



Roj: **SAP V 4915/2014 - ECLI:ES:APV:2014:4915**

Id Cendoj: **46250370042014100666**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **4**

Fecha: **06/11/2014**

Nº de Recurso: **45/2014**

Nº de Resolución: **817/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE MANUEL MEGIA CARMONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

VALENCIA

ROLLO 45/14.

JUZGADO. INSTRUCCIÓN Nº 20 de VALENCIA.

P.A.L.O. 18/12

FISCAL ILMO. SR. D. GERARDO GAYETE

S E N T E N C I A NÚM. 817 /14

=====

ILTMOS. SEÑORES:

D. PEDRO CASTELLANO RAUSELL

D. JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA

Dª. MARIA JOSE JULIA IGUAL

=====

En la ciudad de Valencia, a6 de Noviembre de 2014 .

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Señores del margen, ha visto en juicio oral y público la causa instruida con el número **P.A.L.O.** 48/12 por el Juzgado de Instrucción número20 de Valencia por delito de **ASOCIACION ILICITA Y TENENCIA ILICITA DE ARMAS** contra Esteban , con DNI NUM000 ,hijo de Gonzalo y Gabriela , nacido en Valencia , el día NUM001 de 1970, y vecino de Chiva (Valencia), con domicilio en CALLE000 num. NUM002 DIRECCION000 , sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador D. Moisés Toca y defendido por el Letrado D. Manuel Quijano.

Han sido, además, partes el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Gerardo Gayete y como acusación particular JARIT, S.O.S Racisme del País Valencia, B.L.O.C y Centre de Recursos Just Ramírez, Bloc Nacionalista Valencia, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Esquerra Republicana del País Valencia, Esquerra Unida del País Valencia y Movimiento Contra la Intolerancia, representados por el Procurador D. Vicente Adam Herrero y defendidos por el Letrado D. Jesús López Gil, siendo ponente Ilmo. Sr. Magistrado Don JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA, que expresa las razones del Tribunal.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En sesiones que tuvieron lugar los días 14, 15, 16 y 17 de Julio de 2014, se celebró ante este Tribunal juicio oral y público en la causa instruida con el número de Procedimiento Abreviado número 18/12 por el Juzgado de instrucción 20 de Valencia, a la que correspondió el Rollo de Sala número 45/14, practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas y dictándose Sentencia el día 31 de Julio de 2014, absolviendo a los encausados, con excepción de Esteban , que no fue enjuiciado al estar en ignorado paradero, por lo que puesto a disposición del Tribunal se señaló para su enjuiciamiento el pasado día 20 de Octubre de 2014, celebrándose el Juicio donde, en el trámite de cuestiones previas su defensa intereso se declarase la nulidad de las intervenciones telefónicas, y de los registros que se produjeron consecuencia de ellas así como de todas las pruebas de ella derivadas, por haberse infringido los derechos constitucionales del encausado, lo que fue declarado por el Tribunal, sin que se pudiese utilizar en el juicio nada de lo en ellas obtenido.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto del proceso, tal como estimó que habían quedado probados, como constitutivos de un **delito de asociación ilícita de los Arts. 515 nº 1 y 5 y 517- 1º** del C. Penal , del que era autor el acusado **Esteban** , y solicitó la imposición de la pena de **prisión de tres años, multa de 20 meses** con cuota diaria de **10 €** con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el Art. 53.1 del CP e **inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 10 años y de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,**

TERCERO.- La acusación popular, en el mismo trámite, calificó los hechos tal como entendió que habían quedado probados coincidiendo con la calificación del Ministerio Fiscal, si bien intereso que la pena de prisión se impusiese en una extensión de cuatro años.

CUARTO.- La defensa del acusado en sus conclusiones definitivas solicitó, reiterando la petición que al inicio del juicio por la vía de infracciones constitucionales habían denunciado, la absolución de su defendido negando la existencia de prueba de cargo en base a la nulidad de la decisión judicial de acordar la intervención telefónica iniciadora de la causa, que se reputa nula y contraria a los derechos de los encausados, así como de todas las demás diligencias de instrucción que de ella traen causa, incluidas las entradas y registros en el domicilio de algunos de los domicilios y empresas de los encausados.

II.-HECHOS PROBADOS

Desde al menos finales del año 2003 la Guardia Civil venía recopilando información acerca de un grupo de personas que podían formar parte de una organización denominada "Frente Antisistema" (FAS) que se reunían en un local sito en el nº 69 de la Avenida tres Cruces denominado "Centro Cultural Thule", de ideología neonazi dedicada, al parecer, a realizar proselitismo y adoctrinamiento de la ideología nacional socialista difundiendo informaciones que justifican el uso de la violencia contra determinados grupos de población por razón de sus creencias y origen racial (moros, homosexuales, inmigrantes...), a la vez justificaban las medidas que adoptó el gobierno alemán dirigido por Adolf Hitler contra el pueblo judío negando numerosas evidencias demostradas ante los Tribunales de Justicia Internacionales después de la II Guerra Mundial.

En base a esas informaciones se interesó por la Guardia civil del Juzgado de Instrucción nº 1 de Carlet, en oficio de 11 de marzo de 2005 la intervención de las comunicaciones telefónicas de los teléfonos de Secundino , Jose Ángel , Zaida , Juan Ignacio y Alonso , lo que fue acordado por Auto del mismo día 11 de Marzo de 2005, acordándose como consecuencia de ello, posteriores prórrogas por Autos de 7 de Abril y 7 de Mayo siguientes y dictándose otras resoluciones acordando la intervención de mas números telefónicos,

Como consecuencias de esas intervenciones telefónicas acordadas, por la Guardia Civil se intereso del Juzgado de Instrucción la practica de ciertos registros, lo que fue acordado por Auto del día 14 de septiembre de 2005, llevándose a cabo diligencias de entrada y registro judicialmente acordadas en los domicilios de los acusados Secundino en c/ DIRECCION001 NUM003 - NUM004 - NUM005 de Valencia, en el domicilio de los acusado Enrique y su compañera Eburne en la c/ DIRECCION002 nº NUM006 - NUM007 - NUM003 de Sagunto, en los domicilios del acusado Leon en PLAZA000 NUM008 - NUM009 - NUM005 de Valencia y URBANIZACIÓN000 AVENIDA000 NUM010 de Puzol, en el domicilio de Esteban en la c/ CALLE000 nº NUM002 de la URBANIZACIÓN001 de Chiva, en el domicilio del acusado Pablo Jesús sito en la c/ DIRECCION003 NUM011 - NUM009 - NUM012 de La Pobla de Farnals, en el domicilio del acusado Carmelo en la c/ DIRECCION004 NUM007 de la localidad de Torrente, en el domicilio del acusado Federico en la c/ DIRECCION005 nº NUM013 - NUM009 - NUM007 de Valencia, en el domicilio del acusado Juan Ignacio en c/ DIRECCION006 nº NUM014 - NUM009 - NUM011 de Silla, en el domicilio de Jose Ángel y Zaida sito en c/ DIRECCION007 nº NUM015 escalera DIRECCION008 - NUM003 de la localidad de Silla y en el domicilio de la empresa de ambos denominada DIGITEX sita en la c/ Vicente Aleixandre nº 9 bajo de la misma localidad, en el domicilio del acusado Alonso en c/ DIRECCION009 nº NUM016 de la localidad de Fuente La



Higuera, en el domicilio del acusado Agustín en la c/ DIRECCION010 nº NUM017 - NUM005 de Valencia, en el domicilio del acusado Eliseo en la c/ DIRECCION011 nº NUM018 - NUM009 - NUM004 de Burjassot y en del aquí acusado Esteban en la c/ CALLE000 nº NUM002 de la URBANIZACIÓN001 de Chiva, así como en el "Centro Cultural Thule" sito, en la calle Tres Cruces nº 69 bajo de Valencia.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cumple, con carácter previo y tal como se decidió por la Presidencia del Tribunal al inicio de la vista oral, dar respuesta a las cuestiones que por, por la vía del artículo 786,2º de la L.E.Crim , plantearon las partes: la acusación interesó nuevas pruebas mientras que la defensa impugnó la pureza constitucional de la decisión judicial de autorizar las intervenciones telefónicas, que a su vez determinaron las entradas y registros, que reputan radicalmente nula y contraria a las garantías constitucionales, y que, como queda mas arriba dicho, se declararon nulas al inicio del juicio.

Lo de las pruebas nuevas, a lo que se opusieron el Ministerio Fiscal y la defensa, era inviable pues no estaban los testigos a presencia del Tribunal, por lo que se desestimó por ser improcedente en la forma que estaba planteada.

En relación a la cuestión de la pureza constitucional de las intervenciones telefónicas, y de todo lo de ello derivado, a lo que el ministerio Fiscal se adhirió interesando que se estimase la cuestión sin perjuicio de interrogar al acusado, mientras que la acusación se opuso a ello, no podía sustraerse este Tribunal al conocimiento que tiene de la cuestión y a la decisión tomada en la Sentencia número 611/14 , dictada en este mismo Rollo de Sala el día 31 de Julio de 2014.

Decíamos allí, y no podemos sustraernos a recordarlo y a aplicarlo por coherencia, método y porque ante la misma situación de hecho el mismo derecho debe ser aplicado que " **SEGUNDO.-** No escapa a nadie, dado lo profundo y agotador, por no dejar enfoque a ángulo de la cuestión por tratar, del debate suscitado por acusaciones y defensas, que el nudo de esta causa radica en las intervenciones telefónicas interesadas por la Guardia Civil en oficio de 11 de Marzo de 2005, que obra al folio dos de la causa, y el Auto que las acuerda, del mismo día 11 de marzo de 2005, dictado por el Juzgado de Instrucción número 1 de Carlet y que obra al folio 25 de la causa.

En el oficio, de fecha 11 de Marzo de 2005 y obra al folio 2 de las actuaciones, como es de ver se dice que la Comandancia de la Guardia Civil de Valencia, Unidad Orgánica de Policía Judicial, viene realizando investigaciones dirigidas al seguimiento y a la obtención de información de grupos y colectivos de carácter neonazi en España y a finales de 2003 se pudo observar la presencia de la presencia en Internet de diferentes paginas web utilizadas por organizaciones españolas para difundir la ideología nacionalsocialista y fomentar la captación de nuevos miembros.

Y cita el oficio dos paginas www.portal-ns.com/streetdefense y www.portal-ns.com/prodef en las que se podía observar propaganda nacionalsocialista así como la posibilidad de obtener armas prohibidas como puños americanos, porras, porras eléctricas, navajas automáticas, navajas de mariposa, sprays de defensa personal y grilletes, que estaban asentadas en el mismo servidor, PORTRAL-NS, apareciendo en ambas paginas catálogos de las armas prohibidas mencionadas y sus precios, así como dos correos electrónicos para realizar pedidos.

Pero se indica que si se inatenta acceder a esas paginas, a la fecha del oficio, Prodef no se encuentra ubicada en el dicho servidor y Streetdefense deniega el acceso.

Se continua diciendo que como quiera que las referidas armas prohibidas son utilizadas por skinheads nacionalsocialistas para llevar a cabo sus agresiones contra colectivos que consideran repudiables, homosexuales, prostitutas drogadictos, miembros de extrema izquierda y movimiento alternativo, llevo a la Unidad a realizar las investigaciones oportunas para determinar y localizar a los responsables de estas paginas y del negocio oculto que pudiera haber detrás de ellas y tener localizados a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista.

Y se añade que no se descarta que dadas las características de estos grupos detrás de ellos existiera una venta clandestina de armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas...., sobre lo cual han aparecido indicios suficientes para tomarlo en consideración.

Y se dice que de las diferentes informaciones obtenidas a través de confidentes, controles operativos y datos objetivos sobre individuos relacionados con el entorno neonazi español se han obtenido las siguientes conclusiones:



-Que los posibles responsables de las paginas son Secundino , Jose Ángel y Zaida , y ello por cuanto a través de confidentes se ha identificado al responsable de la pagina www.lacensura.com , que es de tintes pronazis, en la cual se alojaba un enlace de las paginas Streetdefense y Prodef, que resultó ser el citado Jose Ángel .

Y que por controles operativos se había constatado la relación entre estas tres personas, las dos últimas mantienen una relación sentimental, siendo la causa de la relación, al parecer, la supuesta entrega de los pedidos solicitados mediante los susodichos correos electrónicos, para lo cual utilizan el apartado de correos 8037 de la sucursal 8 de Valencia sita en la Avenida del Cid.

-Que diversas informaciones coincidentes facilitadas por diferentes confidentes apuntan a que Jose Ángel en connivencia con otros, posee numerosas armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas, armas de guerra, etc.....

Según los confidentes, esta persona estaría distribuyendo las armas de fuego en el mercado ilícito y dentro de ambientes neonazi, especialmente bolígrafos pistola. Y que para ello ha organizado una cadena de distribución en la que contaría con Juan Ignacio y Alonso .

-Que informaciones aparecidas en Internet, en el foro de opinión <http://www.carteleralibertaria> , en el que exponen sus artículos personas relacionadas con la extrema izquierda valenciana, y más concretamente con el movimiento antisistema, acusan a Jose Ángel de estar relacionado con la venta de armas de fuego.

-Que tanto a Jose Ángel y a Zaida no se les conoce actividad laboral alguna, lo que hace sospechar que su medio de sustentación económica pudiera provenir de las actividades presuntamente ilícitas que se investigan.

-Que Jose Ángel tiene dos antecedentes policiales: una del año 1991 por tenencia ilícita de armas, municiones y explosivos y otra de 1990 por injurias resistencia, desobediencia y amenazas.

Por todo ello y para esclarecer las posibles actividades ilícitas se acaba solicitando la intervención de los teléfonos de Secundino , Jose Ángel , Zaida , Juan Ignacio y Alonso .

TERCERO .- *Se impone, por ello, que se entre a estudiar por este Tribunal cual es el estado de la jurisprudencia acerca de esta ingerencia en los derechos constitucionales de los encausados.*

Sobre la cuestión que nos ocupa este Tribunal, siguiendo las sentencias en la materia del T. Supremo y el T. Constitucional, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente desde el Auto del T. Supremo de 18 de Junio de 1992 , dictado en la Causa Especial núm. 610/90, conocida como el "Caso Naseiro", que sentó las bases de toda la jurisprudencia posterior en relación a las solicitudes y autorizaciones de entradas y registros.

*Se puede leer en el **Fundamento de Derecho Segundo** del dicho Auto que "Hay que tener en cuenta a este respecto y en este orden de cosas, que en las situaciones que ahora se contemplan está en juego uno de los derechos constitucionales más importantes, como ya se dijo: el derecho a la intimidad en uno de sus componentes más interesantes. Por ello, esta resolución ha de ser extensa y, a veces, hasta repetitiva para dejar expresa constancia de todos los problemas que las partes han sometido a la consideración de la Sala y de las reflexiones técnico-jurídicas y soluciones que ésta toma. Los derechos fundamentales, y el derecho a la intimidad lo es, son derechos de mayor valor (STC 66/85). La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos.*

Si en él se introducen quiebras sin la suficiente justificación, puede romperse el equilibrio y la cimentación en el que se sustenta el edificio social en cuanto sostenedor, a su vez, del Ordenamiento, que nace y vive para defender a la persona.

El tema tiene una especial trascendencia y por ello ha de serle prestada una muy cuidadosa atención. Esta Sala se ha ocupado del tema en algunas ocasiones, así la sentencia de 5 de febrero de 1988 , en la de 21 de febrero de 1991 con cita de las de 5 de febrero acabada de indicar, 17 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1990 y en la de 16 de enero de 1992 . A ellas íntegramente nos remitimos. El Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de junio de 1988 afirmó que no cabe duda de que las cintas magnetofónicas constituyen medios de prueba documental, siendo problema distinto el de si en cada caso concreto constituyen o no actividad probatoria de cargo (ver también sentencia de Tribunal Constitucional 114/84, de 29 de noviembre).

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dio nueva redacción al artículo 579 de la misma. En el apartado 2 se establece que: "Asimismo el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa", y en el apartado 3 se dice: "De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, 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". Como se ve, el legislador no establece limitaciones en razón a la naturaleza de los posibles delitos o a las penas asociadas. Ello obliga a una mayor reflexión aunque no es por este camino tan específico por el que se pueden hacer objeciones a las decisiones judiciales objeto de nuestra resolución, atendida la gravedad de unos y otros hechos; en cambio, si, en orden de la no existencia de indicios en el sentido al que enseguida se hará referencia, de apreciación judicial del soporte, más allá de la pura sospecha judicial, de los hechos delictivos.

La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve, con autoridad y argumentos muy poderosos, por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la Constitución Española había entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose igualmente graves defectos en el contenido. Cualquiera que sea la interpretación que haya de darse a las diferencias existentes entre los números 2 y 3 anteriormente transcritos -en orden al procedimiento en que se acuerda, con auto de procesamiento o sin él (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por razón del momento procesal en que la medida se adopta o por sus propios contenidos, en relación a las palabras "intervención" y "observación" (Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987)"-, lo que no ofrece duda es que resulta indispensable que existan indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas (Sentencias de Tribunal Constitucional 174 y 175 de 17 de diciembre de 1985), es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc.

La palabra indicio utilizada en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (uno de los elementos -clave- para su correcta interpretación) supone existencia de una primera plataforma en la investigación criminal (algo distinto a cuanto significa prueba inducida como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido).

Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra "indicio" del artículo 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica. Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, si no lo hace, si aquéllos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión -es causa de la misma-, y no después. Ello quiere decir que sólo el Juez, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios, es el único que puede acordar una intervención telefónica.

No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad, y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él.

Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes, así, por ejemplo, el artículo 586 de la misma, resultando, por tanto, imprescindible que la resolución que acuerde la intervención/observación se motive, se determine su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, periodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad. Sólo los delitos graves pueden tolerar esta ingerencia y únicamente en periodos de tiempo razonables, que el Juez debe valorar y motivar adecuadamente, exigencias que han de extenderse al "fax" y a las demás técnicas de transmisión de análoga significación.

Todo ello dentro de diligencias judiciales aunque, con toda obviedad, deban declararse las actuaciones secretas para evitar su inutilidad.

Si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales (Cfr. Casos Kruslin y Huvig del T.E.D.H. que luego se citarán)



con obligada entrega de las cintas originales, y no de copias, al Juez. La intervención/observación ha de venir establecida para un determinado delito o varios y, en la medida en que se descubran otros, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, si procede extender la intervención/observación y lo demás que corresponda en Derecho.

En cambio, la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control. No hay, por consiguiente, que ajustarse a un formalismo estéril. La expresión "causa" ha de entenderse en un sentido amplio: lo que importa es su contenido, no su nombre.

Nuestra sabia y centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la entrada y registro en un lugar cerrado, establece, por otra parte, unos principios que, sin duda, tienen vocación generalizadora: No se ordenará el registro de libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (artículo 573). Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos, si no interesan a la instrucción (artículo 552). Uno y otro preceptos, el ya citado de intervención de correspondencia y éste, no modificados por la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal , se citan para demostrar la sensibilidad de nuestra vieja Ley que está en sintonía perfecta con la que expresa hoy de manera terminante e inequívoca nuestra Constitución. Las garantías de nuestra vieja Ley procesal penal no pueden verse disminuidas, más de un siglo después, respecto de las mismas instituciones o de otras de análoga significación".

Y sigue diciendo el Auto en el **Fundamento de Derecho Tercero** que "No caben tampoco, por consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo. Ahora bien, aunque no exista una imputación formal contra persona determinada (Cfr otra vez el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cabe, sin duda, la interceptación siempre que se cumplan los requisitos que la propia Ley establece, interpretados de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico. Sólo el Juez, como ya se ha dicho, salvo supuestos excepcionales, previstos expresamente por la Constitución o la Ley, puede acordarla y su decisión ha de fundarse en indicios constatables en la causa, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la policía, ampliados o no según lo estime el Juez, y otros, y en todo caso, por él valorados en los términos ya examinados, sin que tampoco pueda ofrecer duda respecto del teléfono, que puede ser el del que corresponda como titular a la persona procesada, o contra la que existan indicios graves de criminalidad, o también en relación con el que, más o menos, habitualmente lo utilice".

Esto, como se dice, que transcribimos por su claridad e interés, constituye el fielato por el que han de pasar todas las solicitudes y Autos acordando las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, y de cualquier tipo, de los ciudadanos en el derecho español.

CUARTO .- El Tribunal Supremo, como dicho queda, se ha pronunciado con reiteración sobre el problema de la autorización de escuchas telefónicas y la intervención de las comunicaciones.

Así en la mas arriba citada de de 10 de Marzo de este mismo 2014, en la de 30 de Diciembre de 1995, en las de 10 de Mayo de 2011 caso de la asociación cultural Blood&Honour en la de 28 de Diciembre de 2011, caso Asociación Hammerskin España, a las que tanto se refirieron acusaciones y defensas , en la de 12 de Noviembre de 2013, en la de 19 de Marzo de 2014, que compila los requisitos para la validez de las escuchas y en tantas otras como las referidas en las citadas.

Dice esta última "Bastará con que recordemos la constante exigencia de que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por supuesto judicialmente establecida, requiere la concurrencia de un presupuesto ineludible para su legitimidad constitucional: concurrir los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre: **a)** la existencia de un delito; **b)** que éste sea grave y **c)** sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados.

Y también es reiterada la jurisprudencia que excluye la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva.

En la Sentencia nº 592/2013 de 11 de junio , citando la nº 431/2013 de 5 de mayo ,decíamos como la doctrina jurisprudencial ha suplido en lo necesaria la persistente laguna de desarrollo legislativo de la limitabilidad de la garantía constitucional invocada al amparo del derecho al secreto de las comunicaciones (SSTS de 22 de Enero del 2013 resolviendo el recurso 227/2012 ; nº 870/2012 de 30 de octubre , citando la precedente Sentencia TS nº 478/2012 de 29 de mayo).

En cuanto a los principios configuradores del canon de constitucionalidad que legitima la intervención también resumíamos la amplia doctrina jurisprudencial en la misma sentencia diciendo:



El principio de proporcionalidad se traduce en la exigencia de presupuestos materiales para resolver adecuadamente la ponderación entre el derecho afectado y el fin procurado.

1º.- En primer lugar han de concurrir los **hechos o datos objetivos** que puedan considerarse indicios sobre: a) la existencia de un **delito** ; b) que éste sea **grave** y c) sobre la conexión de los **sujetos** que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FF. 6 y 7); 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 4); 184/2003 de 23 de octubre (FJ 9), dictadas por el Pleno de este Tribunal)

Sobre este elemento el Tribunal Constitucional ha expuesto reiteradamente, como ratifica la Sentencia 26/2010 de 27 de abril, que los indicios constituidos por esos datos objetivos, han de ser algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. No basta que sean tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundados que los datos objetivos en que se apoyan, han de serlo 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 que se va a cometer el delito , sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido (STC 49/1999 de 5 de abril , FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999 de 27 de septiembre , FJ 8 ; 171/1999 de 27 de septiembre , FJ 8 ; 299/2000 de 11 de diciembre , FJ 4 ; 14/2001 de 29 de enero , FJ 5 ; 138/2001 de 18 de junio , FJ 3 ; 202/2001 de 15 de octubre , FJ 4 ; 167/2002 de 18 de septiembre , FJ 2 ; 184/2003 de 23 de octubre , FJ 11 ; 261/2005 de 24 de octubre , FJ 2 ; 220/2006 de 3 de julio , FJ 3).

2º.- Ha de concurrir la exigible **proporcionalidad** de la medida. Es decir la existencia de un **fin** legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida **necesaria** , al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente **idónea** , porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad;

3º.- Reiteradamente se **excluye** la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente **prospectiva** .

El secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999 de 5 de abril (FJ 8); 166/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 171/1999 de 27 de septiembre (FJ 8); 167/2002 de 18 de septiembre (FJ 2); 184/200 , 259/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 261/2005 de 24 de octubre (FJ 2); 253/2006 de 11 de septiembre (FJ 2).

A este respecto se reitera que es insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser.

QUINTO.- En esta misma Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, ya lo anticipamos, hemos afrontado la cuestión en diversas ocasiones, la más reciente en la sentencia 436/14, de 5 de Junio próximo pasado, en la que constatamos la legalidad constitucional de las escuchas a una banda de traficantes de droga al menudeo de los Poblados Marítimos de Valencia.

Pero, por ilustrativa de la cuestión, cabe citar aquella que nos llevo a dictar la Sentencia número 233/05, de 27 de Julio de 2005 en una causa seguida frente a una organización dedicada a la importación masiva de hachís que concluyó con una condena de todos los encausados como responsables de una introducción por el puerto de Cullera de 3.359,224 kilos, que en el mercado tendría un valor de 828.937.000 de pesetas.

La causa había sido iniciada a raíz de una solicitud de intervención telefónica que fue reputada nula por las acusaciones, al igual que los registros consecuentes a ella.

Esta Sección de la Audiencia estudió la cuestión, y sostuvimos que "El oficio inicial de estas actuaciones, de 25 de Septiembre de 2000, no es magro ni conciso, por más que sea enteco y concentrado. Y contiene todas las explicaciones para que la decisión judicial no sea, como lo fue en el caso estudiado en la repetida sentencia, (nos referíamos a la S.T.S 1048/04 de 22 de Septiembre de 2004) un acto de fe. Véanse los tres folios que ocupa, 1 a 3 de la causa, y léase la exposición de motivos del Jefe del GIFA para pedir la intervención: Que se esta investigando a un grupo de personas que vienen traficando por la zona Cullera, Jaraco y Tavernes, muy posiblemente vecinos de la zona, que en ocasión anterior en la zona se han encontrado 54 fardos de hachís y se han avistado lanzaderas, que se ha visto salir de Cullera embarcaciones sin luces, que en la zona del Club de Buceo, al que desconocidos forzaron la puerta se apreciaban rastros de arrastre de fardos, que tenían conocimiento de otro alijo en un embarcadero próximo al del Club citado, que por esos embarcaderos merodeaba



un vehículo Audi F.....FO , cuyo conductor lo ocultaba entre matas y árboles, que el conductor fue identificado como Manuel , del cual la fuerza actuante conoció sus teléfonos habituales, que solicitó fuesen intervenidos".

Entendimos que la Guardia Civil hizo constar los datos o indicios que pudieran sustentar la petición, a diferencia del tratado en la Sentencia del T.S antes referida, en el que la ni facilitó los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, más allá de unas frases rutinarias que por su lugar común, carecen de todo valor, y que determinaron la nulidad del Auto Autorizante de las intervenciones, por la falta de motivación: se le decía al juez que se está investigando el tráfico de hachís en la zona, que se conocen por que puntos se ha podido entrar anteriormente, que alguno de ellos, de manera repetida es la desembocadura del Júcar, lugar que, como es conocido, tiene una facilidad de acceso por mar y varias carreteras de acceso a los embarcaderos, se dice que por esos lugares se ve un vehículo repetidamente, pues merodear es eso.

Y el Juez de Instrucción entendió que esa explicitación es bastante para violentar un derecho como el del secreto de las comunicaciones y lo hace fundadamente.

Y convinimos que no había nulidad alguna en la solicitud ni en la intervención telefónica y por tanto no hay una nulidad, en cadena de los dos registros, en los que nada debió resultar incriminador para los acusados, pues el Ministerio Fiscal hizo tabla rasa de ellos, ni de las declaraciones de los coacusados,

Por ello no se acordó por esta Sala la nulidad de la Intervención telefónica y de todo lo extraído de ella, pues entendimos que no se había violentado ninguno de los derechos de los acusados.

Pues bien, esta Sentencia fue casada y anulada por el Tribunal Supremo en su sentencia número 812/2006, de 19 de Julio de 2006 , en la que, por el planteamiento dado al motivo, entró a verificar si las decisiones cuestionadas, oficio de solicitud de intervención telefónica y Auto autorizante, se adecuaban al paradigma constitucional, según aparece recogido en bien conocida jurisprudencia, citando por su alto valor indicativo, las sentencias del Tribunal Constitucional: 165/2005, de 20 de junio , 205/2002, de 11 de noviembre 167/2002, de 18 de septiembre , 202/2001, de 15 de octubre , 299/2000, de 11 de diciembre y 239/1999, de 20 de diciembre , 49/1999, de 5 de abril , y 181/1995, de 11 de diciembre, y las del T . Supremo 1390/2005, de 29 de noviembre, 200/2003, de 15 de febrero , 165/2000, de 10 de febrero de 2001, 1954/2000, de 1 de marzo de 2001 y 1233/2001, de 25 de junio .

Recordaba la dicha sentencia que conforme al estándar recabable de tales resoluciones, la apreciación de la legitimidad 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 había 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)" (STC 54/1996).

Es, pues, claro que el instructor debe llevar a cabo un cuidadoso examen crítico de los presupuestos normalmente ofrecidos por la policía como habilitantes de la intervención telefónica que se le solicita y eventualmente de sus prórrogas. Y no sólo, también tiene que acreditar de manera convincente que efectivamente lo ha hecho.

Y decía el T. Supremo que "En el caso de este recurso, es patente que el fin invocado, la obtención de datos en 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 hay que comprobar ahora si realmente la información policial ofrecida al Juzgado contenía datos de investigación previa seriamente sugestivos de que la actividad en cuestión podría ajustarse a las previsiones del Art. 368 C.Penal y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella del denunciado. Esto es, si los elementos de juicio sometidos a la consideración del Juzgado por la policía evidenciaban tener como presupuesto un trabajo de indagación de calidad bastante para entender que sus aportaciones justificaban la medida. Y esto, tanto por el contenido informativo de aquéllas, como porque fuera razonable pensar que estaban agotados todos los restantes medios de averiguación. Por último, es también necesario verificar si el Juez de instrucción ejerció de forma satisfactoria el control de la regularidad de la actuación policial a que está obligado, lo que tiene que desprenderse, con la necesaria claridad, de las resoluciones dictadas al efecto, tanto para autorizar inicialmente como para, en su caso, prorrogar las interceptaciones que hubiera autorizado."



Y recordaba que el Tribunal Constitucional ha ofrecido pautas de suma utilidad acerca del método que debe seguirse en tales comprobaciones. Al efecto, parte de la afirmación de que si la autorización de la intervención -por su grave incidencia en el derecho fundamental afectado- ha de estar rigurosamente fundada, la correspondiente resolución debe exteriorizar "razones fácticas y jurídicas".

Más en concreto: "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; indicios que son algo más que simples sospechas". Aquéllos, pues, han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las "meras hipótesis subjetivas", a las que también se refiere el Tribunal Constitucional, para negarles aptitud a esos efectos. Abundando todavía más en el análisis, la alta instancia hace hincapié en la necesidad de distinguir entre "el dato objetivo" y el "delito" de cuya existencia el primero 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 puede 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".

Sostenía el Supremo en esta sentencia que casó la nuestra, que ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada -necesaria-, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental del Art. 18,3 CE.

Tal modo de actuar no puede asentarse en una sospecha genérica ni sobre un golpe de intuición; hábiles, en cambio, como legítimo punto de partida de otras formas de indagación dotadas de menor agresividad para la esfera íntima o privada de las personas, válidamente destinadas a obtener indicios dignos de tal nombre, pero no aptas para ocupar el lugar de éstos.

Aquí, decir indicios 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. De otro modo, el juez no podría formar criterio -que es lo que la ley demanda- para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita.

Y seguía diciendo el T. Supremo que "lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que -es obvio- debe trasladarle toda la información relevante de que disponga. Así, no bastan las meras afirmaciones desnudas sobre la posible existencia de un delito en preparación o en curso. Éstas, para que fueran serias, tendrían que constituir el resultado de una inferencia realizada a partir de determinados presupuestos de investigación y observación, que necesariamente tienen que ser ofrecidos al encargado de decidir al respecto, esto es, al instructor".

De otro modo, se le privará de las referencias precisas para valorar adecuadamente la pertinencia de la solicitud. O lo que es igual, en presencia de un oficio esquemático, pero convenientemente sazonado con ingredientes tales como: "grupo organizado", "tráfico de estupefacientes a gran escala", "antecedentes penales" o investigaciones precedentes por delitos de esa clase, "patrimonio elevado", "contactos"... la única opción judicial posible sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado.

Algo equivalente a la efectiva delegación en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales.

Lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio. Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave como la injerencia en el ámbito de las comunicaciones telefónicas de algunas personas. Es decir, la aportación al juzgado por los agentes investigadores de las explicaciones relativas a su forma de actuación en el caso. Dicho con palabras del Tribunal Constitucional (sentencia núm. 167/2002), cuando en la solicitud de intervención se afirma que el conocimiento del delito se ha obtenido por investigaciones, "lo lógico es exigir al menos que se detalle en dicha solicitud en qué ha consistido esa investigación".

Y sostuvo el T. Supremo que con el modo de actuar que se reclama, tanto la actividad policial como la judicial gozarían del grado de profesionalidad y rigor exigible en materias tan sensibles por su incisividad en derechos básicos. Y, además, las correspondientes actuaciones tendrían toda la eficacia para la persecución de los delitos



de la que se les priva, lamentablemente, con las malas prácticas policiales y judiciales que, en ocasiones, desembocan en ineludibles declaraciones de nulidad.

Así las cosas, es claro el tipo de juicio requerido y cuya temporánea realización por el juez se ha de verificar cuando, como es el caso, aparece cuestionada por vía de recurso la existencia de los presupuestos habilitantes de una intervención telefónica y la corrección jurídica de su autorización. Un juicio que ha de operar con rigor intelectual con una perspectiva *ex ante*, o lo que es lo mismo, prescindiendo metódicamente del resultado realmente obtenido como consecuencia de la actuación policial en cuyo contexto se inscribe la medida cuestionada. Porque este resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia. De otro modo, lo que coloquialmente se designa como éxito policial sería el único y máximo exponente de la regularidad de toda clase de intervenciones; cuando, es obvio, que tal regularidad depende exclusivamente de que éstas se ajusten con fidelidad a la Constitución y a la legalidad que la desarrolla. Lo contrario, es decir, la justificación *ex post*, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial, equivaldría a la pura y simple derogación del Art. 11,1 LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del Art. 24 CE.

SEXTO .- Continúa afirmando el T. Supremo, en la sentencia referida, que la exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la 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" (STC 181/1995).*

Y no sólo, en la sentencia núm. 167/2002, de 18 de septiembre, se lee: "El hecho de que en el auto se concrete con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma". Que es por lo que, incluso cuando el auto "no incorpora, aunque existieran, las razones que permitieran entender que el órgano judicial ponderó los indicios de la existencia del delito y la relación de la persona respecto de la que se solicitó la intervención de sus comunicaciones telefónicas con el mismo (...) hay que concluir que el órgano judicial no ha valorado en los términos constitucionalmente exigibles la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones".

Es también indispensable que el control judicial efectivo, que "se integra en el contenido esencial del derecho", se mantenga vivo durante "el desarrollo y cese de la misma". De manera que, de no ser así, "queda afectada la constitucionalidad de la medida", pues "la ausencia de control, (...) supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (Art. 18,3 CE)".

Estudiado el devenir de los acontecimientos que determinaron la solicitud y la autorización de las escuchas, y aunque la interceptación así acordada es lo que hizo posible las actuaciones de la Guardia Civil que dieron como resultado la incautación de la importante cantidad de hachís a que se refieren los hechos de nuestra sentencia casada y la detención de los implicados en la causa, concluyó el T. Supremo que todo lo aportado por la Guardia Civil se redujo a la información de que en una zona del litoral valenciano se habrían producido algunas acciones relacionadas con el tráfico de hachís a cierta escala; a lo que se unía el aserto de que una persona sería el conductor de un turismo visto en ese entorno, y quien se habría entrevistado con el personal de un negocio de venta de embarcaciones, una de las cuales apareció rajada y semihundida en el puerto deportivo de Cullera. Es todo.

El primer conjunto de afirmaciones, se dijo por el T.S, equivale a decir algo tan banal e impreciso como que existe un espacio geográfico en el que se cometen delitos. A lo que sigue el aserto sustancialmente inexpresivo de que un individuo -del que nada más se sabe- habría merodeado y estacionado en algún punto de esa área, sin que conste cuándo, cuántas veces; y hablado con personas que se dedican a la venta de embarcaciones. Nada de esto último es motivo concreto para sospechar que la dicha persona estuviera planeando o implicado en algo ilícito; y menos aún que tuviera que ver con alguna de esas operaciones tan imprecisamente apuntadas, lo que se constataba con sólo aplicar al examen del contenido de los oficios de solicitud el modelo de análisis que prescribe el Tribunal Constitucional (entre otras en STC 299/2000) -y antes aún, la más obvia pauta del operar racional- que obliga a distinguir tres planos de discurso. Son los relativos: a) Al posible delito. b) A los indicios sugestivos de que podría hallarse en curso de preparación o de ejecución por determinadas personas. c) A la actividad investigadora que condujo a la obtención de estos datos.



A partir de esta triple distinción, lo que se diga en a) resultará atendible si y sólo si tiene razonable apoyo empírico en el contenido de b); y siempre que éste goce de cierta plausibilidad como resultado predicable de las diligencias de averiguación de c).

Y aunque es claro que se trata de actuaciones preliminares; y que, dado el momento, no cabe exigir pruebas (como tantas veces innecesariamente se dice). Pero también resulta inobjetable que, por la gravedad de tal clase de injerencias, lo que hay que ofrecer al juzgado es una sospecha de delito con apoyo en datos de cierta objetividad y bien obtenidos, que es lo que la hace útil como hipótesis de trabajo.

Pues bien, actuando con ese criterio, "se advierte claramente que la Guardia Civil, en el momento de dirigirse al Juzgado, carecía en absoluto de datos hábiles para avanzar con algún fundamento la sospecha de que pudiera estar preparándose alguna acción delictiva y más aún para entender que el indicado (del que en ese momento todo se ignora) tuviese implicación en cualquier actividad de esa índole. Pues ni se aportaron verdaderos indicios, esto es, datos de alguna calidad informativa; ni se dio cuenta de que petición tan falta de soporte tuviera como antecedente una investigación reflexivamente orientada y dotada de un mínimo de seriedad y rigor. Es por lo que resulta obligado decir que lo realmente solicitado y, lamentablemente, obtenido, fue la autorización para llevar a cabo una pesquisa meramente prospectiva, y, por tanto, ilegítima".

Y, rotundamente, afirma el Supremo que en vista de semejante modo de operar policial, "el Juez de Instrucción debería haber rechazado de plano la petición o, en otro caso, solicitado la aportación de elementos de juicio dignos de tal nombre, con algún detalle sobre la naturaleza, los presupuestos y la calidad de la indagación. Pero lo cierto es no hizo nada de esto y se abstuvo de contrastar mínimamente la atendibilidad de las vagas afirmaciones del oficio, de manera que, al decidir como lo hizo, sin datos, exteriorizó una actitud de mera confianza acrítica en ellas, a pesar de su falta contenido y patente insuficiencia.

Tal es lo que se sigue de la lectura del auto inicial, limitado a reproducir, en síntesis, parte de lo manifestado por la Guardia Civil, sin el menos análisis.

Actitud que no es ciertamente la que reclama el Art. 579, 2º y 3º L.E.Crim constitucionalmente interpretado. De este modo, la falta de fundamento de la solicitud se transmitió al auto que la asumió de manera mecánica.

Por tanto, hay que concluir que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal-constitucionales que le vinculaban, por la asunción rutinaria de algunas débiles conjeturas policiales de nulo valor informativo. Con ello, delegó de hecho en un sujeto administrativo una función de garantía de naturaleza estrictamente judicial.

Estas circunstancias hacen difícil entender con qué criterio la Audiencia Provincial pudo mantener en la sentencia que la actuación judicial y la de la Guardia Civil -no analizadas en lo más mínimo- se ajustaban al estándar jurisprudencial al que se refiere en términos generales y sin contrastar con él el contenido de las actuaciones, que era lo obligado. Cuando lo cierto es que una somera lectura de los folios de la causa, permite comprobar que todos los datos realmente relevantes para llevar a cabo la intervención que dio como resultado a aprehensión del hachís y la identificación y detención de los implicados en la causa, fueron obtenidos a partir del control del teléfono inicialmente dispuesto.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, "el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho". Y aquí no hay duda de que éste -es decir, el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (Art. 18,3 CE) se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la base de la sentencia de condena, conforme resulta inequívocamente del tenor de la misma y de los folios señalados, en los que se hace clara referencia a las escuchas como fuente del conocimiento que llevó a la incautación de la droga".

Y por ello casó nuestra sentencia, que se basaba en un oficio de una calidad superior, como luego veremos, al que da inicio a la presente causa.

SEPTIMO .- Cosas distintas a la referida se aprecian en las Sentencias del T. Supremo de 10 de Mayo de 2011 caso de la asociación cultural Blood&Honoury en la de 28 de Diciembre de 2011 , caso asociación Hammerskin España, en que se declaran validas las intervenciones telefónicas.

La primera valida la decisión de conceder validez a la solicitud de intervenciones telefónicas, después de estudiar el tratamiento que la jurisprudencia da a la cuestión, con la siguiente argumentación: "Pues bien, las conclusiones a que llegó el tribunal de instancia, han de ser compartidas , porque el examen de las actuaciones revela la corrección de su análisis, conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, tanto por lo que se refiere al escrito de solicitud de intervención telefónica (fº 23 y 24), con sus antecedentes documentados de comparecencia del dueño del local en que se llevó a cabo el concierto (fº 6 a 8) , y la diligencia de inspección



ocular ,con ocupación de efectos diversos ,efectuada por la Guardia Civil en el referido local (fº 19 a 21), como al auto de 16-2-05 (fº 28 a 31), que autorizó la medida interesada, recogiendo por sí mismo y de modo completo todos los elementos fácticos y jurídicos que le pudieran ser exigidos. Como señala el Ministerio Fiscal, el auto es completo en sí mismo conteniendo todos los elementos de juicio, sin necesidad de remisión al oficio policial, que de todas formas se integra en la autorización judicial. Se descubren indicios de delito tanto por la ocupación de armas prohibidas, definidas como tales en el Reglamento de Armas, como por la reunión en un evento organizado de personas de ideología afín y contraria a los derechos fundamentales, lo que supone el indicio de la existencia de una posible asociación que tenía esos fines y organizaba el concierto. Con independencia de otras líneas de investigación, se trataba de saber si había una asociación con fines ilegales tras la organización del concierto, y cuál era ésta, para lo que era singularmente oportuna la intervención rápida de los teléfonos de quienes figuraban como organizadores del evento".

Es decir que, como constaba en la sentencia de la que esta trae causa, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, número 259/10, de 30 de Junio , los datos que se ofrecen en el oficio interesando la intervención no son suposiciones o afirmaciones vacías de contenidos, sino que se asientan en datos absolutamente constatados sin necesidad de que medie fe o creencia ciega en la afirmación de la Guardia Civil..

Se dice en la sentencia de la Audiencia que "la génesis de las diligencias previas 393/2005 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcobendas se encuentra en el atestado 1/2005 del Grupo de Información de la Comandancia de Madrid de la Dirección General de la Guardia Civil, dando cuenta de lo acaecido el día 12-2-2005 en la Discoteca "Taj Mahal" con motivo del concierto organizado por Blood & Honour España, la asistencia de personas con indumentaria Skinhead y simbología neonazi, los gritos escuchados y los efectos encontrados en la inspección posterior del local: defensas eléctricas, extensibles de acero, sprays de defensa personal no homologados y efectos con simbología neonazi, solicitando la intervención de dos teléfonos, uno como correspondiente a Benedicto , arrendatario del lugar para el acto celebrado el día 12 de febrero y otro de Domingo por aparecer como organizador jefe, así como el listado de llamadas entrantes y salientes y la identificación de los titulares con los que mantengan tráfico los números intervenidos.

En el plenario el Instructor del atestado ha expuesto que el número de intervenido les fue facilitado por él el propio titular día 12 de febrero por si surgía algún problema con motivo de la celebración del concierto, y el de Benedicto les constaba en el grupo de una identificación anterior a la del día 12 de febrero.

Con causa en la solicitud se incoaron las diligencias previas ya citadas, dando cuenta al Ministerio Fiscal y siendo declaradas secretas, y por auto de 16 de febrero de 2005, folios 28 a 31, se acordó, por un mes, la intervención de demás extremos solicitados, con la indicación de dar cuenta por término de diez días o inferior de aconsejarlo las circunstancias poniendo a disposición las cintas magnetofónicas.

La solicitud recoge datos objetivos empíricamente verificables no una sospecha vaga, imprecisa o difusa..... " .

Por ello el T. Supremo entendió en este caso que el oficio interesando la intervención de las comunicaciones y el Auto en que se acuerda, son conformes a la legalidad constitucional y por ello no acuerda la nulidad pretendida por las defensa

Igual sucede en la STS de 28 de Diciembre de 2011 , caso asociación Hammerskin España. El T.S recuerda en esta sentencia que cuando en sede casacional se efectúan denuncias relativas a la vulneración del derecho a la intimidad de las comunicaciones al amparo del Art. 18 de la Constitución en relación a las intervenciones telefónicas efectuadas en la instrucción, es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación , o pueden operar como prueba directa en sí .

Es claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes, pero en todo caso el sacrificio del derecho constitucional lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección, pues esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación, por lo que los datos que deben ser facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencia de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido, en primer lugar de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe autorizarla o no, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial, y es obvio que el Juez, como director de la encuesta judicial no puede adoptar el pasivo papel de vicario de la actividad policial que se limita a aceptar, sin control alguno, lo que le diga la policía en el oficio, y obviamente, el control carece de ámbito si sólo se comunican intuiciones, opiniones, corazonadas o juicios de valor.



Además, sigue rezando la citada sentencia, tales datos han de proporcionar una base real suficiente para poder estimar que se ha cometido o se va a cometer el delito que se investiga y de la posible implicación de la persona concernida.

Solo de este modo será posible ejercer el control judicial efectivo mientras dure este medio de investigación, ello no quiere decir que el Juez de Instrucción deba tener acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones.

Recuerda la Sentencia que ya en el fundamental Auto de 18 de Junio de 1992 --caso Naseiroantes citado-- en el que está el origen de la actual doctrina jurisprudencial que se comenta y aplica, tal como hemos dicho mas arriba, se dice, expresamente: "...Yno cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas la conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada..." "...otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible...". De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria.

Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial --normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas--, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional, riesgo sobre el que el T.Supremoha llamado la atención varias veces. SSTS 998/2002 ; 498/2003 ; 182/2004 y 1130/2009 .

De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

En el anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2011 está previsto subsanar esta importante laguna al preverse en el Art. 275 un doble sistema de concreción de delitos en los que podrá adoptarse este medio excepcional de investigación, en primer lugar, por razón de la gravedad del delito doloso --los que lleven aparejada pena igual o superior a cinco años de prisión-- y en segundo lugar con la adopción de un catálogo cerrado de delito.

En el caso de la asociación Hammerskin España, la policía comunica al juzgado que con ocasión de otros hechos por los que fue detenido una persona, se efectuó un registro en el domicilio del insinuado, ocupándose 143 fotografías (de las que se adjuntan 12 en el oficio policial), Se comunica que a la vista de las mismas pudiera sospecharse que las personas allí fotografiadas pudieran integrar un delito de asociación ilícita, se comunica asimismo la identidad de varios de los que aparecen en las fotos, dando los datos correspondientes. Asimismo se participan los antecedentes policiales obrantes de cada uno de ellos y se concluye que los identificados "...pudieran constituir un grupo de ideología xenófoba y racista que pudiera ser considerado como asociación ilícita..." .

Del anexo fotográfico acompañado aparecen varias personas, algunas identificadas por la policía que tanto por la indumentaria de los fotografiados, símbolos, bandera y banderines se corresponden con la simbología nazi, habiendo sido tomadas algunas fotos en exteriores y otras en interiores en posiciones, algunas, de desfiles y homenajes, destacando singularmente la foto nº 1 en donde aparecen seis personas con indumentaria neonazi tras un cartel que reza "Rudolf Hess, siempre presente".

En base a estos datos, y en el marco de las Diligencias Previas --declaradas secretas como en nuestro caso-- aperturadas al efecto, por el Juzgado de Instrucción se accedió a lo solicitado.



La Sala del T. Supremo estimó que se facilitaron datos concretos y claramente sugerentes de la posible comisión de un delito de asociación ilícita en el que las personas inicialmente identificadas pudieron estar inmersas, así como la necesidad de identificar al resto de los intervinientes.

Las fotos, dijo el T. Supremo, "son tan evidentes dada las vestimentas, bandera y textos que obran en las mismas que hablan por sí mismas, no es preciso mayores argumentaciones. Debe tenerse en cuenta que se trata de fotos incautadas por la policía, por lo tanto efectuadas por los propios investigados.

El auto, por otra parte responde al canon de motivación exigible lo que supone que el Sr. Juez de Instrucción, a la vista de la contemplación de las fotos acompañadas pudo efectuar el indispensable juicio de ponderación para justificarse la necesidad de utilizar este medio excepcional de investigación.

Es claro que en el caso de la asociación Hammerskin España, y también en el de la Blood&Honour el nivel de constitucionalidad de las solicitudes y los Autos respetaban los niveles de constitucionalidad exigidos según lo hasta aquí visto, no como sucede, y lo veremos seguidamente con el caso enjuiciado por esta Sala de la Audiencia.

OCTAVO .- Estos que hemos visto, establecidos en la jurisprudencia de manera uniforme, son los requisitos que integran el estándar de legalidad en clave constitucional, de suerte que la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del Art. 18 de la Constitución con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie esa "conexión de antijuridicidad" a que hace referencia, entre otras muchas, la STC 49/99, de 2 de Abril, que supone una modulación de la extensión de los efectos de prueba indirecta o refleja en relación a la prueba nula –teoría de los frutos del árbol envenenado– en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula. La cita del Art. 11-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial es obligada.

Pues bien, planteada la cuestión y el estado de la jurisprudencia, debemos proceder al control de la legalidad constitucional que comportan las denuncias de violación de derechos constitucionales que formulan las partes, del oficio de la Guardia Civil de 11 de Marzo de 2005 interesando la intervención de varios números de teléfono y el Auto del mismo día que dictó el Juzgado de Instrucción número 1 de Carlet, acordándolas.

Pero no podemos dejar de hacer notar aquí, y como un prius de necesario conocimiento, una coincidencia que resaltaron algunas de las defensas. En la fecha en que se solicita la intervención rectora de esta causa se estaban sucediendo ante esta misma Sección las sesiones del juicio oral del P. Abreviado 191/02 del Juzgado de Instrucción 2 de Valencia, Rollo de Sala 8/04, conocido como "Caso Armagedon", por idénticos delitos a los que hoy nos ocupan. Entonces, solicitada la nulidad de la intervención telefónica de la que se extraía todo el material probatorio, se acordó al inicio de la sesión del día 8 de Marzo de 2005, segunda del juicio, por la vía del artículo 786.2º de la L.E.Crim, extrayendo del acervo probatorio las conversaciones obtenidas y todo lo de ellas derivado, incluidos los registros, lo que determinó la absolución de los acusados en la Sentencia 101/05 dictada el día 7 de Abril de 2005, habiendo sido Ponente de ella quien lo es de esta resolución.

Es preciso hacer notar cuatro días después de la decisión de este Tribunal de anular las escuchas en aquel caso, el 11 de Marzo de 2005, se presenta por la Guardia Civil el oficio interesando las intervenciones telefónicas que nos ocupa.

Parece, luego lo veremos, que la precipitación y ligereza del escrito, por no decir su inveracidad en mucho, tiene la fuente, más que en la reflexión y la investigación, en una orden superior, o decisión irreflexiva, como reacción a la declaración de nulidad dicha, que hizo que se presentase ante el Juzgado de Carlet lo que es insostenible.

En el oficio, de fecha 11 de Marzo de 2005, como hemos visto se dice que la Comandancia de la Guardia Civil de Valencia, Unidad Orgánica de Policía Judicial, viene realizando investigaciones dirigidas al seguimiento y a la obtención de información de grupos y colectivos de carácter neonazi en España y a finales de 2003 se pudo observar la presencia de la presencia en Internet de diferentes paginas web utilizadas por organizaciones españolas para difundir la ideología nacionalsocialista y fomentar la captación de nuevos miembros.

Esto es una obviedad vacía de contenido incriminatorio contra persona alguna puesto que en Internet existe ese tipo de sitios es algo que ni necesita ser investigado ni añade nada a una investigación policial. Es obvio que existen esas páginas, como tantas otras de diferente tipo e ideología. Si eso es lo que ha obtenido la investigación de dos años no puede ser calificado más que de paupérrimo y ridículo.

Y cita el oficio dos paginas www.portal-ns.com/streetdefense y www.portal-ns.com/prodef en las que se podía observar propaganda nacionalsocialista así como la posibilidad de obtener armas prohibidas como puños americanos, porras, porras eléctricas, navajas automáticas, navajas de mariposa, sprays de defensa personal y



grilletes, que estaban asentadas en el mismo servidor, PORTRAL-NS, apareciendo en ambas paginas catálogos de las armas prohibidas mencionadas y sus precios, así como dos correos electrónicos para realizar pedidos.

Pero se indica que si se inatenta acceder a esas paginas, a la fecha del oficio, Prodef no se encuentra ubicada en el dicho servidor y Streetdefense deniega el acceso.

Curioso. Se citan dos páginas, parece que inactivas, de las que no se han investigado quienes sean los administradores, y se citan dos correos de los que tampoco se aportan las direcciones IP para saber a que números telefónicos están asociados y quienes son sus titulares.

Por lo demás, que en Internet se ofrezcan puños americanos, porras, porras eléctricas, navajas automáticas, navajas de mariposa, sprays de defensa personal y grilletes, es algo sabido. A título de ejemplo se pueden encontrar y adquirir en, entre otras, en las paginas www.euroseguridad2010.eu/ o www.wiju.es/compra-venta, activas a día de ayer. No se puede afirmar la existencia de delito en lo que es práctica o realidad absoluta en la red.

Parece que la investigación en esto tampoco es un dechado de virtudes policiales.

Se continua diciendo que como quiera que las referidas armas prohibidas son utilizadas por skinheads nacionalsocialistas para llevar a cabo sus agresiones contra colectivos que consideran repudiables, homosexuales, prostitutas drogadictos, miembros de extrema izquierda y movimiento alternativo, llevo a la Unidad a realizar las investigaciones oportunas para determinar y localizar a los responsables de estas paginas y del negocio oculto que pudiera haber detrás de ellas y tener localizados a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista.

Pues bien, que los usan por skinheads nacionalsocialistas no será puesto en duda, pero debemos afirmar que no solo esos colectivos los usan. Sin embargo las investigaciones oportunas para determinar y localizar a los responsables de estas paginas y del negocio oculto que pudiera haber detrás de ellas y tener localizados a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista, brillan por su ausencia. No se ofrecen a la Juez de instrucción ni cuales fueron sus resultados y quienes pudieran ser los a los proveedores de armas peligrosas dentro del ambiente skinhead nacionalsocialista.

No obstante ello se da un salto en el vacío, pues se añade que no se descarta que dadas las características de estos grupos detrás de ellos existiera una venta clandestina de armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas..., sobre lo cual han aparecido indicios suficientes para tomarlo en consideración.

Sobre cuales sean estos indicios, la elipsis total. El silencio mas rotundo y la omisión de cualquier dato que confirme lo que no puede dejar de calificarse como afirmación vacía de contenido, para que la Juez de instrucción pudiese valorar la entidad de los mismos trascendiendo a la simple sospecha policial

Y se dice que de las diferentes informaciones obtenidas a través de confidentes, controles operativos y datos objetivos sobre individuos relacionados con el entorno neonazi español se han obtenido las siguientes conclusiones:

-Que los posibles responsables de las paginas son Secundino , Jose Ángel y Zaida , y ello por cuanto a través de confidentes se ha identificado al responsable de la pagina www.lacensura.com , que es de tintes pronazis, en la cual se alojaba un enlace de las paginas Streetdefense y Prodef, que resultó ser el citado Jose Ángel .

Solo se dice, que el citado Jose Ángel es responsable de la pagina www.lacensura.com , que es de tintes pronazis, en la cual se alojaba un enlace de las paginas Streetdefense y Prodef, y que ello se ha sabido "a través de confidentes".

No cabe duda que la confidencia y el confidente son herramientas policiales de lícito y frecuente uso. Pero cuando se trata de asentar en ello una decisión judicial del calado de la pretendida, con al alcance constitucional que tiene no basta, pues debería haber sido ofrecido, al menos, el resultado o información de la confidencia, para poder ser valorada la entidad de la misma. Lo contrario es conceder el valor de dogma a la afirmación policial, lo que en el campo en que nos movemos es insostenible.

De Secundino y Zaida nada, se dice.

Si se afirma que por controles operativos se había constatado la relación entre estas tres personas, las dos últimas mantienen una relación sentimental, siendo la causa de la relación, al parecer, la supuesta entrega de los pedidos solicitados mediante los susodichos correos electrónicos, para lo cual utilizan el apartado de correos 8037 de la sucursal 8 de Valencia sita en la Avenida del Cid.

Pues bien que dos personas que mantienen una relación sentimental tengan además "relación" es lo suyo, pues difícilmente se entendería lo de sentimental sin la relación. Y que estos dos la tengan también con Secundino



, por si solo, sin mas datos, no puede colegir que "la causa de la relación, al parecer, la supuesta entrega de los pedidos solicitados mediante los susodichos correos electrónicos, para lo cual utilizan el apartado de correos 8037 de la sucursal 8 de Valencia sita en la Avenida del Cid".

Apartado de correos que no sabemos que sea de nadie de los citados, por lo que el "parecer" de la Guardia Civil es una mera presunción vacía de todo contenido y soporte probatorio.

Y se sigue afirmando que de "diversas informaciones coincidentes facilitadas por diferentes confidentes apuntan a que Jose Ángel en connivencia con otros, posee numerosas armas de fuego, tales como bolígrafos pistola, armas cortas, armas de guerra, etc....."

Reiteramos aquí la tacha puesta a la noticia confidencial antes hecha, pero es que además, del registro realizado a su domicilio sito en c/ DIRECCION007 nº NUM015 DIRECCION012 - NUM003 de la localidad de Silla y en el domicilio de la empresa de ambos denominada DIGITEX sita en la c/ Vicente Aleixandre nº 9 bajo de la misma localidad, y resulta que no se le encuentra nada de ese tipo, solo, y se trae aquí, sin perjuicio de lo que después se dirá, en cuanto favorece a este encausado y desmonta la afirmación policial, se le encuentra un cartucho de fusil ruso aerosol anti-Agresión, dos juegos de grilletes con llaves, uncuchillo de monte de 17 cms de hoja, uncargador manipulado con soldadura en el lateral, cinco 5 cartuchos de posta, cuatro cartuchos-bala, unamira telescópica marca Gamo y carabina de aire comprimido marca Gamo

Según los confidentes, esta persona, Jose Ángel, estaría distribuyendo las armas de fuego en el mercado ilícito y dentro de ambientes neonazi, especialmente bolígrafos pistola. Y que para ello ha organizado una cadena de distribución en la que contaría con Juan Ignacio y Alonso. Sin mas datos del conocimiento de cómo estos dos son parte de la cadena.

Es una afirmación gratuita nacida de algo no acreditado, cuantas armas, de que tipo, cuando a quién y de que manera, hubiera sido bueno que se hubiese ofrecido a la Juez y que hubiese nacido de esa investigación de dos años que parece mas bien magra y vacía de contenido, dado los pocos datos, en relación a ninguno de delitos cometido por este acusado.

El colmo de la ligereza del oficio llega cuando adiciona que "Que informaciones aparecidas en Internet, en el foro de opinión <http://www.carteleralibertaria>, en el que exponen sus artículos personas relacionadas con la extrema izquierda valenciana, y más concretamente con el movimiento antisistema, acusan a Jose Ángel de estar relacionado con la venta de armas de fuego".

Se eleva aquí la maledicencia o chismorreos en un pagina radical de izquierda a la categoría no ya de indicio sino de dato relevante para acceder a una intervención telefonica. Si esto se consintiera y se le diese valor los cimientos del estado de constitucional y de derecho que somos chirriarían en sus goznes.

Y se añade que tanto a Jose Ángel y a Zaida no se les conoce actividad laboral alguna, lo que hace sospechar que su medio de sustentación económica pudiera provenir de las actividades presuntamente ilícitas que se investigan.

Esto es incierto. Resulta que ambos dos a la época de esta afirmación contenida en la solicitud eran titulares de una empresa denominada DIGITEX sita en la c/ Vicente Aleixandre nº 9 bajo, de la localidad de Silla, como resulta de que en ella la Guardia Civil interesara la practica de un registro, como antes hemos visto.

Se adereza todo esto con dos datos irrelevantes: se dice Jose Ángel tiene dos antecedentes policiales: una del año 1991 por tenencia ilícita de armas, municiones y explosivos y otra de 1990 por injurias resistencia, desobediencia y amenazas.

Ni siquiera judiciales. Policiales y de quince años anteriores. No merece más comentario; solo recordar que no estamos ante un sistema penal de autor.

Por todo ello y para esclarecer las posibles actividades ilícitas se acaba solicitando la intervención de los teléfonos de Secundino, Jose Ángel, Zaida, Juan Ignacio y Alonso.

Y se obtiene un Auto que fundamenta, véase el folio 25, exactamente en las afirmaciones policiales contenidas en el oficio solicitándolas.

Este Auto no respeta las mínimas garantías configuradoras del canon de constitucionalidad que legitima la intervención de las comunicaciones telefónicas, según antes también resumíamos.

No se respeta el principio de proporcionalidad pues en modo alguno se ofrecen a la Juez de instrucción, que lo es también de garantías constitucionales hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre la existencia de un delito, que sea grave y con una conexión bastante y fundada de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados.



Del oficio resulta que no hay indicios constituidos por datos objetivos que sean algo más que simples sospechas, que ni esos son, pues mas bien parecen expresiones de voluntad meramente anímicas, mientras que los datos objetivos en que se deben apoyar las solicitudes policiales de intervención de las comunicaciones, y loas ofrecidos en el oficio de 11 de Marzo de 2005 no lo son, han de serlo en un doble sentido: han 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 que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

No son accesibles a terceros las afirmaciones que se contienen en dicho escrito, por crípticas y faltas de datos objetivos y no hay base real delictiva mas allá de una valoración o calificación de una persona, solo una, Jose Ángel, como peligroso traficante de armas que tiene en deposito y delincuente, algo que, ya hemos visto, no es.

Ya hemos dicho mas arriba siguiendo al TC y al T.S que si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución Española lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido.

Y a la medida que se acuerda en el Auto de 11 de Marzo de 2005 ha de serle exigida proporcionalidad, que es tanto como decir la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, estando proscrita en nuestro derecho la admisibilidad de las intervenciones de finalidad meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Aquí lo único que se trasmitió a la Juez fue una ensoñación policial, vacía de contenido y huérfana y manca de información. Si hay ventas de armas, se deben acreditar, quién las vende y quién las compra, si hay reuniones delictivas en un local, conocido y situado, se debe hacer trabajo de campo, y no decir que se dice, que me dicen, que han dicho que hacen sin sustento fáctico y constatable o controlable alguno, que es lo que se extrae del oficio interesando la intervención. Si hay paginas delictivas, se desearía saber, y sería útil a los efectos pretendidos, quién son los administradores, y si correos del mismo cariz, su tirítalo, y si hay un apartado de correos, se debe seguir la pista de los documentos allí depositados para saber quien vende por su través armas prohibidas y quién las compra. Pero para eso hay que trabajar y no dar un salto en el vacío, tomar un atajo y escuchar a quien nos plazca. Esto esta prohibido y no se debe permitir.

NOVENO - *Pues bien, visto lo que tenemos, y superponiéndolo con el estándar de constitucionalidad exigido, según lo antes visto, por la jurisprudencia, debemos convenir que, en palabras del T. Supremo que por precisas e inmejorables hacemos nuestras, se advierte claramente que la Guardia Civil, en el momento de dirigirse al Juzgado, carecía en absoluto de datos hábiles para avanzar con algún fundamento la sospecha de que pudiera estar preparándose alguna acción delictiva y más aún para entender que los indicados en el oficio, tuviesen implicación en cualquier actividad delictiva, pues ni se aportaron verdaderos indicios, esto es, datos de alguna calidad informativa; ni se dio cuenta de que petición tan falta de soporte tuviera como antecedente una investigación reflexivamente orientada y dotada de un mínimo de seriedad y rigor. Es por lo que resulta obligado decir que lo realmente solicitado y, lamentablemente, obtenido, fue la autorización para llevar a cabo una pesquisa meramente prospectiva, por tanto, ilegítima.*

Y, rotundamente, como afirma el Supremo y esta Sala de la Audiencia con él, en vista de semejante modo de operar policial, el Juez de Instrucción debería haber rechazado de plano la petición o, en otro caso, solicitado la aportación de elementos de juicio dignos de tal nombre, con algún detalle sobre la naturaleza, los presupuestos y la calidad de la indagación. Pero lo cierto es no hizo nada de esto y se abstuvo de contrastar mínimamente la atendibilidad de las vagas afirmaciones del oficio, de manera que, al decidir como lo hizo, sin datos, de manera rápida y el mismo día de la solicitud, exteriorizó una actitud de mera confianza acrítica en ella, a pesar de su falta contenido y patente insuficiencia.

Tal es lo que se sigue de la lectura del auto inicial de las intervenciones, el de 11 de Marzo de 2005, que se limitó a reproducir, en síntesis y muchas veces de forma literal, gran parte de lo manifestado por la Guardia Civil, sin el menor análisis y de manera inmediata y consecuente a la solicitud, lo que denota poco rigor reflexivo, lo que no es la respuesta y actitud que reclama el Art. 579, 2º y 3º L.E.Crim constitucionalmente interpretado. De este modo, la falta de fundamento de la solicitud se transmitió al auto que la asumió de manera mecánica.

Por tanto, hay que concluir que el Juzgado ordenó la intervención solicitada sin ajustar su actuación a las prescripciones legal-constitucionales que le vinculaban, por la asunción rutinaria de algunas débiles conjeturas policiales de nulo valor informativo. Con ello, delegó de hecho en un sujeto administrativo una función de garantía de naturaleza estrictamente judicial.



Estas circunstancias hacen difícil sostener que la actuación judicial y la de la Guardia Civil se ajusten al estándar jurisprudencial referido mas arriba, pues lo cierto es que todos los datos realmente relevantes utilizados por las acusaciones, así como para llevar a cabo los registros que determinaron y la identificación y detención de los implicados en la causa, fueron obtenidos a partir del control del telefónico inicialmente dispuesto.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional, "el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho". Y aquí no hay duda de que éste -es decir, el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (Art. 18,3 CE) se ha visto negativamente afectado, de manera intensa, en esta causa, precisamente en el curso de la actividad de indagación que permitió obtener todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios y que constituyen la base de la acusación, conforme resulta inequívocamente del tenor del ejercicio de las mismas a lo largo de la vista oral y de los propios escritos de calificación, en los que se hace clara referencia a las escuchas como fuente del conocimiento que llevó a la incautación de los efectos obtenidos en los registros.

DÉCIMO .- Debe concluirse que la intervención telefónica acordada, inicio y base de toda la causa, resulta manifiestamente carente de justificación, con el resultado de la nulidad radical de la diligencia, sin posibilidad de subsanación y, a la luz del Art. 11.1 L.O.P.J , la nulidad de todos los elementos de prueba derivados directa o indirectamente de ellas, viciadas de inconstitucionalidad.

Consecuentemente, debe ser declarado que en materia de garantías constitucionales no caben atajos, suposiciones o elipsis y no puede ser sustraído al derecho de defensa de las partes la revisión de aquello que determinó el ataque frontal a sus derecho constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, no siendo procedente sustraer al Tribunal sentenciador el control de la legalidad, también la constitucional de la que somos primeros custodios, de los actos del instructor en esta materia sensible como son las garantías constitucionales, por lo que procede estimar esta impugnación presentada por las defensas de los acusados y apartar del acervo probatorio todas las diligencias que traen causa, directa o indirecta, conforme al Art. 11 antes citado, de la diligencia de intervenciones telefónicas, cuya pureza ha sido cuestionada por las defensa de los acusados en el momento del enjuiciamiento.

Por lo tanto, el Tribunal, en el presente caso no puede formar su convicción sobre el resultado de ellas, ni de los registros consecuentes y de ellas nacidos, en tanto que prueba nula y no valorable, ni en la declaración de los acusados ni en la de los agentes de la autoridad que practicaron las audiciones y las diligencias de entrada en tanto que el conocimiento de los hechos por ellos adquirido lo es a partir de la práctica de una diligencia ilícita de forma que, "al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte" (STC 94/1999 , F. 8, en sentido similar STC 139/1999 , F. 4, STC 161/1999 , F. 2).

No se trata de poner obstáculos gratuitos a la actividad policial, sino de verificar que esta discurra por los cauces y con las garantías legales, extramuros de las cuales no puede hablarse de eficacia policial, y que, en concreto, en lo referente a las intervenciones telefónicas constituyen un rígido protocolo que actúe como valladar a la capacidad de expansión que tiene todo lo excepcional -- SSTS 998/2002 de 3 de junio y 498/2003 de 24 de abril , entre otras-, con riesgo de desembocar en lo que se ha llamado un derecho penal de emergencia caracterizado por una reducción de las garantías que se "compensaría" con eficacia en los resultados. No debe olvidarse que la intervención telefónica es un medio excepcional de investigar por exigir el sacrificio del derecho a la privacidad de las comunicaciones, y que por ello no puede degradarse a medio ordinario de investigación.

UNDÉCIMO.- Y sentado lo anterior hemos de estudiar si existe prueba de cargo suficiente, surgidas de otra fuente que no sea las intervenciones y las entradas y registros injustificados para declarar vencida la presunción de inocencia de los acusados.

Debe recordarse que esas pruebas valorables deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación, como son los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien, en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada, de suerte que si las pruebas incriminatorias --en palabras de la STC 161/99 de 27 de septiembre "....tuvieran una causa real diferente y totalmente ajena (a la vulneración del derecho fundamental), su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería....indiscutible....".

Debe recordarse aquí que en lo referente a las fuentes de prueba ilegítimamente obtenidas, su inadmisibilidad e inutilizabilidad en el proceso penal, al vulnerar derechos y libertades fundamentales, parece opinión consolidada en esta materia que, dados los intereses plurales que laten y subyacen en la decisión de admitir o no un material probatorio viciado, habrá que elegir, por un lado, entre los derechos de los ciudadanos o, bien, los intereses de la sociedad en la persecución y castigo del culpable y en este tema hay que huir de posturas maximalistas y absolutas, hacia posiciones más matizadas y casuísticas tratando de hallar un equilibrio entre ambos intereses,



encontrando un sistema de aplicación e interpretación que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, y que ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías (SSTC 107/1985 , 181/1989 y 41/1991).

Esta cuestión, que tiene su apoyo legal directo en el antes citado Art. 11.1 LOPJ (No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales), trata de responder, en el campo procesal a lo que se viene llamando "contaminación" del resto del material probatorio por la prueba o pruebas obtenidas ilícitamente.

Así, entre otras, la STS 5 junio 1995 , al abordar la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria en base al efecto reflejo establecido en el Art. 11.1 LOPJ por aplicación de la llamada doctrina del fruto podrido o manchado ("The Tainted fruit") o, genéricamente, doctrina de "los frutos del árbol envenenado", cuya doctrina se ha expuesto, entre otras, en SSTs 210/1992, de 7 de febrero ; 2783/1993, de 13 de diciembre , 311/1994, de 19 de febrero y 2054/1994, de 26 de noviembre , afirma que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundar la condena y las ilícitamente obtenidas. En el mismo sentido la STS 6754/1995 establece que "la ineficacia de una diligencia determinada no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquélla, de tal modo que sin la primera no hubiese existido la segunda".

Veamos, pues, si en el caso de autos se produce esa desconexión causal o si, por contra, todo el árbol probatorio está envenenado, teniendo claro que, por todo lo dicho han de apartarse del proceso de convicción las pruebas declaradas irregulares por su anómala incorporación al proceso, y aquellas que son consecuencia de esas pruebas inhábiles para conformar la convicción judicial.

En este supuesto, como ya se ha dicho ha de apartarse del acervo probatorio la diligencia de entrada y registro en el domicilio de los acusados y la de los agentes de la autoridad que practicaron tal diligencia en tanto ya que el conocimiento de los hechos por ellos adquirido lo es a partir de la práctica de una diligencia ilícita de forma que, como hemos dicha antes, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte.

Respecto a ellos no existe ningún testimonio incriminador desconectado de la prueba que hemos declarado irregular, ya que sin ella nada de lo que se les encontró hubiese aparecido y no existiendo nada hay que pueda servir para, sobre su tenencia y circunstancias asentar una prueba de cargo.

Ninguno de los testigos que comparecieron a juicio añadió nada, pues en su inmensa mayoría se limitaron a la práctica de los registros. No hay prueba de la venta de armas, ni de conspiración delictiva, ni de asociación ilícita, ni se puede sostener nada más que el hallazgo de ciertos efectos, algunos delictuosos y otros en absoluto, en el curso de una diligencia defectuosamente acordada. Por ello nada hay para formar la convicción del tribunal de instancia sobre los hechos acerca de la culpabilidad de los acusados, ni siquiera la declaración Judicial de Alonso , que fue la única que se sometió a contradicción en el acto del juicio, puede servir para los fines dichos, pues su origen es tan viciado como el de todas las demás pruebas.

Por todo y sin necesidad de mayor fundamento ha de afirmarse que no existe prueba de cargo en esta causa para vencer el principio constitucional de inocencia que ampara a los acusados, por lo que procede dictar en su favor Sentencia absolutoria, declarando de oficio las costas del proceso y acordando el comiso de las substancias y efectos ocupados que sean de ilícito tráfico."

Por ello, in voce, por la vía del citado artículo 786,2º de la L.E.Crim , que ordena resolver en el acto, a la impugnación de la se declaró la nulidad de las referidas intervenciones, de sus prorrogan acordadas por Autos de 7 Abril y 7 de Mayo de 2005, que carecen del mas mínimo control Judicial y que se fundamentan no en el contenido de las escuchas, que no consta se hubiesen sido controladas por la Instructora, sino en el propio escrito de 11 de Marzo en el que la Guardia Civil interesaba las intervenciones, volviendo a fundar la prorrogas en que persisten las razones que llevaron a acordar las intervenciones y el secreto, así como de los registros y de todo lo de ellos obtenido, con lo que la única prueba practicada fue la declaración del acusado, que se negó a responder a cualquier pregunta.

TERCERO.- *Pues bien, declarada nula por inconstitucional y quebrantadora de los derechos de los encausados, también de este, no puede utilizarse nada de los que se extrajo con lo que no hay prueba alguna, pues en no se ha practicado otra prueba que no sea el intento de interrogar al acusado, que negándose a responder a las preguntas de las acusaciones nada dijo, formulándose por la acusación popular, que no por el Ministerio Fiscal, una batería de preguntas sin respuestas en la que el Letrado de la acusación pretende asentar, a modo de "ficta confesio" y aplicando la conocida doctrina Murray.*



Es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una importante sentencia, la John Murray contra el Reino Unido de la Gran Bretaña el día 8 de Febrero de 1996, de sobra conocida y no ajena a las resoluciones de esta propia Sección de la Audiencia Provincial de Valencia. En ella, por catorce votos contra cinco el TEDH consideró que no hay vulneración de los arts. 6.1 y 6. 2 del CEDH , cuando el tribunal nacional realiza una inferencia contraria al silencio, o da efecto incriminatorio al silencio, en un caso en el que en función de las pruebas ya practicadas puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación.

En román paladino viene a sostener que cuando existen pruebas incriminatorias suficientemente constatadas y obtenidas de manera lícita y con respeto a los derechos del encausado, dichas pruebas salen reforzadas cuando ante una evidencia tan abrumadora de verdad el encausado no da una explicación reclamada por la evidencia, para dar una explicación alternativa a lo que establece la prueba. Así, si es hallada una huella de un encausado en el lugar de un robo, que no de explicación acerca de ello y guarde silencio, con lo fácil que sería justificar la impronta si no la hubiese dejado con ocasión del robo, se puede utilizar por el Tribunal el silencio para afirmar que se dejó con ocasión del robo y no en otra.

Ese es el valor del silencio que establece la doctrina dicha, pero no el que pretende el acusador popular, que intenta que del derecho a guardar silencio y no declarar en su contra que tiene el acusado, surja, en una mala interpretación de esa doctrina, una prueba de cargo que permita asentar, en el silencio, su condena.

No existen indicios de una potencia tal que lleven directamente a una necesidad de explicación para la aplicación de las reglas Murray (véase STC caso Lasa- Zabala), por ello, su utilización en este caso sería incompatible con la doctrina constitucional (Sentencia Tribunal Constitucional núm. 61/2005 -Sala Segunda-, de 14 marzo). En esta última sentencia el TC otorgó el amparo en un supuesto de condena por un delito de robo con fuerza en las cosas con una prueba indiciaria vaga e indeterminada (no identificación como ocupante de un vehículo en el momento de los hechos con otros dos, pero si una semana antes, condena previa de un año antes, información de la policía local como que pertenecía a una banda y su forma de defenderse), con una valoración negativa del silencio del acusado.

Por ello, no habiéndose vencido por prueba alguna el derecho constitucional de inocencia que viene amparando al acusado, procede sin más dictar en su favor sentencia absolutoria, declarando de oficio las costas de esta alzada.

En virtud de lo expuesto y vistos además de los citados, los artículos 55 , 57 , 62 , 66 núm.3 , 116 Y 123 del Código Penal, los 142 , 239 a 241 , 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

IV.- FALLAMOS

Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** Esteban del delito de que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas irrogadas en este proceso.

Cancélese con arreglo a derecho las piezas que se hubiesen abierto, devolviéndose a quienes la prestaron las fianzas personales impuestas.

Así por esta nuestra sentencia, que no es firme y cabe contra ella recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta Audiencia dentro de los 5 días siguientes al de su notificación para su interposición ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo con arreglo a la ley, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y que se notificará a las partes en legal forma, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PEDRO CASTELLANO RAUSELL.- JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA.- MARIA JOSE JULIA IGUAL.-

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. JOSE MANUEL MEGÍA CARMONA, Ponente que ha sido de esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.