
Sentencia nº 102/2010 de AP Madrid, Sección 4ª, 30 de Julio de 2010

Ponente: JOSEFINA MOLINA MARIN
Número de Recurso: 71/2008
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Número de Resolución: 102/2010
Fecha de Resolución: 30 de Julio de 2010
Emisor: Audiencia Provincial - Madrid, Sección 4ª

Id. vLex: VLEX-378231194
<http://vlex.com/vid/-378231194>

Texto

SUMARIO:

SECCIÓN CUARTA)
FALLO

ARTICULADO:

Procedimiento Abreviado nº 5102/2007

Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid ROLLO DE SALA 71/08

PONENTE: JOSEFINA MOLINA MARIN

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, ha pronunciado, EN EL NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente:

S E N T E N C I A Nº 102/2010

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID)

SECCIÓN CUARTA)

Magistrados)

D. EDUARDO JIMENEZ CLAVERIA IGLESIAS)

D JAVIER MARIANO BALLESTEROS MARTIN)

Dª JOSEFINA MOLINA MARIN)) En Madrid, a treinta de julio de dos mil diez.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el procedimiento abreviado nº 5102/2007 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid, seguido contra los acusados, Camilo, con NIE NUM000, nacido el 23 de julio de 1973 en Cali (Colombia), hijo de Pablo y Ana Julia, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde el 15.07.07 hasta el 22.12.07; Evangelina, con NIE NUM001, nacida el 3.03.72 en Guacarí Valle (Colombia), hija de Auro Jesús y de María, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, de la que estuvo privada desde el 15.07.07 hasta el

13.10.07; Heraclio, con NIE NUM002, nacido el 19 de noviembre de 1963 en Santuario de Risaral (Colombia), hijo de Bernardo y Alicia, con antecedentes penales no computables, y en libertad por esta causa, de la que estuvo privado desde el 15.07.07 hasta el 13.10.07; y Penélope, con NIE NUM003, nacida en República Dominicana el 10.08.69, hija de Ascanio y Silvestrita, en libertad por esta causa, de la que estuvo privada desde el 15.07.07 hasta el 13.10.07.

Habiendo sido partes: el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª Elena Carrascosa López, y los referidos acusados, estando el primero representado por el Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro y defendido por el letrado D. Tamás Torre Dusmet; la segunda, representada por la Procuradora Dª. Ana Liceras Villena, y defendida por el letrado D. Efraín Iglesias Álvarez, en sustitución de D. Julián Gómez Brea; el tercero, representado por el Procurador D. Javier Fraile Mena, y defendido por el letrado D. Juan Ignacio Sanz Cabrejas; y la cuarta, representada por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco y defendida por el letrado D. Manuel Ortega Caballero; siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dª JOSEFINA MOLINA MARIN.

I. ANTECEDENTES DE HECHO PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública del [art. 368 del Código Penal \(CP\)](#), reputando responsables del mismo en concepto de autores a los citados acusados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó la imposición de las penas de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 5.000 euros, el comiso de la droga, efectos, vehículo y dinero intervenidos, y costas.

SEGUNDO.- La defensa de Camilo, así como el resto de las defensas de los acusados que se adhirieron a sus postulados, alegaron con carácter previo la nulidad de la primera de las intervenciones telefónicas de 3.05.07, y del resto de las prórrogas y demás intervenciones, por aplicación del principio de conexión de la antijuridicidad,

además de por el hecho de no haber habido intervención del Ministerio Fiscal, que era el encargado de velar por los derechos de los imputados, al estar declaradas secretas las diligencias, e igualmente por no constar la puesta a disposición judicial de los CD de las grabaciones, ni diligencia del Secretario Judicial recepcionándolas y dando fe de la coincidencia con la transcripción realizada por los agentes policiales. Asimismo alegaron la nulidad de los registros domiciliarios, por infracción de los arts. 566 y 569 de la LECR , en especial de la practicada en el piso NUM004 del nº NUM005 de la madrileña calle DIRECCION000 ; interesando todas y cada una de las defensas su disconformidad con los hechos imputados por el Ministerio Fiscal, al considerar que no existe prueba de la respectiva participación en los hechos que le son imputados, por lo que solicitan unánimemente la libre absolución de sus respectivos defendidos.

II. HECHOS PROBADOS

En el marco de la investigación sobre el tráfico y distribución de sustancias estupefacientes en la localidad de Puertollano, llevada a cabo por el Grupo de Estupefacientes de la Brigada Provincial de Policía Judicial del CNP de Ciudad Real y Grupo de Policía Judicial de Puertollano (Ciudad Real), en colaboración con la Jefatura Superior de Policía de Madrid, de la que estaba conociendo el Juzgado de Instrucción nº 3 de Puertollano, Diligencias Previas nº 528/07, y como consecuencia de las observaciones telefónicas acordadas y cuya nulidad concluimos por los motivos que posteriormente analizamos, el día 13.07.07, se estableció un dispositivo desde las 9:00 horas, en la calle Badajoz nº 18 de Alcorcón, domicilio en el que pasó la noche Evangelina, - colombiana, mayor de edad y sin antecedentes penales, persona que en las investigaciones aparecía como la encargada del transporte de la droga hasta las localidades de Puertollano y Córdoba-, a la que ven salir en compañía de una niña de corta edad sobre las 11:30 horas, dirigiéndose hasta la Estación de Alcorcón Central, tomando el metro, hasta que finalmente se baja en la parada de Urgel, siendo seguida en todo este recorrido por el agente nº NUM006 . Se dirigió a un domicilio en Carabanchel, del que salió sin la niña, sobre las 12:50 horas, tomando un taxi que la traslada a las inmediaciones de la DIRECCION000, donde contactó con Camilo, - también colombiano, mayor de edad y sin antecedentes penales, persona que según esas investigaciones proporcionaría la droga a Evangelina -, sin que se haya acreditado que se les viera entrar en el nº NUM005 de la referida calle. Ambos se introdujeron en la furgoneta matrícula Q-....-QB, siendo conducida por Camilo, circulando por la M-30, realizando dos paradas, y continuando por la A-5, dirección Alcorcón, y cuando estaban a la altura del Parque de Lisboa, sobre las 14:45 horas, fueron detenidos, incautándose a Evangelina una bolsa conteniendo 14.040#, y a Camilo un juego de llaves de su domicilio sito en la madrileña calle DIRECCION001 nº NUM007, NUM008, de Madrid, junto con otras llaves que posteriormente se comprobó que abrían el portal del nº NUM005 de la madrileña calle DIRECCION000, y el piso NUM004 .

Solicitado mediante oficio de 13.07.07, mandamiento de entrada y registro de las viviendas sitas en la calle DIRECCION001 nº NUM007, NUM008 de Madrid, domicilio del acusado Camilo, y de la vivienda sita en c/ DIRECCION000 nº NUM005, NUM004, domicilio éste último que según los investigadores policiales era el de Heraclio, -

ciudadano colombiano, mayor de edad y con antecedentes penales no computables-, persona a la que las investigaciones atribuían la tarea de transformar la droga para posteriormente ponerla en el mercado ilícito, y que fue detenido ese mismo día sobre las 21:25 horas en el Bar "La Lumbre" en el que trabajaba; la diligencia de entrada y registro fue autorizada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Puertollano, mediante auto de esa misma fecha.

El resultado de los registros domiciliarios referidos fue el siguiente:

-Piso NUM004 de la DIRECCION000 . La diligencia se inicia a las 19:35 horas, por los agentes policiales y por la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, en funciones de Guardia, sin la presencia de ninguno de los dos detenidos hasta ese momento, teniendo que hacer uso de la fuerza, rompiendo parcialmente la puerta de entrada, al no encontrarse nadie en su interior. Realizado el registro, se encontraron un envoltorio plástico termosellado con 24 gramos de cocaína con una riqueza del 44'2%, lo que supone 10'61 gramos de cocaína pura (sustancia que causa grave daño a la salud, con un valor de 1756'22#), varias bolsitas conteniendo en total, por un lado 4'99 gramos de cocaína con una pureza del 77%, (valorada en 636'12#), y por otro 0'76 gramos de cocaína al 55'6% (con un valor de 69'96#), planchas y moldes de acero, un gato hidráulico, una balanza de precisión de la marca Tanita, mascarillas, 1.000 milímetros de acetona, 1170 gramos de fenacitina, 611'80 gramos de tetracaina de clorhidrato amónico, ácido bórico y otros efectos directamente relacionados con el tratamiento y preparación de la cocaína (balanza de precisión, mascarillas, planchas y moldes de acero, etc...).

-Piso NUM008 del nº NUM007 de la calle DIRECCION001, domicilio del coacusado Camilo, diligencia que se inició a las 21:30 horas del referido día, con la presencia del acusado, de los agentes policiales, además de la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, en funciones de Guardia. En el registro se ocuparon 69.425# en efectivo, de los que se han justificado 42.000 # como de lícita procedencia. También se ocupó una faja de yeso y tela de color blanco en cuyo interior hay unas membranas que contenían 374'50 gramos de cocaína, con una pureza de tan solo el 3%, lo que supone 11'23 gramos de cocaína pura, y un valor de 1.860'03#, así como numerosas anotaciones contables, entre ellas "100 nanda, pagado 2400", "300 nanda, pagado 8400", "400 nanda, pagado 9660", etc....

Además, por oficio de la misma fecha, se amplió la referida solicitud de entrada y registro a la vivienda sita en el Bajo D, de la madrileña calle DIRECCION000, domicilio de los dos coacusados, Heraclio y de su compañera Penélope, mayor de edad, de la República Dominicana, sin antecedentes penales, que fue detenida esa misma noche cuando salía de su centro de trabajo en el nº 76 de la referida calle DIRECCION000, y a la que las investigaciones policiales imputaban la venta por dosis en su propio domicilio, lo que igualmente fue autorizado. La diligencia se inició a las 23.10 horas del mismo día 13.07.07, con la presencia de Heraclio, que se encontraba detenido, y de su compañera Penélope, de los agentes policiales, así como de la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, en funciones de Guardia, accediéndose con las llaves que portaba aquél, y realizado el registro solo se hallaron 2.030#.

Asimismo se encontró un contrato de arrendamiento del piso NUM004 de la referida finca, a nombre de Penélope, y un juego de llaves del mismo, lo que determinó que se procediera a la detención de Penélope, si bien, aunque inicialmente ésta lo había arrendado a su propietaria por disponer de una habitación más que el ocupado por ella, no llegó a establecerse en el mismo, al no servir para la reunificación familiar que pretendía Penélope, siendo realmente arrendado por Camilo, teniendo aquélla un juego de las llaves por haberle pedido la propietaria que facilitara la entrada a los pintores, dado que tenían que realizarse unas obras en el mismo, y habían ido varias veces sin que se les hubiera abierto la puerta.

No ha quedado acreditado que los cuatro acusados se dedicaran, de común acuerdo, en el verano de 2007, a la distribución de cocaína a otras personas, por los motivos que se expondrán en la fundamentación jurídica de esta Sentencia.

El acusado Camilo, en la época de estos hechos era consumidor de sustancias estupefacientes, y practicada por el Médico Forense en el servicio de Guardia, con ocasión de encontrarse detenido, un análisis de orina y a la toma de una muestra de pelo, que remitida al Instituto de Toxicología de Ciudad Real, para la detección del consumo de sustancias estupefacientes, dio positivo a la cocaína.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados resultan de la apreciación de la prueba practicada en el acto del plenario con las garantías de contradicción, oralidad e inmediación, de la que no se desprende prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de los acusados.

Comenzaremos examinando los motivos de nulidad aducidos por la defensa del acusado Camilo, a la que se adhirieron el resto de las defensas, respecto de la primera resolución que acordó la interceptación de las comunicaciones telefónicas, Auto de fecha 3.05.07 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Puertollano, de donde derivaron -tras el resultado de ésta- las informaciones, que mediante ulteriores autos de interceptación y los resultados de las mismas, habrían derivado en las sucesivas diligencias de instrucción, y sustentarían la imputación de que los acusados, actuando de común acuerdo, se encontrarían en el escalón superior de la cadena de distribución de la sustancia estupefaciente, llevada a cabo por el "clan gitano" investigado en la localidad de Puertollano, y que situarían a Evangelina en la labor de hacer las entregas de estupefacientes, y de recoger el dinero a cambio de la sustancia; a Camilo como la persona que entregaría a Evangelina la sustancia estupefaciente; y a Heraclio de la manipulación de la sustancia, transformándola para su puesta en circulación en el mercado, siendo el que se la entregaría a Camilo para que éste posteriormente se la entregara a Evangelina, así como también realizando ventas por dosis en su propio domicilio, ayudado por su compañera, la también acusada Penélope .

Aunque el Ministerio Fiscal prescindió de las Intervenciones Telefónicas, como prueba de cargo a tener en cuenta para formar su pretensión acusatoria, lo que resultaba

inevitable, pues el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, impone que sólo se consideren auténticas pruebas aquellas que se hayan podido practicar con contradicción, y no encontrándose a disposición del Tribunal en el acto del juicio, los soportes de las grabaciones de las intervenciones telefónicas (posiblemente por estar incluidas en el proceso del que deriva el presente), no estando adverbadas por la fe pública del secretario, las transcripciones incorporadas a las actuaciones, realizadas por la policía encargada de las escuchas, ni tampoco haberse propuesto como medio probatorio, no pudiendo ser oídas, por lo que tampoco podían ser tenidas en cuenta. Sin embargo el Tribunal debe analizar la validez de las mismas, y, en su caso, la concurrencia de las causas de nulidad invocadas, que pudieran afectar a las restantes diligencias de prueba derivadas precisamente de aquéllas intervenciones, por el denominado principio de conexión de la antijuridicidad, entre las que se encuentran las diligencias de Entrada y Registro, y su resultado, prueba ésta en la que fundamenta su condena el Ministerio Fiscal.

Como establecen las STC 49/1999, de 5 de abril y 197/09 de 28 de septiembre, el Tribunal Constitucional viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

El alto Tribunal ha establecido que, en primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios, que no simples sospechas, de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste, datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación 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.

Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha considerado 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, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos

pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre ; 138/2001, de 18 de junio ; 259/2005, de 24 de octubre ; 253/2006, de 11 de septiembre). Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución. Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad, (por todas SSTC 167/2002, de 18 de septiembre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo). En todas ellas se ha manifestado además que 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 la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional antes citada, excluyéndose así las intervenciones de claro carácter prospectivo o destinadas a servir de búsqueda de indicios de los que se carece cuando se acuerda. La decisión judicial tiene, por tanto, que exteriorizar las razones tácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, que la citada jurisprudencia identifica como "...la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios en la posible existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos. (...) La precisión de los indicios es

indispensable, como un prius lógico de los también obligados juicios sobre la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma...".

Por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en las resoluciones que las acuerdan, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida.

Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional reiteradamente ha declarado que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre ; 299/2000, de 11 de diciembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 165/2005, de 20 de junio

; 253/2006, de 11 de septiembre, 197/09 de 28 de septiembre).

En el supuesto de autos, la instrucción de estos hechos se inició con la solicitud de intervención telefónica de fecha 2.06.07, que formuló la Brigada Local de Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía de Puertollano, ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de esa localidad, basada en una anterior actuación realizada en las Diligencias Policiales nº 5116 de 24 de abril de 2007, dentro del marco de las Diligencias Previas nº 283/07 de ese mismo Juzgado de Instrucción, que tuvieron por objeto la investigación y desarticulación del clan familiar, de origen gitano, la familia " Caridad ", dedicado al tráfico de estupefacientes, concretamente cocaína, siendo desmantelados los puntos de venta desde los que introducían el estupefaciente en el mercado de la droga, y en las que se habrían intervenido 100 dosis de cocaína preparadas para su venta, entre otros objetos. Se comunicaba como, a raíz de las intervenciones telefónicas obrantes en la referida investigación, concretamente de los móviles utilizados por María Consuelo y por Caridad, se obtuvieron datos de sus suministradores de sustancias estupefacientes, el matrimonio formado por Amador y Josefa, así como algunos de sus hijos, añadiendo que "en relación a la investigación en marcha, también se ha podido llegar a saber que a su vez los proveedores de Amador y de Josefa, son dos personas de las que sólo se sabe de momento que uno se llama o hace llamar " Gamba " usuario de los teléfonos nº NUM009 y NUM010, y otra mujer llamada o se hace llamar " Flaca ", usuaria del teléfono nº NUM011, ambos por el acento pudieran ser sudamericanos, posiblemente colombianos". Por lo expuesto solicitaron entre otros mandamientos, el de alta de la intervención de las tarjetas de telefonía móvil nº NUM011, NUM009 y NUM010 .

El Juzgado con esta única manifestación de los investigadores policiales, carente de cualquier dato del que se pudiera extraer la deducción que se realiza, al no mencionar ningún seguimiento realizado a los llamado " Gamba " y " Flaca ", ni tampoco las supuestas conversaciones en las que basan sus sospechas, además de incoar nuevas diligencias previas y declararlas secretas, autorizó la intervención y observación de estos tres últimos teléfonos móviles, que sustentaba en el [art. 18.2 CE](#) y el [art. 579 LECR](#) , y cuya motivación se encuentra en el Segundo de los Fundamentos Jurídicos de su resolución de fecha

3.05.07, "en el presente caso, la intervención de los teléfonos móviles, así como la solicitud de la relación de llamadas realizadas, la identificación de los titulares, los mensajes de texto y los repetidores por los que se activan, se acuerdan en unas diligencias previas abiertas y en curso, en las cuales se investiga un delito de tráfico de drogas. Así en el caso presente que nos ocupa, fruto de la investigación realizada por la Policía Judicial se ha detectado que en la actualidad tales teléfonos son utilizados por un tal " Gamba " y por " Flaca ", los cuales podrían ser presuntamente los proveedores de Josefa y Amador, presuntos miembros de una banda organizada encargada del tráfico de sustancias estupefacientes en la localidad de Puertollano, y dirigida por Luis Francisco, quién en la actualidad se encuentra en situación de prisión provisional. Dicha intervención es imprescindible para los fines de la investigación, con la finalidad de averiguar la forma de comisión del hecho delictivo, y por ello, la consideración de que es necesaria y proporcional al fin que se persigue, el

descubrimiento de hechos delictivos, la limitación de un derecho fundamental". En el Fundamento Quinto reiteraba que era "procedente declarar secreta la práctica de la diligencia de intervención y observación telefónica, y solo durante su estricta ejecución, puesto que es implícito a la naturaleza de la medida misma, el mantener con carácter reservado, salvo para el Ministerio Fiscal, la ejecución de la intervención y observación telefónica, facilitando con ello, el uso espontáneo de las líneas de teléfono utilizadas por las personas identificadas como " Gamba " y " Flaca ", dado que de otra forma, se frustraría la labor de investigación; sin perjuicio de que en fase instructora posterior, se de traslado del resultado de la misma a quién aparezca como imputado y parte en el proceso penal". Pese a lo acordado en el auto, no consta notificación alguna al Ministerio Fiscal.

La mera lectura del oficio policial y de la resolución judicial que acuerda la primera de las intervenciones telefónicas de fecha 3.05.07, evidencia la ausencia de cualquier dato objetivo corroborador de la afirmación contenida en el oficio policial, esto es que el tal " Gamba " y a una tal " Flaca ", podrían ser presuntamente los proveedores de Josefa y Amador, presuntos miembros de una banda organizada encargada del tráfico de sustancias estupefacientes en la localidad de Puertollano, y que legitimara la adopción de la intervención de sus comunicaciones, pues para ello, según se ha expuesto ut supra, resulta exigible que se detalle en la solicitud policial en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización, sin que la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

La conclusión es que, tal y como denuncian las defensas, el primigenio auto de intervención telefónica de 3.05.07, no contienen una motivación suficiente, pues no incorporaron -aunque pudiera existir- ningún dato objetivo que pueda considerarse indicio de la conexión de las personas cuyas comunicaciones se intervienen con el delito que se investigaba y en el que se les atribuía una participación, por lo que hay que concluir que el órgano judicial no valoró, en los términos constitucionalmente exigibles, la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y, en consecuencia, deviene nulo de pleno derecho y por ende todas las prórrogas posteriores y nuevas intervenciones, solicitadas a raíz de los resultados obtenidos por la primera de las autorizaciones, en cuanto resultan vinculadas por la conexión de antijuridicidad, con la ilicitud originaria de la intervención telefónica, por la que se obtuvieron informaciones que permitieron otras sucesivas escuchas y los datos que llevaron al descubrimiento de un laboratorio para el corte de droga en el piso NUM004 del nº NUM005 de la calle DIRECCION000, y la sustancia estupefaciente hallada en el domicilio del coimputado, Camilo . Es decir, todas las resoluciones posteriores, resultaron contaminadas por la ilegitimidad constitucional de la primera .

Y todo ello, sin necesidad de entrar a analizar las consecuencias de la falta de notificación y traslado al Ministerio Fiscal, dentro del marco de las diligencias declaradas secretas, del auto que acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas, así como de los sucesivos, lo que impidió el necesario control por quién

tiene asignada la labor de garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, durante el tiempo en el que no puede ser conocida por el interesado; ni tampoco entrar a conocer de la inexistencia del necesario control judicial de la ejecución de la medida de ingerencia en el secreto de las comunicaciones, pues ni el Juzgado de Instrucción nº 2 de Madrid, al que se inhibió el Juzgado de Instrucción nº 3 de Puertollano remitiendo las diligencias, tuvo a su disposición las cintas originales de las grabaciones, (consta al menos que por oficio de 18.05.07 se realizaron ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Puertollano, las entregas de las actas de intervención y de los CD conteniendo las intervenciones del nº NUM010 (f. 117 a 127); del nº NUM009 (f. 128 a 140); del nº NUM011 (f. 141 a 147), si bien los CD no han estado unidos a la causa); ni pudieron ser puestas a disposición de las partes, ni las transcripciones remitidas por la policía consta que fueran cotejadas bajo la fe pública del Secretario Judicial, lo que las invalida como prueba documental, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías ([art. 24.2 de la Constitución](#)).

La contaminación declarada afecta igualmente a las diligencias de entrada y registro practicadas, por la natural conexión existente entre el conocimiento adquirido a través de las escuchas y la investigación policial y judicial que desembocó en los mandamientos de entrada y registro en los tres domicilios en los que se practicaron, y en los cuales se obtuvieron los datos incriminatorios, siendo igualmente nulas, tal y como denuncian las defensas.

En efecto, la solicitud del mandamiento de entrada y registro de las viviendas sitas en la calle DIRECCION001 nº NUM007, NUM008 de Madrid, domicilio del acusado Camilo, y de la vivienda sita en la madrileña c/ DIRECCION000 nº NUM005, NUM004, domicilio éste último que se consideraba era el de Heraclio, se fundamentaban, según se hacía constar en el propio oficio policial, en la "remisión a los diferentes informes realizados por las Unidades de Policía Judicial investigadoras, que ya obran en las actuaciones, y que versan sobre las conversaciones grabadas a los investigados a través de los teléfonos intervenidos, con la previa autorización judicial...", y se adjuntaban las transcripciones más relevantes de las intervenciones telefónicas cuya nulidad se ha declarado. El auto autorizante del Juzgado de Instrucción nº 3 de Puertollano asimismo lo recogía en el Fundamento jurídico segundo. Y finalmente, los agentes policiales que intervinieron en el plenario como testigos, así lo ratificaron, en el sentido de que las vigilancias y seguimientos se inician a partir de las escuchas telefónicas (declaración de los agentes 80220 y 92733).

A ello ha de unirse que en el Fundamento Jurídico Tercero del auto que acordaba la entrada y registro de la vivienda sita en el NUM004 del nº NUM005 de la madrileña DIRECCION000, se establecía que "en el caso de que al momento de efectuarse la correspondiente diligencia de entrada y registro, la persona de Heraclio, se encontrase en situación de detención policial, de conformidad al [art. 569 de la LECR](#), será procedente la personación en ese momento, del interesado en la causa penal o de la persona que legítimamente designe o le represente. En caso de que el mismo no fuera habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará el mismo a presencia de un individuo de su familia mayor de edad, y si no lo hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo, tal y como previene el [art. 569](#)

de dicho cuerpo legal". Pese a los términos de la resolución, la diligencia se inició a las 19:35 horas, por los agentes nº NUM012, NUM013 y NUM014, así como por la Sra. Secretaria del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, en funciones de Guardia, sin que aun estuviera detenido el supuesto morador del piso, Heraclio, y sin la presencia de dos testigos, tal y como imponía el auto autorizante, teniendo que hacer uso de la fuerza, rompiendo parcialmente la puerta de entrada, al no encontrarse nadie en su interior. Pero es que además, tampoco se realizó a presencia de los dos detenidos, que eran los "interesados" según la terminología empleada por el [art. 569](#) de la [LECR](#) , lo que determina que su resultado tampoco pudiera ser valorado como prueba preconstituida por déficit de contradicción (STC 219/2006).

No podemos acoger la tesis del Ministerio Fiscal, según la cual la diligencia de entrada y registro es legal al practicarse con la presencia del Secretario Judicial que da fe de lo acontecido en la misma. Esta tesis tenía su fundamento en el [art. 281.2º](#) de la [LOPJ](#) , y en la Jurisprudencia que lo interpretaba, determinando que desde la publicación de esa norma, la presencia del fedatario público producía la plenitud probatoria que se deriva de la fe pública, y hacía innecesaria la presencia de testigos adicionales a los que se refiere el [art. 569](#) de la [LECR](#) . Sin embargo, el [art. 281.21](#) de la [LOPJ](#) fue derogado por la LO 19/2003 de 23 de diciembre .

Por todo ello, hemos de concluir que no estamos ante hallazgos lícitos, válidamente practicados y que por sí mismos son prueba de cargo contra los acusados.

Y por último, significar que no constan documentado ningún seguimiento de las posibles entregas de sustancia y recogidas de dinero procedente del tráfico que se imputan a Evangelina, supuestamente trasladándose hasta Puertollano o hasta Córdoba, a excepción del seguimiento realizado el día de la detención, respecto del cual, si atendemos a las testificales practicadas en el plenario, ninguno de los agentes reconoció haber sido él el que viera entrar en el nº NUM005 de la calle DIRECCION000, a Evangelina junto con Camilo . Tampoco se ha documentado ningún acto de intercambio o tráfico realizado ni por éstos ni por Heraclio y Penélope, pese a que a éstos se les imputaba la venta por menudeo en su domicilio, no se halló ninguna sustancia estupefaciente en el registro del mismo, no habiéndose realizado tampoco ningún acta de intervención a los supuestos compradores, ni se identificó a ninguno de ellos.

Y en cuanto a los acusados, han negado la participación en los delitos imputados, habiendo dado explicaciones sobre el origen del dinero incautado, y de la faja de yeso hallada en el domicilio de Camilo, momento en el que los agentes no efectuaron la prueba del narcotest, manifestando su compañera sentimental, que intervino en el plenario, que era de su propiedad, habiendo facilitado el nombre de la persona que se la vendió para someterse a un tratamiento de adelgazamiento, y sometida a análisis se halló una pequeña cantidad de cocaína, de la que la defensa reiteradamente pidió un contraanálisis que no se llegó a efectuar, lo que genera cierta duda, por lo que ninguna prueba de cargo desconectada de las declaradas nulas permite tener por desvirtuada la presunción de inocencia, y acordar la libre absolución de los acusados.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el [art. 240](#) de la [LECR](#) , procede declarar de oficio las costas procesales que se hubieren causado en la tramitación de este procedimiento.

TERCERO.- Según establece el [art. 338](#) de la [LECR](#) , procede decretar el comiso de la sustancia estupefaciente ocupada, dándose a la misma el destino legal. Procediendo por el contrario, una vez sea firme la sentencia absolutoria, la devolución del dinero y demás objetos intervenidos, salvo que proceda destinarlo a las resultas del proceso.

F A L L A M O S

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados Camilo, Evangelina, Heraclio y Penélope, del delito contra la salud pública por el que se ha vertido acusación por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas y dejando sin efecto las medidas de aseguramiento que se hubieran acordado respecto de los mismos durante la tramitación de la causa y sus piezas separadas.

Se declara el comiso de las drogas y precursores, así como la devolución del dinero, efectos y vehículo a quien acredite ser su propietario.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciado ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicada fue la anterior sentencia en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez.