesto en tela de juicio, salvo la existencia de hechos precisos y concretos que aporten actividades irregulares en la instrucción. Habiéndose aportado a la causa las cintas correspondientes y sus transcripciones el requisito objetivo del control aparece cumplido. Por último, el artículo 306 LECrim, establece que los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos, bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente. El no haberse dado cuenta al mismo hasta ocho meses después del inicio de las investigaciones, no deja de ser una irregularidad procesal que no afecta al núcleo esencial de la constitucionalidad de la medida restrictiva, que atribuye al Juez de Instrucción la autorización y control de la misma y no al Ministerio Fiscal. En cualquier caso, como señala en su informe, que defiende la constitucionalidad de las intervenciones, una vez tenido conocimiento de todas las actuaciones «no efectuó recurso alguno contra las medidas adoptadas judicialmente ni emitió queja sobre tal cuestión».

En base a lo anterior, no concurriendo en las **intervenciones telefónicas** vicio de constitucionalidad que las invalide, su contenido debe ser valorado por la Sala de instancia, debiendo ser estimado el recurso del Ministerio Fiscal.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación dirigido por el Ministerio Fiscal por vulneración de precepto constitucional frente a la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en fecha 15-11-2000, casando y anulando la misma, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al juicio oral para que un Tribunal de composición distinta al que dictó la Sentencia casada proceda a un nuevo señalamiento y celebración del juicio, teniendo en cuenta lo resuelto por el Tribunal de Casación.