

Roj: **STS 567/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:567**Id Cendoj: **28079120012017100129**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2017**Nº de Recurso: **10357/2016**Nº de Resolución: **101/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil diecisiete.

Esta Sala ha visto con el número 10.357/2016, los recursos de casación interpuestos por Eloy , representado por el procurador don Felipe Bermejo Valiente, bajo la dirección letrada de don Cesar García-Vidal Escola; Isaac , representado por el procurador don José Luis García Guardia, bajo la dirección letrada de don Carlos Miguel Rueda Vega y por Pablo representado por el procurador don Javier Zabala Falcó y bajo la dirección letrada de doña María José Sánchez Tierraseca; contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2016, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid , que les condeno por delito contra la salud pública. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

1 .- El Juzgado Central de Instrucción número 3, incoó Diligencias Previas con el número 121/2012, por delito contra la salud pública, contra Eloy , Emiliano , Argimiro , Pablo , Isaac , Edmundo y Hugo ; y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Primera dictó, en el Sumario n.º 7/2013, sentencia el 20 de noviembre de 2015 , con los siguientes hechos probados:

<<PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2013 el acusado Edmundo ya circunstanciado desembarcó en el aeropuerto de Madrid Barajas del vuelo de la compañía Avianca procedente de Bogotá (Colombia) llevando adosado alrededor de su cuerpo y piernas una especie de chaleco braguero el cual portaba en su interior mediante bolsillos cosidos ocho paquetes de una sustancia que analizada resultó ser cocaína con un peso bruto de 4658 gramos, ascendiendo el M1 a 3592,4 gramos de cocaína con una pureza de 67,8 por ciento y cuyo valor en el mercado ascendería a 133.245,87 euros en su venta al por mayor y a 540970,66 euros en su venta por dosis, y el M3 a 803 gramos de cocaína con una pureza del 71,8 por ciento y cuyo precio en el mercado ascendería a 31.541,28 euros en su venta al por mayor y a 128.055,82 euros en su venta por dosis.

Para la entrada de la droga indicada el acusado Eloy , ya circunstanciado había mantenido diversos contactos con el acusado Emiliano , ya circunstanciado, con el cual llegó al acuerdo de traer la droga desde Colombia a través del aeropuerto al frustrarse otra operación por vía marítima, facilitándole el entramado de personas, billetes y alojamiento del correo para que la droga llegara a su destino final y encargándose el primero de proporcionar la cocaína a través de terceros en dicho país.



En tal sentido le presentó al acusado Pablo , ya circunstanciado, como guardia civil que en su condición de tal intervendría en la operación facilitando la entrada de la droga, lo cual, aunque incierto, facilitó que el acusado Emiliano confiara en que iba a contar con ciertas garantías de éxito en la operación.

El citado acusado Pablo actuó en connivencia con Eloy en tal presentación a pesar de ser falsa su condición de Guardia Civil, poniéndose además en contacto con Emiliano tanto por vía telefónica como personalmente para ultimar los detalles de la operación.

En dicho entramado de personas intervino también el acusado Isaac , ya circunstanciado, como la persona encargada de recibir en el aeropuerto a Edmundo y Hugo , ofreciendo su colaboración en la entrada de la droga transportada a través de otra persona que al parecer trabajaba en el aeropuerto en el establecimiento Relay, la cual no ha sido identificada, si bien a última hora no acudió a recogerlos alegando motivos laborales, y lo hizo en su lugar Emiliano , encargándose también el señalado Isaac de la posterior venta a terceros de la droga que entraba por el aeropuerto.

El día 1 de julio de 2013 el acusado Emiliano se puso en contacto con el acusado Hugo como persona que acompañaba al acusado Edmundo en el vuelo desde Colombia y el cual desempeñaba como función el control de éste y de que la droga llegara a su destino. En dicho contacto telefónico le iba indicando el segundo los pasos que iban siguiendo ambos tras desembarcar con la droga en el aeropuerto, llegando a reunirse los tres, dirigiéndose al parking del aeropuerto, donde fueron detenidos e incautada la droga en poder de Edmundo .

No consta la intervención en la transacción del día 1 de julio de 2013 del acusado Argimiro , ya circunstanciado.

No consta probado que los acusados formaran parte de una organización constituida para la comisión de delitos.>>[sic]

2 .- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Condenamos Eloy , Emiliano , Hugo , Pablo y Isaac , como autores de un delito contra la salud pública previsto y penado en los arts. 368 y 369.1.5 CP , concurriendo en Emiliano la atenuante de confesión como muy cualificada en los términos ya señalados y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el resto de los penados, a las siguientes penas.

Eloy a la pena de seis años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y multa de 200.000 euros.

Emiliano a la pena de cinco años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 100.000 euros.

Isaac a la pena de seis años y dos meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 180.000 euros.

Pablo , a la pena de seis años y dos meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 180.000 euros.

Hugo a la pena de seis años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 170.000 euros.

Edmundo a las penas de seis años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 170.000 euros.

Absolvemos libremente al acusado Argimiro del delito contra la salud pública de los artículos 368 , 369.1.5 ^a y 369 bis, inciso primero del Código Penal y del delito de integración en organización criminal con finalidad de comisión de delitos graves del artículo 570 bis del Código Penal imputado, respecto al cual se declaran de oficio las costas procesales.

Se absuelve a todos los acusados del delito de integración en organización criminal con finalidad de comisión de delitos graves del artículo 570 bis del Código Penal imputado.

Se impone a cada uno de los penados el pago de las costas en su parte proporcional.

Respecto a los acusados Emiliano y Hugo se difiere la medida de expulsión a la fase de ejecución de sentencia y una vez sea firme la sentencia.>>[sic]

3 .- La Audiencia de instancia dictó Auto de Aclaración de fecha 10 de diciembre de 2015, con la siguiente parte dispositiva.

<< Aclaremos la sentencia dictada por este Tribunal con número 469/2015, de fecha 20/11/2015 , en el sentido siguiente: En el antecedente de Hecho Primero, se hace constar que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas solicita para el acusado Emiliano la pena de seis años de prisión cuando debe constar seis años



y un día de prisión. En el primer párrafo del FALLO se hace constar el nombre de Eloy cuando debe constar Eloy y en dicho párrafo se omite el nombre del acusado Edmundo cuando debe constar junto al resto de los consignados en el mismo, manteniendo el resto de la sentencia igual.

Notifíquese la presente resolución a las partes advirtiéndole que contra ella y contra la sentencia dictada cabe recurso de casación en la forma dispuesta en la sentencia, computándose el plazo para la interposición de la casación desde la fecha de notificación de la presente resolución.>>[sic]

4 .- Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los acusados Pablo , Isaac , Emiliano , Eloy y Edmundo , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

5.- La representación procesal de Eloy , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 852 de la Lecrim y del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 18.3 de la CE . La intervención de las comunicaciones es prospectiva.

Segundo.- Al amparo del art. 852 de la Lecrim y del art. 5.4 de la LOPJ . Vulneración del derecho al secreto en las comunicaciones, art. 18.3 de la CE . Falta de motivación de los autos, artículo 24.2 de la CE , los indicios aportados por la fuerza actuante no pueden reputarse como tales.

Tercero.- Por infracción de Ley, artículo 849.1 de la Lecrim . Por la inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas o, alternativo, derecho a recibir una respuesta fundada en Derecho en un plazo razonable. Infracción por inaplicación del art. 21.6 del Código Penal .

6.- La representación procesal de Pablo , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5 apartado 4º de la Ley 6/1985 , de 1 de Julio (Ley Orgánica del Poder Judicial), y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el Tribunal de instancia ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia de mi representado contenido en el art. 24 de la Constitución Española .

7.- La representación procesal de Isaac , basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Concretamente del artículo 18 de la CE , esto es, por conculcación del Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas y a la intimidad.

Segundo.- Por quebrantamiento de forma. Por el cauce del artículo 851.3 Lecrim , cuando no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional. Concretamente del art. 24 de la Constitución Española , esto es, por conculcación del Derecho Fundamental a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional. Concretamente del artículo 24.2 de la Constitución Española , esto es, por conculcación del Derecho Fundamental al Juez predeterminado por la Ley, y a un proceso con todas las garantías.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley. Se analiza de forma conjunta por su íntima conexión, la vulneración del art. 24.2 CE (conculcación del Derecho fundamental a la Presunción de Inocencia e in dubio pro reo, aducible en casación por el cauce especial del art. 5.4 LOPJ y artículo 852 Lecrim ; así como al amparo del art. 849.1 Lecrim , por infracción de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos (art. 849.1º: concepto de Ley ; art. 9.3 CE : exclusión de la arbitrariedad).

Sexto.- No existe.

Séptimo.- Por infracción de Ley. Concretamente por error en la apreciación de la prueba, al amparo del artículo 849.2 Lecrim ., por infracción de las reglas de ponderación de la prueba documental.

Octavo.- Por infracción de Ley. Se renuncia expresamente al mismo.

Noveno.- Por infracción de Ley. Concretamente al amparo del art. 849.1 Lecrim por aplicación indebida de los arts. 368 y 369.1.5 del Código Penal .

Décimo.- Por infracción de Ley. Concretamente, al amparo del artículo 849.1 de la Lecrim , por aplicación indebida del art. 123 (costas procesales) del Código Penal .



- 8.- Con fecha 30 de septiembre de 2016, esta Sala dicto auto declarando desiertos los recursos de casación anunciados por Edmundo y Emiliano , al no ser formalizados los mismos.
9. - Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, en informe de fecha 7 de noviembre de 2016, solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.
- 10.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 9 de febrero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. En nombre de los condenados Eloy (motivos primero y segundo de su escrito) y Isaac (motivo primero de su escrito), invocando los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ , se ha denunciado vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18,3 CE). En esencia, porque el oficio policial, de 5 de febrero de 2013, mediante el que solicitaba la interceptación de las comunicaciones telefónicas de Eloy y otro no habría aportado indicios bastantes para dotarla del necesario fundamento y, consecuentemente, el auto de 18 del mismo mes que acogió esa petición, estaría asimismo insuficientemente motivado. Esto cuando resulta que lo sabido a través de esa injerencia es lo que hizo posible llegar a la incautación de la cocaína que figura en los hechos probados de la sentencia.

Cuando una denuncia como la situada en el inicio de esta causa tiene entrada en el juzgado, debe ser examinada, siguiendo un método de análisis que propugna el Tribunal Constitucional (entre otras en STC 299/2000 , particularmente expresiva al respecto) y que, antes aún, viene demandado como la más obvia pauta del operar racional. El mismo obliga a distinguir, en el estudio de las aportaciones policiales, tres planos de discurso. Son los relativos:

- a) Al posible *delito* .
- b) A los *indicios* sugestivos de que el mismo podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas.
- c) A la *actividad investigadora* que hubiera conducido a la obtención de estos datos.

A partir de esta triple distinción, lo que se diga en a), mera imputación muy provisional, resultará atendible si y solo si tiene razonable apoyo empírico en el contenido de b); y siempre que este goce de cierta plausibilidad como resultado predicable de las diligencias de averiguación relacionadas en c), que dependerá de la calidad y el rigor de su práctica.

Es bien claro que se trata de actuaciones preliminares; y que, dado el momento, no cabe exigir *pruebas* en sentido propio (como tantas veces innecesariamente se reitera en algunas resoluciones judiciales). Pero también resulta inobjetable que, por la gravedad de tal clase de injerencias, lo que hay que ofrecer al juzgado es una razonable sospecha de delito con apoyo en *datos* bien obtenidos y dotados de cierta objetividad, esto es, intersubjetivamente comunicables y tratables, que es lo que la haría utilizable como *hipótesis de trabajo* . Y es obvio que hablar de "datos" es decir datos bastantes, acompañados también de los precisos para evaluar la calidad de las prácticas encaminadas a su obtención por la policía. Unos y otros aptos para que, luego, el Juez de Instrucción pueda formar personalmente criterio y razonar de forma convincente el porqué de su decisión.

Ya, en fin, en ese modo de operar, habrá que distinguir (con un criterio que ha subrayado el Tribunal Constitucional) entre "el dato objetivo" y el "delito" de cuya existencia el primero (de existir) sería indicio; por la razón de que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito". De ahí 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* ". O dicho de otro modo, lo que tendría que ser acreditado no puede ser usado con la pretensión de acreditar, sin incurrir en una burda tautología. (De ahí la práctica general inutilidad de las tan frecuentes como aparatosas referencias a macro-operaciones de narcotráfico que, con fines de persuasión, más bien subliminal, suelen poblar los oficios de que se trata).

En el caso a examen la causa se inicia con un extenso informe policial en el que, enfáticamente, se habla de una organización internacional asentada en España, que se dedicaría a la importación de cocaína a gran escala procedente de América Latina, utilizando preferentemente la vía marítima. Allí se habla de ciertas personas (Estefanía , Nazario , Miriam , Eloy , Jose Ramón , María Consuelo , Arcadio) sobre los que se ofrece una información ciertamente banal, tanto que la Fiscal que informó seguidamente sobre la viabilidad de la solicitud lo hizo en sentido negativo, y tal es como resolvió seguidamente el titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 3.



Es el motivo por el que la misma brigada policial reiteró su petición mediante el oficio de 2 de febrero de 2013, ya aludido. En él se afirma haber profundizado en la investigación dirigida a dotar de sustento a la solicitud de interceptación de las comunicaciones de Eloy y Estefanía .

En apoyo de esta se dice:

- que Eloy seguiría manteniendo contactos con las mismas personas con las que su padre realizaba transacciones ilícitas sobre cantidades importantes de cocaína (si bien no hay constancia de personas ni de contactos);
- que Darío , de nacionalidad checa, con una orden de busca a su cargo, sería la persona encargada de recibir la cocaína, destinada luego a Rusia y otros países del Este;
- que, además, este fue socio de una empresa dedicada a explotar como negocio la prostitución en el Hotel Las Vegas, en Navalcarnero;
- que Fermina , domiciliada en DIRECCION000 , NUM000 , NUM001 de Majadahonda, ocuparía esta vivienda con Eloy y sería administradora única de la empresa explotadora de la prostitución en el Hotel Las Vegas;
- que la misma figura en el Registro Mercantil como administradora única de la empresa Diomerc SL, dedicada a la distribución de material de oficina y vehículos y domiciliada en la vivienda que acaba de citarse;
- que Luis , del que se citan varios domicilios, y al que se atribuyen antecedentes policiales por malos tratos y robo, figura también como administrador del Hotel Las Vegas; y liquidador de la empresa El Camino Real de Silos SL;
- que Socorro , colombiana, es propietaria del turismo Nissan,-YZD , usado en algún momento por Eloy y Estefanía ;
- que Celia , colombiana, es hija de la anterior y es pareja sentimental de Luis María , que habría sido investigado en algún momento por posible dedicación al tráfico de drogas y blanqueo (sin resultado que conste), y condujo alguna vez el auto reseñado;
- que Geronimo habría sido visto conduciendo ese mismo Nissan, y figura como administrador de dos empresas, dedicada una a la promoción de eventos, y otra a diseño publicitario, marketing y similares;
- que Geronimo tendría sus propiedades y vehículos a nombres de terceros, (si bien no hay la más mínima constancia de cuáles podrían ser unas y otros, ni, por tanto, de su existencia);
- que Estefanía ha sido visto en alguna ocasión conduciendo el turismo Toyota Auris,-YNL , perteneciente a Asesores Gabinete Rs Asociados SI, que se estacionaba en la plaza de garaje del bloque NUM002 de la CALLE000 , de Madrid, correspondiente al apartamento n.º NUM003 ;
- que Petra es quien abona el alquiler de ese apartamento, de donde se infiere que podría ser la compañera sentimental de Estefanía ;
- que Estefanía , antes de tener esa residencia, había vivido en Las Rozas, CALLE001 , NUM004 , apartamento NUM005 , perteneciente a Blanca , esposa del antes citado Geronimo ;
- que Eloy y Estefanía se desplazaron los días 15-18 de diciembre de 2012 a Vilagarcía de Arousa, lo que sería visto como un paso más en la preparación de la operación de la que se ha hablado con anterioridad, consistente en el envío de un contenedor (y de la que no hay más referencias).

En el mismo oficio, a lo largo de diversas páginas se deja constancia de distintos desplazamientos, normalmente en automóvil de Eloy (en un Porsche Cayenne, de matrícula-RJK) con una mujer de pelo rubio, a distintos establecimientos comerciales. También se informa de que se le ha visto con Estefanía y algún desconocido en una cafetería. Se habla asimismo de traslados de Geronimo en el Nissan antes reseñado y de que en alguna ocasión se vio viajar con él a Eloy . (Traslados todos sin la menor significación).

La totalidad de los datos que figuran en el oficio policial que se examina son de este tenor *informativo* y no aportan sino lo que consta. Ahora bien, los agentes que lo elaboraron utilizan como clave de lectura de aquellos diversas máximas de (su) experiencia, que son sin duda las que les llevan a concluir como lo hacen.

Estas son:

- que las organizaciones delictivas que se dedican al tráfico de estupefacientes suelen dar de alta en el Registro Mercantil empresas inexistentes, para proceder mediante ellas a las importaciones ilegales; (las únicas cuatro citadas en este oficio son, por su objeto social, claramente inadecuadas para dar cobertura a alguna operación de comercio extranjero);



- que estas organizaciones utilizan, por poco dinero, "hombres de paja" para la creación de esas empresas;
- que los integrantes de esta clase de organizaciones suelen darse cita un determinado día de la semana para evitar el uso del teléfono, que podría estar controlado (caso que no sería el de los implicados en esta causa que, por las interceptaciones en cuestión se sabe que hacían un uso ciertamente generoso del teléfono).

En fin, se dice que en el curso de los desplazamientos de los que se ha dado noticia, los conductores realizaron maniobras destinadas a despistar a posibles seguidores.

De forma adicional se informa de que, confidencialmente, se ha sabido que Serafin , alias " Gallina " , miembro activo del peligroso grupo organizado de narcotraficantes mexicanos "Los zetas", establecido en España, habría entablado contactos con Estefanía y Eloy ; afirmación adobada con diversas generalidades.

El examen comparado de los dos oficios policiales de referencia permite concluir que son morfológicamente idénticos. En efecto, en ambos se parte, en realidad se *presume* como algo cierto de la existencia de una organización a la que pertenecerían, con mayor o menor grado de responsabilidad, las personas de las que se habla. Y luego, haciendo un uso mecánico de esa sola clave de lectura, se interpretan todos los datos (generalmente banales) acopiados. Pero ocurre que de no concordar en la hipótesis de partida, la lectura de estos no dicen nada que pueda valorarse; en particular cuando se trata de justificar la invasión de un ámbito de derechos fundamentales como el protegido por el secreto de las comunicaciones. Esto, cuando se da la circunstancia de que es, precisamente, de la seriedad y el fundamento de esa hipótesis de partida, aquello de lo que la policía debería convencer al instructor, aportando elementos de juicio, no dotados, es obvio, de la categoría de pruebas concluyentes, pero sí de un valorable potencial indiciario.

Pues bien, no hace falta decir, luego de lo ya expuesto, que no es tal el caso de esta causa, en el que el supuesto (primeramente manejado) de una gran organización de narcotraficantes destinada a importar de Latinoamérica, preferentemente por vía marítima, ingentes cantidades de cocaína, se diluye pura y simplemente en el papel, para dar paso a otro, el de una asentada en España y con base en Madrid, que distribuiría la droga incluso en Rusia y otros países del Este. Hipótesis cuyo fundamento se ignora y que no puede rastrearse a partir de la precaria información sobre algunas personas y sus movimientos, de las que lo único que consta es el uso de tres vehículos, la existencia de apenas media docena de asientos en el Registro Mercantil relativos a entidades que nada sugieren, y algunos neutros desplazamientos por Madrid y su entorno.

Desde el punto de vista del método y del rendimiento informativo los indicios, como se sabe, sirven por lo que *indican* en cada caso. Y lo que acredita la calidad de un indicio es, partiendo de la regularidad de su obtención, su valor explicativo. De este modo un indicio que carezca por completo de él o que aporte elementos de juicio particularmente ambiguos será siempre un mal indicio. Y un mal indicio unido a otro indicio del mismo tenor de precariedad no hacen uno de buena o, ni siquiera, de mediana calidad, pues cada uno seguirá valiendo lo que valga por sí mismo. Esto quiere decir que lo trasladado al juzgado en este caso no pasó de ser la mera afirmación de la posible existencia de un tráfico de cocaína, que por la falta de indicios de sustento de algún valor, si podría haber servido para persistir en la investigación policial, no debió ser tomada en consideración por el juzgado, antes de que esta se hubiera producido con un resultado estimable.

Como se dice en la STS 71/2013, de 29 de enero , la apreciación de la legitimidad de la adopción de una medida como la de que aquí se trata, impone un primer juicio acerca de su proporcionalidad, esto es , dirigido a comprobar si con ella se persiguió un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificarla. Después, habrá que verificar si el sacrificio del derecho fundamental concernido era realmente necesario para conseguir ese fin, a tenor de los datos ofrecidos a la consideración del instructor. A esto ha de añadirse que la legitimidad de la medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria "expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos) cuanto de la necesidad y adecuación de la misma (razones y finalidad perseguida)".

En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos mediante la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública y conminada por el Código Penal con una pena grave, es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo. Con lo que tal estimación trae a primer plano la exigencia de valorar si la medida fue ciertamente necesaria en el caso concreto para la consecución de aquel objetivo. En esta segunda verificación habría que comprobar si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del art. 368 Cpenal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella de los denunciados. Y aquí, decir indicio -no importa insistir- es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control



intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. Algo que ciertamente, según se ha hecho ver con pormenor, no se ha dado.

La razón de la exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la exigencia constitucional dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea. El Tribunal Constitucional ha señalado que la autorización judicial ha de ser "específica", es decir, debe "atender a las circunstancias concretas", y tiene que ser también "razonada".

Pues bien, el examen de la resolución judicial de que se trata produce un efecto desolador, puesto que de tal tiene solamente la forma, al tratarse de un modelo de ordenador, esquemático en extremo, en cuyo texto lo único relativo al caso es la referencia a la existencia de una estrecha relación entre dos personas, Eloy y Estefanía, unida a la tan tópica como inexpresiva alusión a su alto nivel de vida, sin constancia de ingresos conocidas, a la existencia de alguna empresa a nombre de terceros cuya actividad mercantil -se dice, sin mayor detalle- no se correspondería con la registrada, y a la adopción de medidas de seguridad. Todas, verdaderas cláusulas de estilo reiteradas por sistema en la redacción de oficios como el que se examina.

Es verdad que el Tribunal Constitucional y esta sala han admitido la motivación *per relationem*, es decir, por remisión al oficio policial (un modo de operar, ciertamente, poco riguroso). Pero en este caso es que, por lo ya dicho sobre la pésima calidad del auto disponiendo la injerencia, faltaría incluso una *referencia* digna de tal nombre, esto es, sugestiva de una previa consideración judicial de la información recibida dotada de la mínima seriedad. Por eso, dar valor a este modo de actuar en la instrucción sería tanto como admitir que resoluciones del tenor de la considerada podrían operar no por reenvío, sino por simple *yuxtaposición* (una suerte de *estampillado* de la comunicación policial) que es cosa bien diferente. Pero es que, además, incluso dando por buen tal cuestionable forma de motivación, aquí la referencia habría sido a un verdadero vacío de información relevante.

Por eso, tienen razón los recurrentes, la injerencia en el contenido de las comunicaciones telefónicas de los implicados, producidas en esta causa, acredita un claro déficit de legitimidad constitucional, pues se dio con vulneración del derecho fundamental tutelado por el art. 18,3 CE. De este modo, la información probatoria así obtenida, en aplicación de lo dispuesto por el art. 11,1 LOPJ, no debió ser utilizada, por su falta de aptitud para destruir la presunción de inocencia de los recurrentes. Y es por lo que los motivos examinados tienen que estimarse.

Segundo. La estimación de los motivos que acaban de examinarse hace innecesario entrar en el examen de los restantes formulados por Eloy y Isaac. Y tampoco en el examen del recurso de Pablo, cuya condena tiene como causa inmediata y exclusiva lo aportado por las conversaciones inconstitucionalmente interceptadas. Y, además, se da la circunstancia de que, en el caso de los tres, estas fueron la única fuente de prueba de cargo.

III. FALLO

Se estiman los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por la representación de Eloy, y el motivo primero del recurso interpuesto por la representación de Isaac, con extensión de los efectos de esta decisión al también recurrente Pablo, contra la sentencia dictada, el 20 de noviembre de 2015, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en la causa seguida por delito contra la salud pública. En consecuencia se anula parcialmente esa resolución que se casa y se sustituye por la que a continuación se dicta. Se declaran de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese ambas resoluciones a la mencionada Audiencia Provincial, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral García Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente



En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil diecisiete.

En la causa número 7/2013, con origen en las Diligencias Previas número 121/2012, procedente del Juzgado de Central de Instrucción número 3, seguida por delito contra la salud pública contra: Eloy , con DNI NUM006 , nacido en Villagarcía de Arousa (Pontevedra) el NUM007 /1985, hijo de Lázaro y Lorena ; Emiliano , nacido en Connecticut (US el NUM008 /1969, con Pasaporte NUM009 ; Argimiro con DNI NUM010 , nacido en Madrid el NUM011 de 1986, hijo de Carlos Jesús y Diana ; Pablo , con DNI NUM012 , nacido en Madrid el NUM013 /1989, hijo de Claudio y Nicolasa ; Isaac con DNI NUM014 , nacido en Marchema (Sevilla) el NUM015 /1987, hijo de Eliseo y Amparo ; Edmundo nacido en Bari (Italia) el NUM016 /1959, hijo de Martin y de Gloria con pasaporte NUM017 y contra Hugo con pasaporte NUM018 , nacido en Colombia el NUM019 /1972, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia el 20 de noviembre 2015, que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por las representaciones legales de los acusados Eloy , Isaac y Pablo , que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

I. ANTECEDENTES

Los de la sentencia de instancia, si bien eliminando de ellos todas las referencias a Eloy , Isaac y Pablo .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los hechos declarados probados no son constitutivos de delito en los casos de Eloy , Isaac y Pablo , que deben ser absueltos.

III. FALLO

Se absuelve libremente a Eloy , Isaac y Pablo del delito contra la salud pública por el que habían sido condenados en sentencia de 20 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid , manteniéndose en todo lo demás los términos del fallo de la sentencia de instancia, salvo en lo relativo a las costas que en el caso de todos ellos se declaran de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Francisco Monderde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andres Ibañez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.