



Roj: STS 1080/2013  
Id Cendoj: 28079120012013100172  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1108/2012  
Nº de Resolución: 182/2013  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de fecha 27 de diciembre de 2011 . Han intervenido el Ministerio Fiscal como recurrente y, como recurridos Conrado , representado por el procurador Sr. Ortiz de Apodaca García; Carmela , representada por la procuradora Sra. Fernández Muñoz; Octavio , representado por el procurador Sr. González Salinas; Ángel Jesús , representado por el procurador Sr. Palma Crespo; Carlos , representado por el procurador Sr. Saez Silvestre y Franco , representado por el procurador Sr. Fernández Rosa. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción número 2 de Vélez-Málaga instruyó Procedimiento Abreviado con el número 22/2011, por delito contra la salud pública por tráfico de droga contra Conrado , Octavio , Carmela , Ángel Jesús , Carlos y Franco y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Novena dictó sentencia en fecha 27 de diciembre de 2011, en el Rollo de Sala 1024/2011 con los siguientes hechos probados:

*"Probado y así se declara expresamente, al desprenderse de la prueba practicada que por el Grupo de Drogas y Crimen Organizado (U.D.Y.CO) de la Comisaría de Vélez-Málaga, en virtud de informaciones no determinadas, se estableció un control de investigación sobre Conrado , mayor de edad, con DNI NUM000 , y sin antecedentes penales, observando como contactaba con diversas personas, entre ellas con Carlos , mayor de edad, con DNI NUM001 , sin antecedentes penales, teniendo conocimiento, al contrastar datos, con otros grupos de la UDYCO, (en concreto con el de Torremolinos, que las mismas eran objeto de investigación en otra causa de ellos, y así solicita al Juzgado de Instrucción de Vélez-Málaga, intervención telefónica, que el mismo deniega por auto de 16-6-10 , y que una vez aportada nueva documentación, aportando actuaciones de las realizadas por Udyco Torremolinos, y conversaciones telefónicas intervenidas en la causa del Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga, en D.Previas 4300/09, se accede a dicha intervención por auto de 29-6-11.*

*En la documentación intervenida, para obtener esta autorización, se aportan reportajes fotográficos de 21-3-10 y 7-6-10, de reuniones entre personas que se llegan a conocer en base a las intervenciones telefónicas de la causa seguida por Udyco Torremolinos y la autorización del Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga en sus D.previas 4300/09 .*

*Finalmente como consecuencia de las actuaciones policiales el día 6/11/10, sobre las 15,00 horas, en el centro comercial Plaza Mayor de Málaga se incautan 309.780 gramos de una sustancia, que debidamente analizada resultó ser hachis con una pureza del 15,7&#x27;, tasada en 442985 euros, y en una nave nº 157, portón 5 de la C/Diderot, sita en el Polígono de Guadalhorce en Málaga, se encantaron 911220 gramos, de los que tras el pertinente análisis resultó ser hachis, con una pureza del 14% y valor de 1303.044 euros.*

*Así mismo, en un registro efectuado en el domicilio de Ángel Jesús , mayor de edad, nacido en Marruecos, con pasaporte nº NUM002 y sin antecedentes penales, se ocuparon 203.390 euros, sito en Chiclana de la frontera (Cadiz) PLAZA000 , 2ª Fase, Bloque NUM003 , piso NUM004 , letra NUM005 , URBANIZACIÓN000 , acordado por auto de 9-11-10 dictado en la causa.*

Por sentencia nº 528/11 de fecha 30/09/11 recaída en el Rollo nº 1005/11 de la sección tercera de la Ilma Audiencia provincial de Málaga , que procede de las Diligencias Previas 4300/09, del Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga, se declara la nulidad de las escuchas telefónicas acordadas en esas declaraciones.

Por auto de 28/10/11 dictado en la presente causa por esta sección, a raíz de las cuestiones previas planteadas, se estima decretar la nulidad de las escuchas telefónicas realizadas en la misma, al derivar de las anteriormente expresadas.

En las actuaciones han sido objeto de acusación, además de las personas antes citadas, Conrado , Carlos y Ángel Jesús , también Franco , mayor de edad, con DNI NUM006 , Octavio , mayor de edad, nacido en Túnez y con NIE NUM007 , y Carmela , mayor de edad con DNI NUM008 , todos ellos sin antecedentes penales." [sic]

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

"Que debemos absolver y absolvemos, por falta de prueba lícitamente obtenida, a los acusados Carlos , Conrado , Franco , Octavio , Carmela , Ángel Jesús , del delito contra la salud pública, por tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, que en las presentes autos se les imputaba, de notoria importancia, con extrema gravedad en grupo organizado, que era objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas. Ordenando el comiso y destrucción de la droga intervenida al ser de ilícito comercio, una vez sea firma la presente resolución.

Así mismo una vez firme la misma se procederá a la devolución a sus titulares de los efectos intervenidos, cesando las medidas cautelares sobre ellos.

Comuníquese la presente resolución a la Secretaría de Estado para la Seguridad y a la Unidad provincial de Ministerio de Sanidad, a los efectos oportunos." [sic]

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en el siguiente motivo: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 Lecrim y 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24.1 CE que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

5.- Instruidos los representantes procesales de los recurridos, por todos ellos se interesa la inadmisión del recurso interpuesto, impugnando subsidiariamente el motivo del mismo. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 28 de febrero de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Fiscal, invocando los arts. 852 Lecrim y 5,4 LOPJ , ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Inicia el desarrollo del motivo haciendo alusión a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional y de esta sala, en la que ambas instancias se han decantado reiteradamente por reconocer, en aras del interés público, cuya tutela tiene aquél encomendada, su legitimación para actuar procesalmente en defensa de un derecho fundamental que considere vulnerado. En efecto, es de una doctrina pacífica, en particular, tratándose del derecho a la tutela judicial efectiva, ahora invocado, de modo que el asunto queda fuera de discusión.

Otra cosa es que tal derecho pueda reputarse efectivamente vulnerado en este caso, cuando sucede que la sala de instancia dictó un auto decidiendo una cuestión previa sobre nulidad de actuaciones (de 28 de octubre de 2011), muy correctamente motivado; que, además, tiene como antecedente la sentencia de otra sección de la Audiencia Provincial en idéntico sentido, resolviendo sobre vicisitudes procesales de directa influencia en esta causa. Y todo, con apoyo en un acuerdo de pleno de esta Sala Segunda, de 23 de febrero de 2010, también razonablemente interpretado.

En consecuencia, ya por esto solo, habría que entender que la objeción suscitada carece de fundamento, pues la sala de instancia ha dado una respuesta jurisdiccional suficiente y razonablemente

justificada a la pretensión del Fiscal, cuyo derecho a la tutela judicial se encuentra, por tanto, satisfecho, por más que aquélla no hubiera sido la pretendida por él. Pero no obstante, no resulta ocioso detenerse brevemente en una reflexión al respecto.

La Unidad de Drogas y Crimen Organizado de la policía de Vélez Málaga, se dirigió al Juez de Instrucción n.º 2 de la población, en fecha 16 de junio de 2010, solicitándole dispusiera la interceptación del teléfono de Conrado, al sospechar que pudiera estar organizando la introducción en España de derivados de cannabis en grandes cantidades, ocultos en preparaciones de pescado congelado, procedentes de Marruecos. Advertía de la existencia de unas diligencias previas (4300/2009) del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Málaga, en la que este individuo y otro ya estaban siendo investigados.

El instructor resolvió en el sentido de no acceder a lo solicitado, hasta tanto se aportase testimonio de aquellas actuaciones judiciales, en los particulares relativos a la actividad delictiva posiblemente localizada o que pudiera localizarse en Vélez Málaga. Fueron aportadas, y a la vista de ellas, accedió a la petición policial mediante auto de 24 del mismo mes.

El testimonio de las actuaciones del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Málaga ofrece la evidencia de que, a través de la investigación que se seguía en la causa aludida, es como se había sabido de Conrado; y, por el resultado de las escuchas de que estaba siendo objeto -en particular las relativas a conversaciones con un interlocutor con acento árabe, según se dice- también de su plan para introducir en nuestro país la droga aludida, ocultándola en piezas de pescado congelado. Basta leer el folio 35 de esta causa, tercero del oficio dirigido el 6 de abril de 2010 por la policía al instructor de Málaga, aportado por aquélla con la segunda solicitud, que sí fue acogida.

Por tanto, es incuestionable que la decisión del Juez de Instrucción n.º 2 de Vélez Málaga tiene como directo fundamento lo aportado por las escuchas realizadas por orden del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Málaga. Algo que resulta sin más del segundo de los fundamentos de derecho del ya citado auto de 24 de junio de 2010 (folio 53) y que, no importa insistir, trae causa de conversaciones transcritas en los folios procedentes de aquel juzgado.

En la primera sesión del juicio oral, en el trámite de cuestiones previas, las defensas suscitaron la relativa a la nulidad de las interceptaciones telefónicas, apoyando su petición en el hecho de que, siendo claro que las intervenciones telefónicas del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Málaga, eran el presupuesto central de las de esta causa, lo era también la ausencia en la misma de los antecedentes consistentes en la solicitud policial y en la resolución o resoluciones judiciales autorizantes de las medidas. Dándose asimismo, en ese momento, la circunstancia de que las escuchas del Juzgado de Instrucción n.º 10 de Málaga habían sido declaradas nulas por la Audiencia Provincial, en sentencia n.º 528/2011 de 30 de septiembre, aportada por las partes a ese acto.

Pues bien, con estos datos, es decir, en vista de la ausencia de los antecedentes precisos para decidir sobre la regularidad, legalidad y susceptibilidad de utilización en juicio de la información que sirvió para disponer las injerencias en el secreto de las comunicaciones de los acusados; contando también con la circunstancia, de singular relevancia, de que el tribunal provincial había declarado nulas las escuchas-fuente de los datos originarios en que se apoyó la investigación dirigida contra los mismos en esta causa; y visto que las defensas suscitaron la cuestión de forma temporánea, de modo que pudo ser debatida contradictoriamente, la sala de instancia decidió como consta, primero en el auto mencionado declarando la nulidad de las escuchas y luego acogiendo esta misma decisión en la sentencia ahora impugnada, que por eso ha sido absolutoria.

La Audiencia Provincial toma como referencia de su decisión el acuerdo de pleno de esta Sala Segunda, de 26 de mayo de 2009. Con buen fundamento, porque la validez del medio probatorio de cargo, aquí nuclear, depende de la legitimidad de la obtención de las fuentes de prueba llevadas a otra causa, que no ha podido comprobarse por la falta de aportación, por la acusación, de la documentación necesaria a tal efecto. Con la particularidad de que a objeción fundada en este dato fue planteada de forma temporánea, y, además, a partir del conocimiento de la declaración de nulidad por sentencia, de las interceptaciones primeramente acordadas. El tribunal de instancia cita, también, la sentencia de esta sala de 1130/2009, de 10 de noviembre, en la que se aplica ese acuerdo, que avala su decisión.

Una decisión, por tanto, justificada, al igual que lo está la exigencia de que en cada causa consten de forma precisa todos los antecedentes de una resolución como aquella por la que se dispone la injerencia en el ámbito personalísimo de un derecho fundamental con fines de investigación. En efecto, pues juzgar de su calidad informativa, *con directo conocimiento de causa* y con autonomía de juicio (obviamente, dentro del marco constitucional y legal), es algo que corresponde sólo a quien en ese momento es el juez competente para ejercer como tal, diciendo el derecho en el caso. Y esto, aunque entre los presupuestos de

su decisión pudieran hallarse elementos anteriormente sometidos al control de otro juez. Porque el ejercicio de conocimiento y la valoración de los datos fácticos que debe preceder a cada decisión jurisdiccional incumbe en exclusiva y es responsabilidad de quien la adopta. Ya que, en esto no hay duda, los jueces no son *fungibles* : de ahí la vigencia del principio constitucional de la predeterminación legal o del *juez natural* , dirigido a *distribuir* , de forma aleatoria y no manipulable, las legítimas diferencias de apreciación y de criterio, que, no obstante la identidad del marco legal aplicable, se dan de manera inevitable entre los integrantes de la judicatura, también ciudadanos de una sociedad pluralista. Tal es asimismo a lo que se debe que cada ejercicio de justificación expresa de una decisión tenga que realizarse de manera específica y para la concreta resolución de que se trate, nunca de forma estandarizada o burocrática. Por eso, en supuestos como el de esta causa, la circunstancia de que hubiesen formado parte del contexto de la decisión demandada al instructor datos antes integrados en el ámbito de la decisión de otro juez, no exime a éste del deber de evaluar por sí mismo su calidad informativa; porque es a él a quien se dirige *en ese momento* el imperativo del art. 120,3 CE : esa expresión de sana *desconfianza* del propio ordenamiento frente a los jueces, en que consiste el deber de motivación de las resoluciones.

Así, y por todo, el motivo, y con él el recurso, tiene que desestimarse.

### III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Novena, de fecha 27 de diciembre de 2011 dictada en la causa seguida por delito contra la salud pública por tráfico de drogas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítese acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tournon Perfecto Andres Ibañez Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andres Ibañez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.