

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL: Aspectos procesales: legitimación para recurrir, aunque el teléfono intervenido pertenezca a otra persona: existe conexión entre las conversaciones grabadas en ese número y los hechos que se imputan al recurrente; Intervención telefónica: vulneración inexistente: **autorización judicial basada en declaraciones de confidente de la policía** y en otros indicios; Inviolabilidad del domicilio: vulneración inexistente: ocupación de droga en el interior de un automóvil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vigo instruyó sumario con el núm. 1 de 1999 contra Angel C. G., y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda, que con fecha 12 de julio de 2001 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Habiéndose solicitado por funcionarios de la Policía Judicial (Sección UDYCO) en 24 de marzo de 1999, autorización judicial para proceder a la intervención del teléfono núm. de abonado ..., perteneciente al acusado, Antonio E., mayor de edad, y con antecedentes penales (ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 26-6-1996,) como autor de un delito contra la salud pública previo informe favorable del Ministerio Fiscal, se dictó auto de 3 de marzo de 1999 en el curso de las Diligencias Previas núm. 1126/1999 adecuadamente motivado, en el que se acordaba la intervención telefónica instada y la entrega periódica al juzgado instructor de las cintas originales para su audiencia, lo que así se vino efectuando hasta el cese de la intervención en 21 de mayo de 1999, levantándose sucesivas Actas de "Transcripción de las conversaciones que se estimaron relevantes para la investigación en curso, de 22 de marzo de 1999, 31 de marzo, 19 de abril, 3 de mayo, 17 de mayo y finalmente 27 de mayo de 1999 documentados en los Autos". A consecuencia de dichas diligencias de investigación previa, en el día 20 de mayo de 1999, se montó un dispositivo policial, en las proximidades de la localidad O'Cerquido, antigua carretera de Perriño-Tui, ante la sospecha fundada de que se iba a producir un intercambio de droga entre el acusado Antonio E., y un ciudadano portugués no identificado, en el curso del cual se detectó la presencia del citado acusado, que conducía su vehículo matrícula PO-...-BG, acompañado del también acusado Angel C. G., mayor de edad y sin antecedentes penales, y al estacionarse en el lugar indicado, se procedió a su detención e intervención de los efectos que portaban, ocupándosele al acusado Antonio, tres teléfonos móviles, uno de ellos el intervenido, y al acusado Angel C., además de tres teléfonos móviles, las llaves de un vehículo marca Volkswagen Golf matrícula PO-...-AX, de su propiedad, que posteriormente fue localizado en las proximidades estacionado en la parte posterior de un restaurante situado en O'Cerquido, debidamente cerrado y sin signo alguno de forzamiento. Momentos después, concurrió al mismo punto donde se efectuaba la espera, el súbdito portugués Antonio Horacio O. S., actualmente fallecido, en cuyo vehículo que estacionó a escasos metros del vehículo del acusado, Antonio, se ocuparon por los funcionarios de policía, un teléfono móvil y 4.337.000 escudos, guardado en una bolsa plástica. Y en el registro practicado en el vehículo propiedad del acusado Angel, a presencia de dos testigos, se localizó debajo del asiento del conductor un paquete plástico que contenía la sustancia estupefaciente cocaína con un peso de 961,670 gramos y riqueza un 74,08%, según posterior análisis. Así mismo, portaba tal vehículo 600.000 ptas. y un justificante de envío de dinero a Bogotá en el que figuraba como remitente Antonio G. E. Practicándose diligencia de entrada y registro, previa autorización judicial, en los domicilios de ambos acusados, fueron halladas en el domicilio de Antonio G. E., tres bolsas, que el propio acusado entregó a los funcionarios policiales y Secretario Judicial, que contenían la sustancia cocaína con un peso neto de 675,634 g y una riqueza de 79,56%, dos balanzas de precisión de las marcas "Tanita" y "Tefal" y 400.000 ptas. En el domicilio de Angel C., se le ocuparon 1.600.000 ptas., escondidas en el interior de la manga de una camisa y cinco emisoras portátiles. El valor de la droga incautada al acusado Antonio G. E., asciende a 13.134.556 pesetas y la ocupada a Angel C. G., asciende a 13.383.063 pesetas».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **Fallamos:** «Se condena a los acusados Antonio G. E., y Angel C. G., como autores criminalmente responsables de un delito de tráfico de drogas, ya definido, concurriendo la agravante de reincidencia respecto de Antonio G. E., y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad respecto de Angel C. G..

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

QUINTO.- Llegados a este punto, debemos aclarar que la intervención telefónica no opera respecto al ahora recurrente como un elemento probatorio de cargo, toda vez que el contenido de las conversaciones grabadas no ha sido utilizado por el Tribunal sentenciador como prueba incriminatoria contra aquél. Pero sí debe entenderse como un medio de investigación del que emana, finalmente, la prueba de cargo que sustenta la condena. Al cabo, la distinción carece, ahora, de interés, ya que en uno y otro caso se hace rigurosamente necesaria la legitimidad constitucional de la medida, de suerte que si la intervención telefónica es constitucionalmente ilícita, resultará nula de pleno derecho y esa nulidad radical se extenderá a las pruebas directamente emanadas de la observación telefónica (las grabaciones), como a aquellas otras que se basan o proceden de dicha medida, que es el caso que ahora debemos resolver.

El motivo sostiene que la intervención telefónica es inconstitucional porque la resolución judicial que la autoriza carece de motivación suficiente que justifique la destrucción del derecho fundamental del afectado, alegando que el Auto habilitante se apoya en meras sospechas o conjeturas infundadas y no en auténticos indicios objetivados de la comisión de un delito por parte del investigado.

Sin embargo, la censura no puede ser acogida.

La resolución judicial que acuerda la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.2 CE (RCL 1978, 2836), constituye el requisito esencial de la injerencia en este ámbito de la privacidad constitucionalmente protegido, y la validez de dicha resolución requiere que esté suficientemente motivada, de manera que quede radicalmente excluida cualquier sospecha de arbitrariedad, siendo, por ello, necesaria que en la misma se expresen los indicios o sospechas fundadas que justifiquen racional y razonablemente la lesión del derecho, y que en ningún caso pueden considerarse como tales la simple intuición o el mero subjetivismo huérfano de datos fácticos objetivos y concretos que los fundamenten.

En el caso presente, el Juez de Instrucción no atendió la primera solicitud de la Policía de intervenir el teléfono del señor G. E., requiriendo, a instancias del Fiscal, mayor concreción de los datos ofrecidos por la autoridad policial, admitiendo la segunda solicitud -de conformidad con el Fiscal- en base a las razones que **en esta última petición se consignaban, entre las que figuraban -pero no sólo- las informaciones de un confidente próximo** a G. E., cuya identidad no se revela, de que el citado se viene dedicando a la venta de heroína y cocaína, elemento éste que el recurrente repudia como indicio al no desvelarse la identificación del anónimo informador.

Al respecto debemos significar que **ninguna tacha de ilicitud cabe oponer a que la Policía utilice fuentes confidenciales para recabar información que abran el camino a su actividad constitucionalmente establecida de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente** (art. 126 CE). **Pero la noticia confidencial no es suficiente ni como prueba valorable en el proceso judicial, ni como dato para justificar por sí sola, como único indicio, la restricción de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución. La noticia confidencial recibida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrá servir de base para practicar las investigaciones necesarias a fin de confirmarla mínimamente, con el objeto de aportar a la autoridad judicial algo más que la mera información confidencial al solicitar la intervención telefónica del ciudadano o cualquier otra medida que lesione los derechos fundamentales o las libertades básicas del individuo, pero, por sí sola, la información del confidente anónimo no puede justificar la lesión de esos derechos y libertades cuando no venga respaldada por una mínima confirmación posterior.**

Así lo ha declarado esta Sala, entre otras, en la sentencia de 10 de abril de 2001 y las que en ella se citan, tal como las de 4 de marzo de 1999 y 26 de septiembre de 1997, en la que se insiste en afirmar que la confidencia como indicio directo y único carece de aptitud para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales salvo excepcionales supuestos de estado de necesidad.

Ocurre que **en el caso examinado, ni la información confidencial es el único dato que se aporta al Juez de Instrucción, ni puede afirmarse que no haya sido confirmada por gestiones policiales posteriores**, pues, examinados los oficios policiales, en ellos se deja constancia de otros datos como las anteriores actividades delictivas de tráfico de drogas por la persona investigada, la verificación de que ésta no tiene ninguna actividad laboral lícita, habiendo abandonado desde hace años la reparación de electrodomésticos a que anteriormente venía dedicándose, siendo fruto de su dedicación a la venta de drogas las ganancias que obtiene y los medios de vida de que dispone; así como que «ha podido ser comprobado sin ningún género de dudas» que desde el teléfono cuya observación se solicita «viene atendiendo pedidos de las referidas sustancias estupefacientes». Se trata de datos que, considerados en su conjunto, constituyen base suficiente sobre la que el Juez puede formar juicio sobre la justificación de

la medida a adoptar para el descubrimiento y comprobación de un delito tan grave como el de tráfico de drogas a cuya posibilidad apuntan racionalmente las informaciones recibidas, así como para ponderar la proporcionalidad y necesidad de la intervención.

Y no resulta ocioso hacer dos consideraciones: la primera que, en cuanto la medida no es posterior al descubrimiento del delito, sino que se dirige a su averiguación y descubrimiento del delincuente (art. 126 CE) el «fumus boni iuris» tiene en tal caso una intensidad menor, en tanto que, como señala la STC 341/1993, de 18 de noviembre, la autorización judicial es defectiva de la flagrancia, pues en ella queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, evidencia no exigible en el otro caso (STS 7 de mayo de 1994), lo que quiere decir que, como es obvio, de existir ya pruebas y constancia del delito sería superflua tal medida adicional, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga y que está por ello en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene por qué existir una prueba (STS de 8 de febrero de 1997, entre otras muchas).

En este sentido **las informaciones que la Policía aporta al Juez como datos indiciarios o sospechas fundadas que sustentan la solicitud, no necesita que alcancen la categoría de indicios racionales de criminalidad exigibles para el auto de procesamiento** que establece el art. 384 LECrim, **bastando con el conocimiento de las circunstancias que den apoyo a la sospecha.**

Y, en segundo lugar, conviene recordar que, contra lo que se sostiene o sugiere en el motivo de casación que examinamos, **el Juez no está obligado a comprobar la realidad de los datos que le proporciona la autoridad policial, sino a ponderar racionalmente su verosimilitud**, pues la veracidad del indicio no puede confundirse con su posible comprobación judicial: en primer lugar porque la comprobación consiste precisamente en la intervención solicitada sobre la base de una noticia o indicio concreto y de contenido razonable. Y en segundo lugar porque cuando, siendo posible, no se comprueba el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el Auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos, pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse comprobado (STS de 28 de julio de 2000).

En conclusión, la resolución judicial habilitante no adolece de los vicios de inconstitucionalidad que se denuncian y, por ello, el motivo debe ser desestimado.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación de su motivo quinto, y desestimando el resto, interpuesto por el acusado Angel C. G.; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Segunda de fecha 12 de julio de 2001 (JUR 2001, 288242), en causa seguida contra el mismo y otro por delito de tráfico de drogas.