



Roj: **SAP M 2965/2024 - ECLI:ES:APM:2024:2965**

Id Cendoj: **28079370302024100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **09/05/2024**

Nº de Recurso: **879/2022**

Nº de Resolución: **278/2024**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN JOSE TOSCANO TINOCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 30 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934388,914934386 Fax: 914934390

audienciaprovincial_sec30@madrid.org GRUPO 5

37051530

N.I.G.: 28.079.00.1-2020/0068825

Procedimiento Abreviado 879/2022 mesa 2

Delito: Contra la salud pública

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid

Procedimiento Origen: Procedimiento Abreviado 1081/2020

SENTENCIA N º 278/2024

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS.-

D. CARLOS MARTÍN MEIZOSO

D. DIEGO DE EGEA Y TORRÓN

D. JUAN JOSÉ TOSCANO TINOCO

En Madrid, a 9 de mayo de 2024

Vista en juicio oral y público ante la Sección 30ª de esta Audiencia Provincial de Madrid la causa P.A. nº 1081/20, procedente del Juzgado de Instrucción nº 48 de Madrid, seguida por delito contra la salud pública contra Ramón , mayor de edad, con antecedentes penales cancelados, defendido por el letrado D. Marcos García Montes y representado por la procuradora Dª María Dolores de Haro García ; Rubén , de nacionalidad española, mayor de edad, y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia defendido el letrado D. Armando Lucendo Telo y representado por el procurador D. Alfonso de Murga Florido y Secundino , de nacionalidad cubana, mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación administrativa regular en España, defendido por la letrada D. Alejandro Revilla Remiro en la que ha sido parte el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª María González Laborda; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan José Toscano Tinoco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos imputados a Ramón y Rubén como constitutivos de un delito contra la salud pública del art 368 CP, en la modalidad de sustancias



que causan grave daño a la salud, en relación con el art 369.1, 5ª CP solicitando para ambos la imposición de las penas de nueve años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 11.292,36 euros y el pago de las costas del procedimiento.

Igualmente calificó los hechos imputados a Secundino como constitutivos de un delito contra la salud pública del art 368 CP, en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, solicitando la imposición de las penas de seis años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 73,26 euros y el pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Las defensas de los acusados, Ramón y Rubén en el mismo trámite, interesaron el dictado de sentencia absolutoria y subsidiariamente la aplicación las circunstancias eximentes del art 20,2ª, eximente incompleta del art 21,1ª o atenuante analógica de drogadicción del art 21,7ª CP.

La defensa de Secundino intereso la apreciación de la circunstancia atenuante de drogadicción del art. 21,2ª CP o la atenuante analógica de drogadicción del art. 21,7ª CP.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- A finales de abril de 2020 se estableció un dispositivo policial de vigilancia en torno al edificio ubicado en la DIRECCION000 de Madrid, por sospecharse por el Grupo III de Policía Judicial de la Comisaría Centro de Madrid que en el piso DIRECCION001, domicilio de Ramón, podía estar llevándose a cabo una actividad de venta y distribución para la venta de sustancias estupefacientes.

Como consecuencia de las vigilancias realizadas se realizaron las siguientes intervenciones:

- El día 27 de abril de 2020 Secundino fue interceptado, tras salir del indicado domicilio, a la altura de la DIRECCION005 nº NUM001 y tras efectuársele registro se encontró una bolsita conteniendo metanfetamina, con un peso de 0,94 gramos, una pureza del 76,7% y un valor de venta en el mercado ilícito de 24,42 euros. -
- El día 28 de mayo de 2020, se intervino a Inocencio, tras salir del indicado domicilio, a la altura de la calle Augusto Figueroa una bolsita conteniendo 3metiltmecatinona con un peso neto de 1,058 gramos. -- El día 30 de noviembre de 2020 se intervino a Justo, tras salir del indicado domicilio, a la altura de la calle Hartzenbusch, una bolsita conteniendo metanfetamina con un peso neto de 1,716 gramos y una riqueza del 75,8%. -

SEGUNDO.- Rubén ha realizado junto con Ramón actividades de producción artísticas en el campo de la danza, residiendo en el edificio de la DIRECCION014 de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantearon cuestiones previas por las defensas de todos los acusados. Las formuladas por las de Rubén (en cuanto a solicitud de medios de prueba) y Secundino (corrección de error en escrito de defensa y acreditación de su toxicomanía) se resolvieron en el acto sin que sea preciso mayor argumentación al respecto.

La cuestión previa planteada por la defensa de Ramón consiste en solicitar la declaración de nulidad del inicial auto acordando intervenciones telefónicas de fecha 1 de julio de 2020. Se fundamenta la pretensión en la ausencia, a juicio de la defensa, de indicios fundados en datos objetivos, más allá de sospechas o interpretaciones subjetivas la policía, de que el acusado, en el domicilio indicado en el oficio, llevara a cabo una actividad de tráfico de sustancias estupefacientes. Se incide en que las intervenciones sobre presuntos "camellos" o "mulas" no permitieron evidenciar tal condición y que actuaran por cuenta de Ramón. Se reprocha al juez de instrucción que no contrastara la certeza de las afirmaciones de los agentes. En último término se considera que, en función de los indicios puestos de manifiesto, la medida solicitada y acordada era desproporcionada.

Igualmente se señala que se acordó la intervención no ya sólo de los teléfonos cuya titularidad ostentaba el acusado y en aquel momento investigado, sino también de otros dos a nombre de su mujer, Tamara, a la cual en ningún momento se imputaba participación en los presuntos hechos delictivos y respecto de la cual se acabó sobreseyendo el procedimiento. Esta nulidad, afectaría a todos los restantes elementos probatorios derivados de la misma.

Es ésta, la cuestión previa que hemos de tratar en la sentencia ya que su resolución requería no ya sólo el estudio de lo actuado en el curso de la instrucción sino el examen de prueba practicada en el juicio que pudiera influir al respecto.

Se solicita, pues, la declaración de nulidad de la resolución acordando unas intervenciones telefónicas.



Como se indica en la STS 196/2024, de 1 de marzo con cita de la STS 855/2022, de 28 de octubre, que invoca, a su vez, lo observado en la STS 455/2020, de 15 de septiembre

" El artículo 18.3 de la Constitución constituye uno de los pilares de nuestro sistema constitucional. El derecho al secreto de las comunicaciones se integra en la primera de las esferas de exclusión que cada ciudadano proclama frente a terceros y, lo que es más importante, frente a los poderes públicos. La posibilidad de que el caudal comunicativo surgido entre el investigado y las personas que con él contactan quede sometido a la escucha de un tercero -por más que se trate de un agente de la autoridad debidamente habilitado por autorización judicial-, convierte aquella diligencia en un verdadero instrumento de control de los poderes públicos frente a una de las más singulares manifestaciones de la privacidad. La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, ante la insuficiencia de la regulación contenida en el derogado artículo 579 de la LECrim , desarrolló una doctrina jurisprudencial que fue precisando los requisitos y presupuestos que debían seguirse en la restricción de este derecho fundamental y, en buena medida, esa doctrina ha sido incorporada a nuestra legislación en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre."

Pues bien, a través de esta reforma, las intervenciones telefónicas se regulan en los artículos 588 bis y ss LECr. Se indica en el mismo que durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. El propio precepto define cada uno de estos conceptos, todos los cuales se hallan interrelacionados a la hora de justificar la injerencia en el derecho fundamental concernido.

En palabras de la STS 84/14 de 15 de febrero, *" 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 ha de añadirse que la legitimidad de la medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos) cuanto de la necesidad y adecuación de la misma (razones y finalidad perseguida). Es, pues, claro que el instructor debe llevar a cabo un cuidadoso examen crítico de los presupuestos normalmente ofrecidos por la policía como justificadores de la necesidad 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"*.

Se añade en la citada sentencia y ello es perfectamente trasladable al caso que tratamos, en relación con los presupuestos legitimadores de la adopción de la medida 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 CP y concordantes; y si esos datos, además, permitían concebir sospechas razonables de la implicación en ella de los denunciados. 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 avalaban la adopción de la medida"*.

Y haciendo trasunto de la jurisprudencia constitucional al respecto, añade que *"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. Aquellos, 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"* y *"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(...). 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."*

En relación con la función de control judicial para la adopción de la medida, se indica en la aludida sentencia 84/14 de 15 de febrero 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 (...). 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 vacío, 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" Y "en caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de esa elemental exigencia legal, nada más fácil ni de más fácil realización por el instructor que la solicitud de una ampliación de los datos, cuando los ofrecidos fueran insuficientes. La mayoría de las veces, un defecto semejante podría resolverse mediante la realización de una simple comparecencia."

Finalmente se recuerda en la indicada sentencia que todo se ha de analizar " con una perspectiva ex ante, o sea, 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 extrajudicial 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 estas 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. 11,1LOPJ e, incluso, de una parte, si no todo, del art. 24CE ".

Descendiendo a la aplicación práctica de estos principios resulta muy indicativa la STS 52/20 de 17 de febrero:

"Se ilustra este discurso argumental con algunos ejemplos. La expresión "se ha comprobado que Cebollero se dedica al tráfico al menudeo de sustancias estupefacientes" es inapta para fundar una autorización judicial en tanto no se expone cómo ha llegado la policía a esa deducción que, puede estar basada en datos contundentes. Pero éstos no pueden sustraerse al Instructor. No implica esto que el Juez haya de desconfiar por sistema de la forma en que la policía ha llegado a esa valoración sobre la ilícita dedicación de Cebollero. Pero la deducción ha de hacerla también el Juez. Ante ese tipo de petición su respuesta no puede ser sin más rechazar la autorización. Mucho menos, otorgarla. Habrá de requerir a los agentes para que expliquen en qué basan esa afirmación. Si relatan que lo están siguiendo hace días, que hay algún confidente que le ha señalado como proveedor de esas sustancias, si en algunas vigilancias le han visto realizar disimuladamente entregas de "algo" recibiendo lo que parecía ser dinero y que además les consta que algunos de los que le contactaban por breves instantes eran consumidores de droga, el Juez habrá comprobado que la deducción tenía una base adecuada, podrá llegar a igual conclusión y, si entiende que la medida es "necesaria" in casu para esclarecer el hecho, habrá de dictar la resolución judicial autorizante que no puede ser la mera ratificación de una petición policial. Hay niveles de deducciones más distanciados de los datos objetivos, más elaborados. Siempre será necesario aportar esos datos neutros, autoevidentes, constatables, exteriorizables, que no necesitan de ulteriores comprobaciones, sobre los que efectuar la deducción que ha de ser además global y no fragmentaria. Muchos indicios analizados aisladamente pueden ser todos y cada uno manifiestamente insuficientes, pero entrelazados pueden conformar base sobrada para la medida.

Si el oficio policial expresa que se conocen las relaciones de Cayo con una determinada persona a la que se ocuparon en unas diligencias x kgr. de cocaína y que lo suponen implicado en la misma actividad por su alto nivel de vida y por no tener actividad laboral conocida, dar por buena la afirmación de esa ocupación de droga no supondrá hacer dejación de las propias responsabilidades. Pero el oficio sí debería añadir por qué se ha sabido de esas relaciones (es una valoración que se basa en otros datos: si los han seguido, los han visto juntos con frecuencia, se lo ha comunicado un confidente, son parientes, frecuentan los mismos lugares...); por qué deducen que tiene un alto nivel de vida (gastos que le han visto hacer, o pluralidad y calidad de vehículos, o lugares de ocio que frecuenta, características de la vivienda..); y por qué saben que no tiene otro trabajo (han preguntado al confidente, han indagado en la vecindad, comprueban que no asiste a ningún lugar de trabajo durante el día y que las actividades que desarrolla no guardan relación alguna con una ocupación laboral...).

Y ateniéndonos a algún caso tratado en sentencias del Tribunal Supremo, a título de ejemplo, puede citarse la STS 478/2020 de 28 de septiembre (se estimó legítima la medida), en la que tras observar cómo se entrevistaba el presunto traficante con conocidos consumidores se les intercepta y se les incauta estupefaciente, incautaciones anteriores al investigado, como ocho envoltorios de un gramo de cocaína cada uno, venta de joyas por la compañera de investigado, titularidad de varios vehículos sin contar con medios de vida conocidos. O en la STS 935/2022 de 1 de diciembre (se estimó legítima la medida) en la que se refiere que se tenía conocimiento por fuentes confidenciales (y así se expresa) de la supuesta venta de estupefacientes



a clientes en un establecimiento abierto al público por parte del gerente y trabajadores del mismo, *podieron apreciar la llegada de clientes que permanecían escaso tiempo, adquirían droga y abandonaban el lugar, siendo interceptados, ocupándoseles la droga, con indicación de fecha, hora e identidad de los compradores (a lo que claramente se atribuía del condición) y sustancias ocupadas que constituían más que meras sospechas de la comisión del delito investigado*". Por el contrario, en la STS 52/20 de 17 de febrero (se estimó ilegítima la medida) se afirmaba que " *deducir de ese conjunto de elementos de una forma mínimamente consistente una dedicación a la venta de drogas es un exceso. Son datos ambivalentes y equívocos. No confieren veracidad a las noticias confidenciales y anónimas que se supone que han de estar detrás de algunas de las afirmaciones no justificadas del oficio, como que el chalet era el almacén para guardar la droga (¿habría algún dato para deducir eso?); o que estaba organizando una trama para reanudar su actividad (¿en qué se basa esa aseveración? ¿confidencias?). El cuadro indiciario es muy pobre. Las deducciones que extrae el equipo investigador suponen un salto lógico, poco fundado, aunque posible. No son necesarias pruebas para la intervención, pero sí un bagaje indiciario más consistente. Se corre el riesgo en otro caso de banalizar una medida tan invasiva como es una intervención telefónica*"

Por otra parte, y situados desde una perspectiva distinta, no puede soslayarse lo que indica la STS 298/20 de 11 de junio (citada por el Ministerio Fiscal en su impugnación de la cuestión previa) en el sentido de que " *No hay por qué dudar sistemáticamente de los datos "objetivables" ofrecidos por la policía (el resultado de una vigilancia, la confidencia hecha por un informador...).* Eso es compatible con que tampoco haya que asumir acriticamente las deducciones policiales (...). *Es absurdo pensar que ha de comprobar todas y cada una de las afirmaciones que se le facilitan, como a veces vienen a exigir de manera tan impropia como infundada algunas defensas. Aquí se deslizan en la argumentación de los recurrentes algunas afirmaciones que discurren por esa senda. Si se informa que una persona tiene antecedentes policiales por un determinado delito, no es necesario que lo corrobore el juez con un certificado antes de la intervención; si se afirma que han realizado vigilancias y han observado determinada secuencia, tampoco hay que dudar de la veracidad de esos datos objetivos reclamando la declaración a su presencia de los agentes encargados de los seguimientos; si el oficio policial indica que han observado que varias personas se acercaban a otra breves momentos e intercambiaban algo, no es necesario antes de decidir sobre la autorización solicitada ni tomar declaración bajo juramento a los testigos, ni a los que contactaban, ni a los agentes. o, como en este caso, si narra actividades previas de importación.*" Y se añade en esta sentencia que " *Postergar las escuchas a la realización de todas las imaginables informaciones que podrían colateralmente coadyuvar al esclarecimiento de los hechos o robustecer los indicios carece de lógica. No es necesaria una a modo de "mini-instrucción" previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia. En absoluto*"

Sobre estos extremos abunda la STS 49/21 de 22 de enero, 49/21 de 22 de enero, en la que se recuerda que " *como señala la STS 203/2015, de 23 de marzo, con cita de la STS 339/2013, de 20 de marzo, "(...) la veracidad y solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial. El indicio razonable no deja de ser tal por el solo hecho de no haberse constatado mediante una actuación judicial redundante y casi burocrática. No hay razones para desconfiar por sistema de esos datos policiales (...)*"

Por ejemplo, si se señalan como indicios las vigilancias policiales, dichas vigilancias no han de tener plasmación escrita necesariamente, ni tienen que ir acompañadas inexcusablemente de fotografías para que la información derivada de ellas se considere fidedigna. También hemos señalado que para dar cuenta de otras investigaciones judiciales no es preciso que el Instructor reclame su testimonio y lo una al procedimiento. E igualmente que "Sería el caso de una escucha basada en una testifical que aparece como creíble, en cuyo caso la intervención telefónica será válida y legítima por más que finalmente se acredite que el testigo no decía la verdad. La comprobación ex post no invalida retroactivamente las escuchas. Ni el éxito de la investigación convalida las escuchas acordadas sobre una base insuficiente por frágil; ni la evaporación o disolución del valor incriminatorio de los indicios anula la intervención telefónica que ex ante debía considerarse fundada.

Para valorar la suficiencia de esta clase de indicio no es necesario que la manifestación del testigo se documente en una declaración formal. Basta que se identifique la fuente, lo que permite al Juez, si lo estima procedente, comprobar la veracidad de la información."

Pero también se advierte en la STS 478/2020 de 28 de septiembre que " *la aportación, como ciertos, de datos falsos, imaginados o no mínimamente contrastados debilita hasta hacerla desaparecer la consistencia de los indicios consignados en la solicitud*"

Por tanto, se ha de evitar el exceso tanto en un sentido como en el otro. Es palabras de la STS 302/2024 de 10 de abril, " *El carácter prospectivo del oficio policial en el sentido de que lo que se pretende es que con poca base de investigación previa se pida la ayuda del juez para "comprobar" si, en efecto, el delito se está cometiendo daría lugar a la nulidad de las pruebas por ilicitud ante la insuficiencia del oficio y el corolario auto habilitante*". Pero también afirma que " *No puede exigirse que el oficio reúna "auténtica prueba de cargo". Es evidente que si, por*



un lado, no se admiten investigaciones prospectivas con el auto habilitante, tampoco en estos casos se pueda exigir una "seguridad" de la actividad delictiva, ya que ello haría innecesaria la medida de intervención telefónica. La prueba de cargo no forma parte del oficio policial, sino tan solo indicios derivados de una investigación fijada y desglosada en el oficio policial".

Se impone, pues, una labor de ponderación a fin de determinar, en definitiva, si la medida estaba justificada en el caso concreto. Evidentemente, aludir a que se investiga un delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud (con penas que oscilan de tres a seis años de prisión en su tipo básico) y ello en el seno de una organización criminal con alto grado de especialización que incluye el empleo de "mulas" entrega a "camellos" para la distribución de la sustancia y que el lugar de distribución podría ser un domicilio (con lo que ello supone en cuanto a la impermeabilidad que ofrece para descubrir lo que sucede en su interior) identificando la persona del presunto traficante o cabecilla, puede permitir dar por cumplidos, ipso facto, los requisitos de especialidad, idoneidad y excepcionalidad. Ahora bien, las posibles consideraciones apriorísticas concluyen cuando se ha de tratar las exigencias de necesidad y proporcionalidad, presupuestos que obligan sin remisión a descender a la realidad fáctica sobre la que se funda la petición.

Es ello lo que cabe hacer a continuación. El auto inicial de intervención telefónica es de fecha 1 de julio de 2020 (folios 38 a 47). Cabe analizar, pues, determinar en primer lugar la información que se suministró al instructor, qué es lo que tuvo a su vista y se reflejó en las actuaciones para resolver sobre la solicitud.

Abordaremos, pues, la cuestión consignando, en primer lugar, de modo aséptico, lo expresado por el Ministerio Fiscal en su denuncia y por los agentes en el oficio y solicitud de los que derivaba aquella. En segundo lugar, valoraremos críticamente tales indicios a fin de determinar si la solicitud y posterior autorización se ajustaba a las exigencias constitucionales y legales.

1) Información aportada al juez de Instrucción

El procedimiento se inició en virtud de denuncia interpuesta antes los Juzgados de Instrucción por la Fiscalía Provincial de Madrid (folios 7 a 37 de la causa). La exposición de hechos de la denuncia narra que en el mes de abril de 2020, por parte del Grupo III de Policía Judicial de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía del Distrito Centro de Madrid, se inició una investigación encaminada a detectar puntos de venta de sustancia estupefaciente, al recibir informaciones de ciudadanos que habían observado individuos consumiendo dentro y fuera de los portales del DIRECCION002 (zonas DIRECCION003 y DIRECCION004) en distintas franjas horarias, así como ante el incremento de actas de aprehensión de sustancias estupefacientes (en concreto, metanfetamina) en el Distrito Centro. Fruto de los de los dispositivos de vigilancia establecidos al efecto se pudo observar gran trasiego de personas que acudían a la DIRECCION000 de Madrid y que, tras llamar al interfono del piso DIRECCION001, entraban, permanecían varios minutos en el interior del inmueble y salían nuevamente.

Esta exposición de hechos se basaba en lo expuesto en el oficio NUM021 dirigido a la Fiscalía (Sección Antidroga) por parte del Grupo III, de Delincuencia Urbana y Tráfico de Sustancias Estupefacientes, de la Comisaría del Distrito Centro de Madrid. En este oficio se describían (folios 12 a 35) las actuaciones llevadas a cabo y que determinarían la denuncia

Se explicaba que por parte de este Grupo III se había iniciado una investigación sobre un grupo criminal que se estaría dedicando a la distribución de sustancias estupefacientes, principalmente metanfetamina, dentro del Distrito Centro de Madrid, sustancias que previamente estaría recibiendo de distintos distribuidores ubicados en esta provincia, exponiendo los resultados obtenidos en las actuaciones realizadas, adelantándose que se solicitarían medidas de investigación tecnológica "por el grado de profesionalidad y especialización de las personas investigadas".

Se enuncian los siguientes hechos:

1º) Tras recibir información de contactos ciudadanos indicando que en diferentes franjas horarias se observaba a distintos individuos consumir sustancias estupefacientes dentro y fuera de portales del DIRECCION002, concretamente en las zonas de ocio de DIRECCION003 y DIRECCION004, así como ante el significativo incremento en los meses precedentes de actas de aprehensión de sustancias estupefacientes, especialmente metanfetamina, en virtud de la L.O. 4/2015, el 20 de abril de 2020, se estableció dispositivo de vigilancia en este área con el fin de detectar puntos negros de venta de droga.

A raíz de este dispositivo, en fecha 22 de abril de 2020, se detecta en el portal situado en el nº DIRECCION000 de Madrid una cantidad inusual de entradas y salidas de personas de distinta índole, personas a las que se observaba entrar en el portal tras llamar al interfono y, tras varios minutos en el interior, salir del edificio, lo que da indicios a los investigadores de que en el interior del inmueble pudiese estar produciéndose la venta de sustancias estupefacientes por lo que se determina centrar el dispositivo de vigilancia en el mismo.



Dentro de este dispositivo, el 27 de abril de 2020 a las 19:47 horas se observa llegar al portal del inmueble a un individuo de aspecto sudamericano, moreno, con gorro y chaqueta negra, gafas, mascarilla y guantes. Este individuo llama al DIRECCION001 en el telefonillo, no sin antes mirar a ambos lados de la calle en actitud vigilante, para a continuación, una vez le es abierta la puerta del portal, entrar en el edificio. Pasados varios minutos, siendo las 20:04 horas, se observa a este mismo individuo salir del inmueble mirando un teléfono móvil, vuelve a mirar a ambos lados de la calle y se dirige hacia la Corredera Alta de San Pablo, lugar donde se halla esperando un vehículo de la empresa UBER, un Hyundai Ionic de color gris matrícula NUM000, iniciándose por los actuantes seguimiento discreto sobre este individuo, sin perderle de vista en ningún momento. El individuo se sube en la parte trasera del vehículo e inicia la marcha emprendiendo el camino natural hasta llegar a la DIRECCION005 donde el vehículo estaciona a la altura del número NUM001. Se observa al objetivo del seguimiento apearse del vehículo y dirigirse al portal número NUM001 de la DIRECCION005, donde un individuo moreno, con pelo corto y barba, que viste pantalón corto de deporte y camiseta, se halla sujetando la puerta. Ambos individuos entablan una breve conversación y el segundo individuo le da un billete de 50 euros al primero, el cual se dirige hacia el Uber, momento en el que los funcionarios de este grupo deciden dar el Alto a todos ellos, resultando ser Secundino (el denominado "objetivo"), Rosendo y el conductor del Uber Severino.

Efectuado cacheo superficial sobre Secundino se encuentra entre sus pertenencias una bolsa transparente conteniendo en su interior sustancia cristalina transparente, al parecer metanfetamina, la cual, una vez en comisaría, sometida a los reactivos colorimétricos correspondientes arroja un resultado positivo a esta sustancia. Por dicho motivo se le levantó acta de aprehensión, Por su parte, Rosendo manifiesta que está en su casa con un amigo al cual ha conocido a través de la aplicación "Grinder" y que había quedado a través de aplicaciones de mensajería instantánea con Secundino en el portal de su domicilio para pagarle el Uber y que le entregase "algo", no queriendo especificar de qué se trata. El conductor del Uber, Severino, indicó que había recibido el servicio a través de la aplicación de esta compañía, encargado por Rosendo, indicando que el itinerario comenzaba y finalizaba en la corredera alta de San Pablo.

Estos hechos hacían concluir a los agentes investigadores que en el piso DIRECCION001 de la DIRECCION000 de Madrid se podría estar llevando a cabo un delito de tráfico de sustancias estupefacientes con un "modus operandi"; consistente en que el piso referido se hallaría un narcotraficante, el cual estaría distribuyendo sustancia estupefaciente empleando para ello a terceras personas como "mulas" en este caso, Secundino, con el fin de dificultar que se le relacionase con este ilícito. Los consumidores contactarían con las "mulas" o con el propio distribuidor para la compra de sustancias estupefacientes, la "mula" iría al domicilio desde el que se distribuyen las sustancias estupefacientes a por la metanfetamina y, una vez en el lugar de distribución y para no dejar rastro en la plataforma UBER de esta actividad, el comprador contactaría con un UBER para realizar el traslado de la "mula". Una vez el intercambio se hubiese realizado en el portal del consumidor, la "mula" debería volver en el mismo vehículo al domicilio del distribuidor para entregarle el dinero recibido por la sustancia estupefaciente, forma de proceder que habría proliferado a raíz del confinamiento decretado por el COVID-19.

Se añade por los agentes que, pese a los indicios de actividad criminal, se determina que no se lleve a cabo en ese momento la detención de Secundino con el fin de poder continuar con las investigaciones tendentes al total esclarecimiento de los hechos.

Ante los hechos arriba señalados se realizan gestiones tendentes a averiguar la identidad del morador de la vivienda sita en el piso DIRECCION001 de la DIRECCION000 de Madrid, por su implicación en los hechos como probable distribuidor de la sustancia estupefaciente. Consultadas bases de datos del padrón municipal y del Registro de la Propiedad, el morador de la vivienda resulta ser Ramón. Lo que se confirmaría al observarse a Ramón asomándose a la ventana del domicilio en vigilancia realizada el 4 de mayo y al verle salir del domicilio investigado en compañía de otro individuo en vigilancia realizada fecha 20 de mayo de 2020. Ramón, a juicio de los investigadores, sería la persona que mediante el empleo de "mulas" estaría distribuyendo sustancia estupefaciente, concretamente metanfetamina, a los distintos consumidores. Una de ellas sería Secundino, identificado en el indicio 1) ya referido y otra David.

2º) El 29 de abril de 2020 por los funcionarios con carnés profesionales NUM002 y NUM003, se observa salir del domicilio de Ramón, siendo las 18:48 horas, a un individuo moreno y delgado que viste pantalones vaquero azules, rotos a la altura de las rodillas, camiseta blanca y chaqueta oscura, siete minutos después entra al domicilio llamando por el interfono con una bolsa blanca en la mano, volviendo a salir del mismo siendo las 18:48 horas. Los funcionarios actuantes reconocen a este individuo sin ningún género de dudas como David, ya que esta persona fue detenido por funcionarios de esta Comisaría por un delito contra la salud pública (atestado NUM004) en la calle San Bernardo, próxima al domicilio de Ramón, en la mañana del 26 de abril de 2020 mientras portaba consigo dos bolsas de plástico con autocierre con sustancia cristalina de



color transparente, al parecer metanfetamina. En el momento de la detención, David manifestó a los agentes actuantes que se trataba de dos o tres gramos de esta sustancia. Se volvería a ver a David accediendo al piso de Ramón, en actitudes similares a la descrita en las vigilancias realizadas los días 2, 3 y 4 de mayo de 2020. El 5 de mayo de 2020, llevada a cabo el funcionario con carné profesional NUM005, se observa a David llegar al portal de la DIRECCION000 portando consigo una maleta tipo troller, una chaqueta al brazo y una bolsa rosa. Llama al piso DIRECCION001 y entra al inmueble. En días sucesivos al 5 de mayo, se observa en diversas vigilancias a David saliendo y entrando del inmueble en el que se halla el piso de Ramón, llamando en varias ocasiones al telefonillo del piso, lo que lleva a pensar a los investigadores que, tras su detención, se habría mudado al domicilio investigado llevando al mismo sus pertenencias. Estos indicios inducen a los investigadores a pensar que Ramón habría acogido en su casa a David tras su detención como pago por sus servicios como "mula", y que continuaría empleándolo con esta finalidad.

Se añade que el mismo día en que se ve a David llegar al piso de Ramón con sus pertenencias, transcurridos escasos minutos se le ve salir del inmueble junto a Secundino con unas bolsas de basura, perdiéndose a ambos de vista en las inmediaciones del domicilio, por lo que ambos se conocerían entre sí.

Varias vigilancias aportarían nuevos indicios de que David estaría siendo empleado por Ramón como "mula": Serían las siguientes:

6 de mayo de 2020: a las 16:45 horas se ve salir a David y volver a las 17:55 horas. Lo más relevante para la investigación de la vigilancia realizada este día es que, a las 19:20 horas, se ve acceder a una mujer de origen asiático al inmueble tras pulsar el telefonillo del piso investigado, entra y permanece en el interior del edificio alrededor de cinco minutos. Sale del inmueble y se dirige por la Corredera Alta de San Pablo a un portal sito en la DIRECCION006, el cual pudiera ser un prostíbulo (REINO DE SIAM). Poco después, a las 19:40 horas, sale de nuevo David y se dirige por la DIRECCION006 al piso donde se introdujo la mujer asiática, en el número NUM006. Tras llamar al telefonillo le lanzan las llaves por la ventana y accede al interior, permanecer en el inmueble alrededor de diez minutos y vuelve al domicilio investigado. Se habría detectado que esta conducta es habitual en el envío de sustancias estupefacientes en los cuales, tras recibir el encargo, el distribuidor envía una "mula" para suministrar la droga al destinatario y que recepcione el dinero por la compra de la misma.

7 8 de mayo de 2020: siendo las 20:15 horas sale David del portal mirando a ambos lados de la acera en actitud vigilante, tras ello se dirige hacia la plaza Barceló tomando diversas medidas de seguridad, cambiando de ritmo, mirando alrededor constantemente y deteniéndose para a continuación reanudar la marcha. Una vez en la plaza contacta con una mujer rubia de pelo corto y camiseta rosa, dirigiéndose ambos a un lugar discreto de la plaza no pudiendo ser seguidos debido a las medidas de seguridad tomadas por ambos. Actitud que de nuevo podría estar enmascarando una venta de sustancias estupefacientes en la que de nuevo David actuaría de "mula" ya que tras este acto el investigado vuelve al domicilio de Ramón.

9 19 de mayo de 2020: se observa a David salir del domicilio investigado, siendo las 18:50 horas y subirse a un Uber que le esperaba en las inmediaciones, vehículo Audi A6 con matrícula NUM007 y dirigirse a la DIRECCION007, donde, tras llamar al telefonillo, entra al inmueble permaneciendo unos 20 minutos en su interior, tiempo que el vehículo permanece esperándole, tras lo cual sale del inmueble, vuelve a montar en el Uber y se dirigen a la DIRECCION008. Una vez ahí habla con alguien que está asomado al balcón, el cual le lanza un objeto que no es identificado y accede David al inmueble tras despedirse del conductor del Uber. Conducta, que al igual que sucediera con Secundino pudiese estar enmascarando una venta de sustancias estupefacientes empleando el Uber como medio de transporte.

22 de mayo de 2019: siendo las 20:46 horas, se observa a la mujer de aspecto asiático la cual, como se ha indicado anteriormente fue objeto de vigilancia el día 6 de mayo, entrar al domicilio investigado tras llamar al telefonillo, saliendo a las 21:57 horas y subiendo a un Uber que le esperaba en las inmediaciones del domicilio, emprendiendo la marcha hasta la DIRECCION009, donde entra con llaves. El Uber que emplea para este recorrido es un Audi A6 matrícula NUM007, mismo vehículo que empleó David el día 19 de mayo para realizar un recorrido similar (se dice que se investigará al Uber pero luego no se indica ninguna conclusión al respecto).

3) se observa en el domicilio el tránsito de un gran número de personas, la mayoría de las cuales entran al domicilio, permanecen escasos minutos en su interior y lo abandonan a continuación, conducta que se ha observado con frecuencia en pisos en los que se distribuyen sustancias estupefacientes, en los que el "camello" que vende directamente al consumidor, o el propio consumidor, acuden a comprar estas sustancias, realizan la transacción en el interior del inmueble y una vez producido el intercambio, el comprador abandona inmediatamente el domicilio. Se reseñan como hechos que justifican esta conclusión las siguientes vigilancias:

11 de mayo de 2020: en la misma se ve entrar y salir del inmueble hasta a siete personas, reconociéndose por los funcionarios actuantes sin ningún género de dudas a una de ellas, Jeronimo (con antecedentes policiales por delitos contra la salud pública). Se le ve acceder al domicilio del investigado, saliendo a los pocos minutos y tomar un taxi, matrícula NUM008, en la calle Barceló, emprendiendo la marcha en su sentido natural hasta



llegar a la plaza de Tirso de Molina, donde se apea y continua a pie hasta acceder finalmente al que se cree que es su domicilio, situado en la DIRECCION010 de Madrid.

12 de mayo de 2020: se vuelve a observar entrar en el domicilio tras llamar al telefonillo a Jeronimo , siendo las 15:30 horas, llegando en un taxi matrícula NUM009 y con un paquete en la mano. A las 16:55 horas sale de la vivienda y se dirige a un centro de estética en la calle Pelayo número 6, debiéndose abandonar el seguimiento ante las constantes medidas de seguridad adoptadas

13 de mayo de 2020: Jeronimo llega al domicilio investigado, siendo las 13:15 horas. En esta ocasión en compañía de una mujer con el pelo teñido de rojo, camiseta negra y pantalones vaqueros, que es reconocida sin ningún género de dudas como Marí Juana . Ambos salen juntos de la vivienda a las 13:45 horas y se separan. A continuación. Marí Juana se dirige a la DIRECCION011 , entrando al número NUM010 tras llamar al interfono y que le arrojasen las llaves de la vivienda desde una ventana, al parecer a la altura del piso DIRECCION012 . Dicha vivienda es conocida por ser un posible punto de venta de sustancias estupefacientes, tal y como figura en el atestado policial NUM011 de la Comisaría de Distrito de Centro de Madrid, referido a que en fecha 23 de abril de 2020 se produjo en el portal del inmueble la detención del morador de la vivienda situada en el piso DIRECCION013 de la misma, Simón . También fue detenido por el mismo delito en el mismo domicilio en fecha 29 de marzo de 2020, instruyéndose el atestado NUM012 de esta comisaría. En esta ocasión se le intervino GHB, mefedrona y éxtasis y tal y como figura en el atestado, se toma declaración a Marí Juana , la cual manifiesta vivir en la vivienda arriba señalada junto con el detenido, además declara que es consumidora de tina (metanfetamina) y que esta sustancia se la provee una tercera persona a la cual conoce a través de un amigo y que le llama en el momento, desconociendo su nombre y número de teléfono.

De todo ello concluye la unidad actuante que hay indicios para inferir que Marí Juana podría estar obteniendo esta metanfetamina de Ramón contactando con él a través de Jeronimo .

28 de mayo de 2020: siendo las 22:30 horas se observa llegar al domicilio investigado a un varón delgado, vistiendo camisa blanca y pantalones vaqueros de color azul claro, llama al interfono se identifica como " Jose Miguel " (Inocencio) y entra al inmueble, saliendo de la vivienda transcurridos escasos minutos. Se inicia seguimiento discreto sobre este individuo, sin ser perdido de vista en ningún momento y sin observarse que interactúe con ninguna otra persona, observándose que se desplaza por la calle Fuencarral a pie en dirección a la Gran Vía. Al llegar a la calle Augusto Figueroa se observa que se junta con otros dos individuos, mira a ambos lados de la acera y saca un paquete de tabaco. Ante la sospecha de que pueda entregarles sustancias estupefacientes, el varón es interceptado por los policías actuantes los cuales, tras identificarse como tales mostrando su carné profesional en unión a su placa emblema, le preguntan acerca de la posibilidad de que porte consigo algún tipo de sustancia estupefaciente, manifestando el mismo que sí y haciendo entrega de una bolsa de plástico pequeña con autocierre la cual contiene una sustancia cristalina de color blanco, al parecer mefedrona (como luego se evidenció al ser sometida a reactivo), la cual se hallaba en el interior del paquete de tabaco

A Inocencio le consta una detención del día 23 de febrero de 2019 por un delito contra la salud pública, por el mismo se instruyó el atestado NUM013 de la comisaría de distrito de Ciudad Lineal (Madrid). En la misma se le intervino lo que parecía ser mefedrona, ketamina, GHB, hachís, marihuana y popper.

Se indica que, pese a los indicios de actividad criminal, se determina que no se lleve a cabo en ese momento la detención. Respecto de esta persona concluyen los investigadores que no se trataría de un "camello" que se abastecería de sustancias estupefacientes en el domicilio del investigado para a continuación citarse con los consumidores para llevar a cabo la venta de las mismas.

Todas estas intervenciones fueron ratificadas en el acto del juicio por los agentes que, declarantes en el acto del juicio y no renunciados, las realizaron.

2. Valoración del material aportado al juez de instrucción

Cohonestando los indicios expuestos en el atestado inicial para justificar la solicitud de intervención de los teléfonos presuntamente utilizados por Ramón con las exigencias legales y constitucionales para legitimar la misma, resulta que no se cumplían, a nuestro juicio, las exigencias mínimas que habilitan para acordar la intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones.

La resolución accediendo a la solicitud policial (auto obrante en folios 38 a 47 y en particular, segundo párrafo del fundamento jurídico segundo), fue asumida sin más por el juez de instrucción en el sentido que no entró a ponderar la suficiencia de los datos, lo que hace que, de facto, la ponderación reflejada en la decisión judicial, por remisión (jurisprudencialmente admitida de modo reiterado), fuera la efectuada por los agentes en su solicitud.



La solicitud expresaba, de un lado, lo que no dejaban de ser valoraciones subjetivas expuestas a modo de conclusiones provisionales de los investigadores, en cuanto a la actividad delictiva presuntamente desarrollada por el investigado y el modo de realizarla. Ello es necesario en cualquier solicitud y ningún reproche cabe hacer al respecto, pues no puede restringirse la solicitud policial a poner de manifiesto una serie de datos si no se efectúa su interconexión por medio de conclusiones investigadoras. Lo que sería censurable y abocaría a la denegación sin más de la solicitud es limitarse a exponer tales consideraciones de carácter subjetivo sin aportación de elementos de carácter objetivo que las sustentaran. En el presente caso, estos elementos de carácter objetivo se aportan. La cuestión estriba en determinar si las inferencias de los agentes que fundaban la sospecha (asumidas por el juez de instrucción en el auto habilitante) estaban justificadas con base en los datos objetivos puestos de manifiesto en el atestado.

El hecho esencial que lleva los investigadores a solicitar la intervención de los teléfonos a que se refiere el oficio es que, con base en el domicilio de la DIRECCION000 n° DIRECCION001 DIRECCION000, Ramón sería la persona que estaría distribuyendo sustancia estupefaciente, concretamente metanfetamina, a los distintos consumidores a través de dos vías. La primera sería mediante el empleo de "mulas". Una de ellas sería Secundino (también acusado) y otra David (desaparecido desde el inicio de la instrucción, según los agentes). La segunda vía consistiría en la venta directa a los denominados

"camellos". En este grupo se situarían Jeronimo y Herminio.

Siguiendo el esquema trazado por los investigadores, cabe analizar los datos objetivos en los que se funda tal conclusión y si los mismos eran suficientes para llegar a la misma.

Atribuir el calificativo de "mula" (aquel que transporta y entrega la sustancia por cuenta del narcotraficante principal) supone que existe una vinculación en algún modo entre el traficante y quien ejecuta materialmente la distribución al consumidor, esto es, una relación de dependencia funcional y distribución de tareas.

Respecto de Secundino y ateniéndonos a lo que se expone en la solicitud de intervenciones telefónicas, esta conclusión deriva de que, en el momento en que se le interviene la metanfetamina que portaba, había llegado al lugar procedente del edificio de la DIRECCION000. Los agentes se basaron para concluir que portar la sustancia se trataba de un acto potencial de tráfico de sustancia estupefaciente, en los hechos de entablar conversación con quien supuestamente esperaban el portal y que el Uber había sido solicitada por dicha persona con viaje de ida y vuelta.

Sobre la base de estos hechos cabe hacer varias consideraciones. En primer lugar, que ninguna averiguación que conste en autos se hizo en aquel momento inicial sobre quién era Secundino, en el sentido de lugar donde residía, medios de vida, eventual relación con el propietario del inmueble y presunto traficante principal u otros datos de interés relativos al mismo. En segundo lugar, que ningún dato se aportaba que indicara que en el momento en que Secundino accede al domicilio, su presunto morador se hallaba en el mismo, pues la primera vez que se le avista es en la vigilancia del 4 de mayo, como se refiere en el propio atestado. En tercer lugar, que según la secuencia de hechos que se describe, Secundino conversa unos instantes con el supuesto destinatario y si bien éste le entrega cincuenta euros, el destino era el conductor del Uber. Dado que ya en ese momento se precipita la intervención policial, no puede catalogarse un lo sucedido hasta ese momento como un acto de tráfico.

Por tanto, y basándose en todas estas circunstancias descritas, los agentes actuantes presuponen que ese día Ramón o tercera persona actuando por cuenta del mismo (extremo éste que no se contempla, desde luego, en el oficio) se encontraban el domicilio, que Secundino acudió al mismo para recibir la sustancia, que allí se le entregó y que luego actuando por cuenta del morador del inmueble fue a realizar la entrega de la sustancia a un tercero, lo que finalmente no se produjo por la intervención policial.

Por otra parte, la sospecha policial de que se trataba de un acto de tráfico parecía deberse a que Rosendo le manifestó al instructor que un chico con el que estaba en su casa había pedido "algo". En cuanto que se trataba de información procedente de este testigo, se pudo contrastar en el acto del juicio a través de su declaración, que al margen de describir cierta falta de recuerdo de aquella época, negó el día 27 de abril hubiera encargado sustancia a fin de adquirirla. Ello no desdice per se la afirmación de los agentes en la solicitud, pero tampoco la corrobora.

Aunque los agentes pudieran entender que se podía estar en presencia de un intento del acto de tráfico, la inferencia, a lo sumo, podría conducir a una sospecha, no ya del intento en sí de transmitir la sustancia por parte de Secundino, sino de la implicación en los hechos de la persona sobre cuyos terminales telefónicos se solicita la intervención, pero con estos datos no puede sino calificarse de una sospecha débil de que pudiera tratarse Secundino de una "mula" que actuaba por cuenta de Ramón, pues sólo se describía un solo acto y aun muy dudoso, de supuesto tráfico.



En el atestado, a continuación, se exponen los indicios que hacen entender a los agentes que la persona a investigar contaba con una segunda "mula", que sería David .

Sobre el mismo, en primer lugar, se mencionan una serie de entradas y salidas al domicilio de Ramón entre el 29 de abril y el 4 de mayo. El 29 de abril saldría del domicilio y volvería a los siete minutos con una bolsa blanca (que había de ser de cierto tamaño, pues de lo contrario no podría observarse desde cierta distancia; es decir, no se trataba de una bolsita de las que contienen dosis de estupefaciente, pues además, no se expresa así). El día 5 de mayo se le ve llegar con una maleta y una bolsa rosa y en días sucesivos entrar y salir, lo que indica a los agentes que residía en el inmueble a partir de ese momento, Evidentemente, ninguno de estos hechos ofrece apariencia mínimamente racional de una colaboración por parte del analizado con la supuesta dedicación al tráfico de Ramón .

Lo que conduce a los agentes a estimar que podría tratarse de una mula y así se consigna literalmente en el atestado, es que días antes, el 26 de abril, David había sido detenido en la calle San Bernardo portando dos bolsas de plástico con autocierre conteniendo sustancia cristalina de color transparente, al parecer metanfetamina, manifestando el mismo a los agentes que se trataba de dos o tres gramos. Nada se añade sobre si se incoó causa contra el mismo, sin que tampoco se manifieste que explicara David el origen de la sustancia; no ya que se la hubiera entregado Ramón , o que procediera al domicilio de la DIRECCION000 , sino ni siquiera, de algún proveedor de la zona. Con este solo dato de la aprehensión se concluye por los agentes que, puesto que a los pocos días se traslada a vivir al domicilio de Ramón , ello obedece a que se trataba de una "mula" que actuaría por su cuenta y que le habría acogido en su casa tras su detención como pago por sus servicios. Esta conclusión, con los datos objetivos expuestos en el atestado y aquí referidos, a salvo que hubiera otra información que desde luego no se refleja y por tanto no se podría someter a control judicial, la estimamos cuanto menos aventurada.

Al margen de esa causa determinante del traslado de David al domicilio de Ramón (que se viene a convertir en fundamento de atribución del carácter de mula) se exponen respecto del mismo otros hechos observados en las vigilancias de los días 6, 7, 19 y 22 de mayo.

Recordemos que consistían en que el 6 de mayo David acude a un inmueble sito en la DIRECCION006 , le lanzan unas llaves, sube y a los diez minutos baja. El 7 de mayo se dirige a la plaza Barceló y contacta con una mujer, dirigiéndose ambos a un lugar discreto de la plaza y volviendo luego David a la DIRECCION000 . El 19 de mayo se dirige en Uber a la DIRECCION007 , donde, tras llamar al telefonillo, entra al inmueble permaneciendo unos veinte minutos en su interior, tiempo que el vehículo permanece esperándole, tras lo cual sale del inmueble, vuelve a montar en el Uber y se dirigen a la DIRECCION008 . Una vez ahí habla con alguien que está asomado al balcón, el cual le lanza un objeto que no es identificado y accede David al inmueble, marchándose el Uber.

De estas tres vigilancias cuyo contenido se ha descrito, cabe destacar que en ninguna de ellas se realizó intervención alguna de sustancia estupefaciente a David ni a las personas que se mencionan en la misma (la mujer de aspecto asiático y la mujer rubia). Tampoco se observa en el hecho de la plaza Barceló, algún tipo de intercambio. Por tanto, la conclusión de que los tres supuestos podrían constituir una venta de sustancia no se trata más que de una hipótesis de los investigadores ayuna de cualquier tipo de corroboración indiciaria objetiva mínimamente consistente.

Valorando todos estos datos objetivos que se aportaban en el oficio policial en relación con David , estimamos que la atribución al mismo del calificativo de mula que actuaba por cuenta de Ramón se trataba de una hipótesis policial más que de una sospecha consistente.

Como decíamos, la actividad de tráfico imputada a Ramón se estimaba por los investigadores que se llevaba a cabo no sólo a través de las dos "mulas" que se indicaba, sino también mediante la venta directa a camellos o pequeños traficantes e incluso consumidores. Esta conclusión se basaba en algunas vigilancias que se pasan a reseñar, en las que aparecen implicados Jeronimo , Marí Juana y Herminio .

Se expone que Jeronimo (con antecedentes policiales por delitos contra la salud pública, se indica) el 11 de mayo accede al domicilio del investigado, saliendo a los pocos minutos y tomar un taxi que le deja en su casa. El 12 de mayo se le ve llegar y entrar con paquete en la mano, permanecer algo más de una hora y salir posteriormente dirigiéndose a un centro de estética. El 13 de mayo llega acompañado de Marí Juana , con la cual sale a la media hora del domicilio, separándose, yendo Marí Juana al inmueble sito en la DIRECCION011 nº NUM010 , desde el que el arrojan el unas llaves para que entre, Este domicilio había sido identificado en actuaciones anteriores como punto de venta de estupefaciente y él residía Marí Juana junto a su morador (que era la persona investigada en tales actuaciones, Simón). En el procedimiento incoado la misma manifestó al prestar declaración ser consumidora de matanfetamina y que la proveía un tercero que conocía a través de



un amigo y que le llama en el momento (parece ser, a presencia policial), desconociendo su nombre y número de teléfono.

De todo ello concluye la unidad actuante que hay indicios para inferir que Marí Juana podría estar obteniendo esta metanfetamina de Ramón contactando con él a través de Jeronimo .

Sobre estos indicios cabe indicar, nuevamente, que en ninguno de los días reseñados se realiza a intervención alguna con los implicados y por lo tanto, no se aprehende sustancia alguna. El día 11 de mayo Jeronimo tras acudir a la DIRECCION000 , permanece sobre una hora, lo que no se corresponde con las conductas habituales de quien acude a adquirir estupefaciente, según las propias indicaciones policiales en el mismo atestado, marchando luego un centro de estética y cuando acude con Tarsila igualmente se separa de ella al salir del domicilio. Estos tres actos no revelan a nuestro juicio indicio alguno ni aun sospecha de participación en conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes. A lo sumo se trataría de una intuición policial. Y en relación con Tarsila , la misma vuelve desde el domicilio de Ramón a aquel en el que parece que residía. No se la intercepta, con lo cual no puede determinarse si había adquirido algún tipo de sustancia. Y cuando se refiere su declaración en relación con la detención de Simón (que nada tiene que ver con esta causa) y la afirmación que la surtía de matanfetamina una tercera persona, no identifica como tal a Ramón ni aun el domicilio de la DIRECCION000 como lugar de adquisición. Y extraña que si, según se narra en el atestado, recibe una llamada de su vendedor en ese momento de la declaración policial, no se indagara en su día nada al respecto, presenciando los agentes que tomaran la declaración la llamada y pudiendo identificar el teléfono desde el que se recibió la llamada.

Respecto de Inocencio (al que constaba una

detención por delito contra la salud pública), se indica en el oficio que el 28 de mayo de 2020 entra en el domicilio y sale a los pocos minutos. Al llegar a la calle Augusto Figueroa, se observa que se junta con otros dos individuos, mira a ambos lados de la acera y saca un paquete de tabaco. Presumiendo los agentes que podía tratarse de los prolegómenos de un acto de tráfico, intervienen, identificándose como agentes de policía. Le preguntan si porta sustancia, a lo que manifiesta que sí, haciendo entrega de una bolsa de plástico pequeña con autocierre la cual contiene una sustancia cristalina de color blanco, al parecer mefedrona, que se hallaba en el interior del paquete de tabaco. Los agentes concluyeron que se trataría de un "camello" que se abastecería de sustancias estupefacientes en el domicilio del investigado para a continuación citarse con los consumidores para lleva a cabo la venta de las mismas. En el acto del juicio los agentes NUM014 y NUM015 indicaron que Inocencio no les manifestó dónde había comprado las sustancias.

En relación con esta intervención, nuevamente advertimos falta de algún dato objetivo que pudiera indicar que la sustancia se había adquirido en el domicilio de Ramón . En primer lugar porque no lo manifestó así el portador de la sustancia a preguntas de los agentes. En segundo lugar porque, obviamente, se desconocía de dónde procedía al llegar a la DIRECCION000 . Igualmente, existe duda, objetiva, de si lo que iba a realizar era un acto de venta, como sostienen los agentes, pues al precipitarse intervención, evitaron el mismo se produjera, si así fuera a tener lugar. En todo caso esto último es irrelevante, pues lo que interesa a efectos de la causa era si la sustancia procedía del domicilio de Ramón .

Hasta aquí hemos analizado, individualmente considerados, cada uno de los datos objetivos puestos de manifiesto en el atestado en relación con las conclusiones que de cada uno de ellos exponía el grupo policial actuante en la solicitud de intervenciones telefónicas. Cabe ahora hacer una consideración general de la unión de todos ellos para determinar si, aunque aisladamente y como hemos argumentado no eran aptos, a nuestro juicio, para que existiera una sospecha fundada que justificara la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo pudieran ser vistos de modo conjunto.

Adoptando una perspectiva de conjunto del material aportado a través de las vigilancias realizadas estimamos que tampoco se revela una sospecha fundada o indicios consistentes propios de esta inicial fase procesal, acerca de que Ramón , en el domicilio de la DIRECCION000 , estuviera realizando una actividad de venta de sustancia estupefaciente que justificara la injerencia solicitada en su derecho al secreto de las comunicaciones.

El grupo policial actuante partía de la existencia de un grupo criminal con altas dosis de especialización y obviamente de distribución de tareas organizativas para llevar a cabo la recepción y posterior distribución de las supuestas sustancias en objeto de venta.

La identificación del domicilio de Ramón como posible centro de distribución se aísla dentro del campo inicial de actuación, que era el distrito DIRECCION002 , centrado en los barrios de DIRECCION003 y DIRECCION004 . La noticia procedía de avisos ciudadanos sobre consumo en los portales de los edificios. Ya inicialmente no se explica cómo, dentro de ese amplio radio de la potencial investigación, se aísla el domicilio de la



DIRECCION000 , más allá de afirmar que se observó un notable trasiego de personas que entraban y salían permaneciendo escasos minutos en el interior. Si bien se alude a que ello extrañaba tratándose de la época de confinamiento derivada del COVID19, sobre este particular y ciñéndonos a los datos objetivos expuestos en el atestado de todo ese trasiego, que cabe identificar como sinónimo de numerosas entradas y salidas de personas a lo largo de día y prolongado en el tiempo, se identifica, en aproximadamente un mes y medio de investigación centrada en el domicilio de Ramón , a cinco personas que pudieran estar relacionadas con esa presunta actividad de venta de estupefaciente. Lo que se denomina trasiego continuo de personas se materializa, a nivel de intervenciones y como datos objetivamente constatables, en un día Secundino (más otro en que salió portando bolsas de basura con David), nueve días David (que se había trasladado a residir en el inmueble), tres días Jeronimo , uno Tarsila (que además se trataba de la misma una vigilancia que una de Jeronimo) y no Inocencio .

Es éste y no otro el resultado de las vigilancias efectuadas sobre el domicilio. Si hubo un trasiego continuo de personas en el mes y medio que duraron las investigaciones, más allá de la afirmación policial, no existe dato alguno como por ejemplo aprehensiones de sustancias a los supuestos compradores, identificación de Ramón por parte de alguno de los que realizara ese tránsito como supuesto vendedor u otros indicios que evidenciaran de un modo mínimamente objetivo su dedicación al tráfico. Cabe pues, centrarse, en las intervenciones reseñadas.

De ellas, concluía el grupo policial actuante que existía una organización compuesta de un lado por "mulas" y de otro por la distribución directa a camellos que facilitaría la sustancia a los destinatarios finales.

La existencia de las "mulas", según los datos aportados en la solicitud, entendemos que no se sostenía de un modo mínimamente sólido como para justificar la sospecha de la actividad de tráfico presuntamente comandada por Ramón . En relación con Secundino , extraña que si se trataba de una mula sólo se realizara en el mes y medio de investigación una sola intervención avistamiento descrito en el atestado. E igualmente, la intervención llevada a cabo, dado que se interceptó al presunto vendedor, antes de que llevara a cabo el supuesto acto de venta de la sustancia, tampoco denotó de modo claro lo que se pretende hacer ver, esto es, que transportaba sustancia por cuenta de Ramón para su transmisión a un tercero. De hecho, no permite siquiera acreditar que el acusado Secundino , aun actuando por cuenta propia, pretendiera transmitir la sustancia (por razones que luego se explicarían).

En cuanto a David , lo que se constataba a través de los datos expuestos en el atestado de un modo objetivo, esto es, las vigilancias e intervenciones llevadas a cabo sobre el mismo, es que un día se le intervino metanfetamina en cantidad indeterminada, pues no consta su pesaje, en una calle que a lo sumo podría considerarse cercana al domicilio de Ramón . Establecer, sin ningún otro dato adyacente, que por esta intervención el pago de sus servicios de "mula" fuera el alojamiento en su domicilio, de ahí que se trasladara al mismo, es una mera hipótesis, cómo podría igualmente sugerirse cualquier otra, pero carente de una dosis mínima de solidez. Y una vez residiendo ya en el domicilio, desde donde, supuestamente, tomaría la sustancia para transmitirla a terceros, en el mes siguiente se identifican en el atestado tres seguimientos, en ninguno de los cuales se le intervino sustancia alguna, por cuanto que no se le detuvo ni, por consiguiente, se realizó cacheo, a él o a persona alguna que se relacionara con el mismo. De hecho, persona concreta sólo existió la chica rubia con la que se encontró la plaza de Barceló. El único indicio, más allá de la hipótesis, sería mantener una actitud vigilante, pero es éste un indicio tan débil si no va acompañado de otros actos más concluyentes y que puede deberse a las razones más diversas, que no puede constituir en sí un dato objetivo que justifique considerarle como "mula".

Respecto de los supuestos camellos, es decir, aquellos que, aun actuando por cuenta propia, adquirirían la sustancia de Ramón , a Jeronimo , que acude en tres ocasiones al domicilio, en ninguna de ellas se le realiza intervención alguna, con lo cual se desconoce si pudo adquirir algún tipo de sustancia en su interior, por más que pudiera tener antecedentes relacionados con la salud pública.

En cuanto a Tarsila , al margen de que, por supuesto, tampoco se le interviene nada al salir del domicilio de Ramón , lo que se pone de manifiesto en el atestado es que ella residía en el mismo domicilio de otro presunto traficante, que ya había sido objeto de investigación y que eran domicilio al que se dirigió el día del seguimiento. La mera afirmación, con motivo de una declaración policial, de que era consumidora de metanfetamina y que se la proporcionaba un tercero (dato algo irrelevante por cuanto que alguien se la había de proporcionar) era harto insuficiente para entender o concluir a título de sospecha que ese tercero fuera Ramón , pues ni le identificó ella ni había algún dato o conexión que permitiera vincularla con el mismo, máxime pareciendo ser pareja de un presunto traficante (y afirmamos esto porque así se expresa en atestado).

Finalmente y en relación con Inocencio , la sustancia que se le intervino en modo alguno puede inferirse, más allá de expresar una hipótesis, que la pudiera haber adquirido en el domicilio de Ramón .



En resumen, pues, de todas estas intervenciones que ahora hemos expuesto sintéticamente, sólo se interviene sustancias a dos personas que previamente hubieran sido vistas salir del domicilio de Ramón . Ninguna de ellas reconoce ante los agentes que la hubiera adquirido o se la hubiera entregado Ramón o cuanto menos, que procedieran de su domicilio. Y tampoco evidencian los datos consignados en el atestado que claramente fueran a realizar un acto de tráfico, Secundino por cuenta directa de Ramón y Inocencio por cuenta propia. Y respecto de otros supuestos "camellos", al no realizarse intervención en relación con los mismos, se desconoce siquiera si podía portar algún tipo de sustancia.

La valoración, pues, en conjunto, de los indicios aportados, no subsana la escasa elocuencia de los mismos individualmente considerados.

Por tanto, no es que la solicitud consistiera en una mera exposición de conclusiones subjetivas de los agentes carentes de una base objetiva, sino que esa base objetiva, que también se aporta, era insuficiente para estimar que la medida fuera proporcionada con base en los elementos en que fundamentaban los agentes la sospecha de la comisión de un delito contra la salud pública que justificara la injerencia en las comunicaciones telefónicas del investigado, Ello hace a la medida ilegítima a los efectos del art 588 ter LECr.

No es función de esta Sala determinar si los agentes se precipitaron a la hora de solicitar la injerencia y pudieron realizar más comprobaciones que evidenciaran de un modo más consistentes la sospechas de todo lo expuesto, plantearse si conocían datos que no expusieron el atestado y que les daba mayor certeza en sus sospechas que los consignados o si el juez de instrucción pudo pedir ampliación de los datos aportados o la realización de más pesquisas. La cuestión es que lo aportado y por los razonamientos ya expuestos era insuficiente para justificar la injerencia en un derecho tan elemental como el de la intimidad en su vertiéndote del secreto de las comunicaciones. En definitiva y como se señalaba en la la STS 52/20 de 17 de febrero, "*otros sistemas pueden exigir del Juez únicamente la constatación de que la petición policial no es arbitraria, es "razonable". El nuestro, tal y como lo ha perfilado el Tribunal Constitucional, exige un plus en la intervención judicial.*"

Al margen de la desproporcionalidad de la medida, que tiene un carácter general, se da otra circunstancia que la hacía, a su vez, más desproporcionada en relación con la intervención de los dos teléfonos en que figuraba como titular Tamara , esposa de Ramón . Todo el atestado se orienta a argumentar que éste estaba realizando una actividad de distribución de sustancias estupefacientes y las sospechas se centraban exclusivamente en el mismo. Ahora bien, a la hora de determinar los números a intervenir, se incluyen no sólo uno que figuraba a su nombre (conocido por haberlo aportado en una denuncia) sino dos que figuraban a nombre de Tamara (conocidos por constar en las bases de datos policiales a su nombre).

Las razones que justificaban, a juicio de los agentes, solicitar la intervención de estos números eran, de un lado, que los narcotraficantes suelen utilizar teléfonos de otras personas de su núcleo familiar para sus ilícitas actividades, con un claro fin de ocultación de éstas, que se trataban de tarjetas prepago y que se había aportado como domicilio de la titular una dirección claramente ficticia. Estas circunstancias bastan, a juicio de los agentes, para solicitar la intervención de tales números. Es de hacer notar que Tamara sólo era nombrada en dos ocasiones en el atestado. Una, para decir que se la había visto asomarse al balcón de la vivienda y otra parte decir que se la había visto entrar en compañía de David . En ningún momento se dice que los agentes sospechen que la misma pudiera colaborar con Ramón en la actividad delictiva que se le imputaba. Por tanto, Tamara , en esos momentos, no era ni siquiera investigada.

El art. 588 ter c LECr contempla expresamente el supuesto de intervención de las telecomunicaciones pertenecientes a una tercera persona estableciendo dos posibles supuestos habilitantes. El primero, que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella (de la tercera persona) para transmitir o recibir información; el segundo supuesto, que el titular de la línea colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de la actividad.

Ninguno de estos supuestos se daría aquí, en función de lo expuesto en el oficio policial. En ningún momento se dice que Tamara utilizara sus teléfonos para transmitir, por cuenta de Ramón , información relacionada con la actividad delictiva, como tampoco se apunta si quiera que pudiera colaborar con él en la realización de tal actividad o se beneficiara de la misma. Ni aun se llega a decir que como residía junto a él en el domicilio no podía desconocer sus actividades (lo que tampoco supone, stricto sensu, colaboración en el delito). En cuanto que no se dice, habría que intuir que era ello lo que estaba en la mente de los investigadores y en la del juez al acordarlo, lo que supone situarse ya en el campo de las suposiciones de lo que podían pensar los investigadores y el instructor, lo que de por sí denota la inconsistencia del argumento.

Por tanto, no se da ninguno de los supuestos de aplicación del art 588 terc

c) para intervenir los teléfonos titularidad de terceras personas distintas del investigado.



Ante ello, la otra opción interpretativa de la solicitud es que se entendiera que la titularidad de Tamara era meramente formal y se trataba de teléfonos verdaderamente pertenecientes a Ramón, supuesto éste al que se refiere el art. 588 ter b LECR en su apartado 2 al hablar de "que el investigado sea titular o usuario". Desde luego, es ello lo que se infiere de los escasos argumentos al respecto. Ahora bien, esta sospecha no aparece mínimamente fundada. En ningún caso se afirma en el atestado que por algún medio se tuviera conocimiento de la utilización de esos teléfonos por Ramón. Ante ello, decir que los narcotraficantes suelen utilizar teléfonos de su entorno familiar es una afirmación genérica carente de relevancia a los efectos de tomarla como una sospecha. Bajo tal argumento, se legitimaría entonces la intervención de las comunicaciones de cualquier familiar cercano de un investigado por el mero hecho de tal relación, lo que se trataría de una mera hipótesis.

Que se tratara de una tarjeta "prepago", aun cuando conocidamente sea usual en el ámbito del tráfico de drogas su utilización tampoco es, en ausencia de otros elementos fácticos, dato determinante de una sospecha, pues desde luego la utilización de una tarjeta prepago es una modalidad muy extendida para la utilización de los terminales móviles.

El único dato que podría resultar más sospechoso es la aportación de un domicilio ficticio, que podría denotar un interés en la ocultación del verdadero. Ahora bien, este solo hecho, en ausencia de otros indicios, no habilita para suplir la inconsistencia de los otros datos ni, por supuesto, genera una sospecha fundada de que ambos números de teléfono pudieran estar siendo utilizados por Ramón.

Pero, reiteramos, esta cuestión de la intervención de los dos números de teléfono a nombre de Tamara tiene una importancia menor cuando lo que hemos determinado es la desproporcionalidad de la medida de intervención con carácter global para todos los números intervenidos.

Por tanto, cabe acordar la declaración de nulidad del auto de intervención telefónica de 1 de julio de 2020, con lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, habrá que excluir de valoración el material probatorio derivado de dichas intervenciones.

SEGUNDO.- Hemos de establecer a continuación si la nulidad de las intervenciones telefónicas se extiende a diligencias posteriores cuyo contenido derivara de las anteriores. Se trata de determinar si se da la denominada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional "conexión de antijuridicidad" entre lo declarado nulo y esas diligencias o actuaciones posteriores

Las SSTs 811/2012, de 30 de octubre, así como las sentencias 511/2015, de 21 de julio; 747/2015, de 19 de noviembre o 259/2018, de 30 de mayo y 467/19 de 8 de octubre, indican que *"la conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado"*.

Se añade que *"la prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en el derecho a un juicio con todas las garantías, que impide la utilización de un medio probatorio en cuya obtención se haya producido una vulneración de derechos constitucionales, mientras que su concreción legal se refleja en el art. 11.1 -inciso segundo- de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"*

El efecto directo y el indirecto tienen significación jurídica diferente. En principio, *"no podrán ser valoradas aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional, que es lo que aquí resulta respecto del contenido probatorio de las conversaciones. Pero -continuábamos- la significación de la prohibición de su obtención indirecta es más complicada de establecer, y ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuridicidad"*.

Siguiendo la sentencia de Pleno del TC 81/98, *"la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada, esto es, se trata de un mecanismo de conexión/desconexión cuyo control debe realizar el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia, lo que hará a partir de una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; y una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exigen. Teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues -decíamos- solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, y si la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, dado que su*



valoración no incidirá negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

En la STS 511/2015: se concretaban los dos aspectos indicando que " *en cuanto a la perspectiva interna, es fundamental ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Ha de considerarse, en primer término, cuál de las garantías de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (presupuestos materiales, intervención y control judicial, proporcionalidad, expresión de todas y cada una de las exigencias constitucionales) ha sido efectivamente menoscabada y en qué forma (STC 81/1998).*

En lo que atañe a la perspectiva externa, ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones u otro derecho fundamental. A tal efecto, se procurará constatar si se está ante una vulneración intencionada, gravemente negligente o simplemente errónea, datos indiciarios que se consideran especialmente significativos para sopesar las necesidades de activar el efecto disuasorio por estimarlo indispensable para tutelar de cara al futuro la eficacia del derecho fundamental menoscabado, a cuyo fin debe procederse a la anulación de las pruebas derivadas

En la jurisprudencia de esta Sala se acostumbra a citar como criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar por tanto las pruebas reflejas o derivadas los siguientes: el descubrimiento inevitable, el vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la refleja, el hallazgo casual, la fuente independiente, la ponderación de intereses, la autoincriminación del imputado en el plenario, y alguna otra (SSTS 320/2011, de 22-4 ; 811/2012, de 30-10 ; 69/2013, de 31-1 ; 912/2013, de 4-12 ; 963/2013, de 18-12 ; 73/2014, de 12-3 ; y 511/2015, de 17-7)".

En este caso, como diligencias esenciales practicadas tras esas intervenciones iniciales y que pudieran derivar de ellas se encuentran, a la vista del contenido de lo instruido, las prórrogas de las intervenciones iniciales, las nuevas intervenciones telefónicas acordadas y las diligencias de entrada y registro.

Conviene aclarar el curso del procedimiento a este respecto. Tras el auto inicial de intervención telefónica, de 1 de julio de 2020, se dictó auto de 26 de julio de 2020 (primera prórroga, folios 112 y ss). Esta prórroga se extendió por plazo de un mes, expirando el 26 de agosto de 2020. La solicitud de nueva prórroga y de intervención de un nuevo terminal se presentó el 2 de septiembre de 2020 (folio 126). Ello provocó que por el Juzgado de Instrucción se ordenara a la unidad policial actuante que cesara en las escuchas previamente acordadas, pues carecían de cobertura desde el día 26 de agosto (providencia de 10 de septiembre de 2020, folio 191) y que se dictara nuevo auto de intervención telefónica en fecha de 14 de septiembre de 2020 (folios 145 y ss), con prácticamente idéntico contenido que el inicial de 1 de julio pero basándose en la solicitud de prórroga ya presentada el 2 de septiembre (folios 126 a 157) y por plazo de un mes, que expiraba el 15 de octubre de 2020. Mediante auto de 29 de octubre de 2020 (folios 243 y ss) se acuerda la nueva intervención de los terminales anteriormente intervenidos por caducidad de la anterior autorización, con base en otra nueva solicitud (folios 210 a 224). Finalmente, mediante auto de 27 de noviembre de 2020 (folios 277 y 278) se acuerda la prórroga de las intervenciones acordadas en auto de 29 de octubre por plazo de un mes, con base en la solicitud presentada ese mismo día (folios 258 y ss).

1) Nuevas intervenciones telefónicas y prórroga de las anteriores

La conexión de antijuridicidad, cuyo tratamiento jurisprudencial hemos expuesto, es claro que se ha de extender, en primer lugar, a las prórrogas de las intervenciones respecto de los números inicialmente intervenidos y nuevas intervenciones de los mismos, pues es evidente que la justificación de las prórrogas/nuevas intervenciones deriva del resultado de las intervenciones ya acordadas, para determinar lo cual nos remitimos al contenido de los respectivos oficios de prórroga, donde se refiere el resultado de las intervenciones anteriores, La comunicación de la antijuridicidad de las intervenciones iniciales es pues, aquí, directa y por tanto, tal material probatorio ha de quedar excluido.

En segundo lugar, hemos de determinar si tal conexión de antijuridicidad se da también respecto de la intervención del teléfono correspondiente a Rubén , en cuanto que fue posterior a las iniciales y por tanto, se hubo de basar en elementos indiciarios distintos. Hemos de estudiar si estos elementos indiciarios que expuso la unidad policial actuante derivaba, directa o indirectamente (en sentido normativo) de las intervenciones telefónicas ya acordadas.

La aparición de Rubén en las actuaciones tiene lugar mediante el oficio de la unidad actuante NUM025 de 26 de julio, dirigido al Juzgado de instrucción con objeto de fundamentar la primera prórroga que se solicita en el mismo de las intervenciones de los teléfonos ya vigentes (folios 65 a 73).



Se señala (folio el 65) que "a través de las comunicaciones intervenidas han aflorado las personas que, junto a Ramón , podrían formar la cúpula de este grupo criminal". Y "se centra en la primera persona que parece formar parte de esta cúpula. Se trataba del usuario del número de teléfono NUM016 , el cual sería una de las personas que conseguirían la sustancia estupefaciente para el grupo criminal, tal y como se expone en la siguiente llamada telefónica entre él y Ramón " y se resume el contenido de la llamada del 22 de julio a las 13,47,11 horas.

Continúa diciendo el oficio que la siguiente llamada da indicios de que el usuario tiene proyectos en común con Ramón y por todo ello se está estudiando cuál sería exactamente su papel en la organización. Se resume el contenido de la llamada de 22 de junio a las 14:31:13 horas. Por esta llamada se afirma a continuación que lleva a pensar que lo que en realidad van a establecer en el trastero- almacén que pretenden alquilar es un punto de distribución de sustancia estupefaciente. Más adelante, tras resumir otra parte del contenido de esa conversación se señala que todo apuntaba a que es un negocio común y que hace inferir que ambos formarían parte de un mismo grupo y no que cada uno llevara a cabo sus actividades de forma independiente, lo que también se reitera en relación con el fragmento de la conversación en que hablan de unas pastillas. E igualmente se refiere que hablan de un tal Constantino que los investigadores estiman que podría tratarse del contable del grupo.

También se refiere el contenido de la llamada del 23 de julio a las 9:40:37 horas, donde Rubén hablaría con Ramón de que necesitaba una persona de confianza para que realizara labores de toda índole para él, a modo de " Capazorras " .

En el Oficio NUM026 de 2 de septiembre (folios 126 a 157) se solicita la prórroga de las intervenciones ya acordadas y ahora sí, la intervención del teléfono presuntamente utilizado por Rubén . Se indica que en los puntos siguientes se desarrollará la información de relevancia para la investigación que han aportado las comunicaciones realizadas por los investigados a través de los terminales telefónicos intervenidos y cómo han aportado nuevos indicios sobre la actividad criminal desarrollada. Se añade que la mayor parte de la actividad criminal ha tenido lugar en el domicilio de Ramón , habiéndose realizado vigilancias de interés en los alrededores del mismo.

Se añade que los puntos más relevantes han sido la identificación de varios distribuidores que podrían estar suministrando la sustancias psicoactivas al posible grupo criminal, nuevos indicios de que el ahora investigado, Rubén , era socio de Ramón en la compra de drogas tóxicas; compras que organizarían de forma conjunta y que estarían planeando establecer un trastero como lo que en el argot policial se conoce como "narcopiso"; la constatación de que para llevarlas drogas tóxicas a los "camellos" Ramón estaría utilizando "mulas", así como que esta venta a camellos también se estaría realizando en el domicilio de Ramón .

Relativo a Rubén se refiere en este oficio la llamada de 21 de agosto a las 5:12:08(folios 142 y 143) en la que Rubén diría a Ramón que estaba en la DIRECCION014 (su domicilio) y que va a ir a casa de Ramón a por lo que este último llama el anillo y las joyas que le ha dejado a Rubén , a lo que Rubén se reiría diciendo "la medicación".

En el apartado dedicado a los indicios existentes de la participación de Rubén en las actividades delictivas investigadas y que justificaría la intervención de su teléfono se refiere lo siguiente.

En primer lugar, respecto al trastero que querían alquilar Ramón y Rubén para llevar a cabo la actividad ilícita, se alude a que en algunas llamadas con la agencia inmobiliaria se refieren a que la firma del contrato se iba a realizar el día 30 de agosto, por lo que a fecha de presentación del oficio ya sería efectiva.

A continuación, se indica, existen llamadas entre ambos de las que se desprende que las compras las hacen conjuntas, así como que estarían intentando comprar de forma conjunta un kilogramo de metanfetamina para que se lo trajeran de Barcelona. A fecha de emisión del oficio, se aclara, aún no se aprecia que dicha sustancia hubiera llegado a Madrid, si bien por las conversaciones se desprendería que la llegada era inminente.

Se exponen las conversaciones acreditativas de tales extremos a juicio de los investigadores como serían las llamadas de 22 de agosto a las 23:56:22. En ella hablarían de sí Ramón había hablado con el de Barcelona y de diferentes proveedores, calidades y precios y qué proveedor era más conveniente; llamada del 26 de agosto a las 12:48:12, entre Ramón y el presunto proveedor de Barcelona, Ruperto , donde se indicaría que la sustancia sería para un productor de teatro, entendiendo los agentes que no podía sino tratarse de Rubén ;

Como consecuencia de todo lo expuesto se solicita la intervención del teléfono NUM017 y cuyo usuario sería Rubén .

A continuación se encuentra el oficio NUM027 de 20 de octubre, solicitando prórroga de intervenciones ya acordadas (folios 210 a 234).



Se indicaba en el mismo que respecto de las comunicaciones producidas a través del teléfono de Rubén (folios 218 y 219) las mismas estaban permitiendo establecer reuniones que se realizaban con Ramón principalmente en el domicilio de este último, confirmándolo las vigilancias realizadas al efecto o a lo largo del mes. Se indica que se habían detectado tales reuniones en llamadas realizadas el 24 de setiembre (5:31:23), el 27 de setiembre (17:47:14) y el 29 de setiembre (21:11:21). Se indica que en este terminal se habrían detectado algunas conversaciones en las que se hablaba directamente de tráfico de sustancias estupefacientes, lo que podría ser debido a que Rubén estaría utilizando un segundo terminal de seguridad. Igualmente se cita la llamada del 14 de octubre a las 23:05:35 en la que Rubén le dice a otra persona que había dicho a un tercero que contaba con otro número y que le iba a escribir desde este otro número

Posteriormente se encuentra el oficio NUM022 de 26 de noviembre de 2020 (folios 258 a 271), con objeto de solicitar la prórroga de las intervenciones y otra nueva.

Se indica en este oficio que al haber sólo contenido en las llamadas del terminal de Rubén (pues los teléfonos usados por Ramón no dieron resultado, lo que se estima expresivo de una actitud propia de narcotraficantes, es decir, dejar de utilizar teléfonos activos) la mayor parte de la exposición se centraba en él, si bien la mayoría de las llamadas que realizar desde este término relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes tendrían como interlocutor a Ramón, Tamara y Secundino, lo que habría permitido detectar cuál sería el teléfono un nuevo que utilizaba Ramón (el número NUM018, respecto del que se solicita la intervención en este oficio).

Se alude (folios 261 a 265) a la llamada del 14 de noviembre a las 20:16:46, en la que, tras comentar temas personales y laborales con Ramón, hablarían de lo que parecían ser "camellos", relatando Rubén, de forma velada, a Ramón, la deuda que un tercero tendría contraída con él; llamada de 18 de noviembre a las 17:37:28 con Tamara, en la que hablarían de pagos en negro y falsear cuenta; llamada del 20 de noviembre a las 1:08:24, con Secundino, en las que hablan de deudas de un tal Marí Luz, lo que indica a los investigadores que las cuentas de las compras de sustancias podrían ser comunes, conducta habitual, se dice, en grupos criminales; llamada del 25 de noviembre a las 2:20:01, con un desconocido en tono de discusión, que los investigadores consideran muy reveladoras de la dedicación al tráfico de Rubén.

Examinados todos estos los oficios policiales cuyo contenido se ha extractado, puede advertirse fácilmente que, una vez acordada la intervención inicial de los teléfonos presuntamente utilizados por Ramón, los indicios justificativos de las ulteriores prórrogas y nuevas intervenciones telefónicas se desprenden de modo exclusivo de las escuchas telefónicas llevada a cabo en el período inmediatamente anterior, como lo refleja el hecho de que todos los indicios se extraen del contenido de las llamadas telefónicas referenciadas y la interpretación que del mismo hacen los agentes actuantes. Así pues, puede afirmarse, sin género de duda, que todas las prórrogas y nuevas intervenciones derivan directamente de las intervenciones inicialmente acordadas, por lo que han de quedar afectadas por la declaración de nulidad de las mismas. No existen elementos indiciarios distintos puestos de manifiesto en las diferentes solicitudes que se han referenciado que justificara establecer una desconexión jurídica entre alguna de las intervenciones posteriores y las iniciales.

Por tanto, todo el material probatorio que de ellas pudiera desprenderse, en aplicación del art. 11.1 LOPJ y la interpretación jurisprudencial del mismo, ha de quedar excluido de valoración.

2) La entrada y registro en los domicilios de los acusados Ramón y Rubén se solicitó mediante oficio NUM023 de 1 de diciembre. (folios 285 a 304).

Se refiere que el Grupo estaba avanzado en la investigación de un grupo criminal dedicado a la distribución de sustancias estupefaciente, principalmente metanfetamina, identificando como principal investigado a Ramón

En el apartado "Metodología criminal" se vienen a identificar los indicios que justificarían la procedencia de acceder a las diligencias de entrada y registro solicitadas.

Bajo los epígrafes "inicio de la investigación", "utilización de mulas para el tráfico de estupefacientes" y "venta directa a camellos de la zona investigada" se viene a reproducir, de modo resumido, los hechos expuestos en el atestado que dio lugar a la denuncia de Fiscalía y a la incoación de las Diligencias Previas, así como a acordar la intervención de los tres primeros teléfonos. Es evidente que estos datos están claramente desconectados de la declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas, pues se trata de hechos anteriores a las mismas.

En el apartado 3 de la solicitud (medidas restrictivas de derechos) se remite al contenido de los oficios NUM024, NUM025, NUM026, NUM027 y NUM028, indicándose que en ellos "se aportan múltiples indicios que aportan indicios sobre tales hechos y que "en los siguientes subapartados se exponen algunos ejemplos de estos indicios". Tales subapartados se titulan "otros indicios de utilización de mulas para el tráfico de sustancias", "otros indicios de venta a camellos" e "indicios de grupo criminal". Pues bien, los hechos expuestos



en cada uno de los apartados no son sino la referencia del contenido de conversiones telefónicas a través de los distintos terminales intervenidos a los investigado. Es evidente que todo este material eventualmente indiciario ha de quedar afectado por la declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas, por proceder directamente de ellas. E igualmente queda afectado lo expuesto dentro del apartado 4 ("Estado actual de la investigación") bajo el epígrafe "indicios de que en el domicilio de Rubén pudiese haber actualmente sustancia estupefaciente", pues se funda en una llamada telefónica del 29 de noviembre a las 18:31:36 horas.

Lo relatado, también dentro del apartado 4, bajo el epígrafe "indicios de que en el domicilio de Ramón pudiese haber actualmente sustancia estupefaciente" se refiere a una aprehensión de sustancia en la vía pública a un supuesto comprador el 30 de noviembre de 2020, como consecuencia de una vigilancia realizada por agentes de la unidad actuante.

Se narra que sobre las 20,50 horas llegó al domicilio investigado una persona que resultó ser Justo y que tras manipular su teléfono móvil accedió al interior de la finca investigada sin pulsar el telefonillo. Pasados unos instantes esta persona salió del lugar con dirección a la Glorieta de Bilbao, siendo seguido por cuatro agentes sin perderle de vista, los cuales le interceptaron a la altura de la calle Hartzenbusch y que preguntado por si portaba algún tipo de sustancia estupefaciente, manifestó que sí, haciendo entrega de una bolsita conteniendo una sustancia cristalina rocosa a la que, tras realizarle narcotest, dio positivo a metanfetamina. El acta de aprehensión consta unido al folio 317 y el acta de vigilancia al folio 313.

Hasta aquí el contenido del oficio policial solicitando la entrada y registro en el domicilio de dos de los acusados.

Tratándose de establecer si existe traslación de la antijuridicidad de las intervenciones telefónicas a esta solicitud y la posterior autorización de entradas y registros, cabe diferenciar, aun cuando la conclusión va a ser la misma, entre ambos domicilios y sus respectivos moradores.

Respecto del domicilio de la DIRECCION014 , residencia de Rubén , los indicios expuestos derivan exclusivamente de las intervenciones telefónicas llevadas a cabo tanto sobre su teléfono como sobre los utilizados por Ramón . De hecho, se incide como causa determinante del registro en la llamada expresamente referenciada del día 29 de noviembre. Pero obviamente, aun cuando se aluda expresamente a ella en último lugar por ser la más cercana a la solicitud, los indicios derivaban de todas las llevadas a cabo anteriormente.

Por tanto, la conexión de antijuridicidad, tanto desde el punto de vista causal como jurídico o normativo es evidente y la autorización de entrada y registro y la materialización del mismo han de quedar también afectadas por la declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas. Por tanto, el material probatorio derivado del registro domiciliario ha de quedar excluido de valoración.

Respecto del domicilio de la DIRECCION000 , DIRECCION001 , donde residía Ramón , la cuestión es algo más compleja, pues sobre este domicilio sí que existían indicios constituidos, a juicio de los investigadores, por el resultado de las intervenciones telefónicas pero también de las vigilancias realizadas sobre el mismo. Si bien en el último apartado de la solicitud se alude como causa de entender que podría encontrarse sustancia estupefaciente en su interior a la intervención de sustancia estupefaciente el 30 de noviembre en poder de Justo , lo cierto es que no puede desconectarse este dato de los anteriores puestos de manifiesto en la solicitud, en el epígrafe 3 a que hemos aludido, constituido, exclusivamente, por el resultado de las intervenciones telefónicas. Es decir, por más que el epígrafe donde se incardina tal hecho se titulara "indicios de que en el domicilio de Ramón pudiese haber actualmente sustancia estupefaciente", la lectura conjunta de la solicitud de entrada y registro pone de manifiesto que lo que se relata al instructor es que existe una organización dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes con utilización de "mulas" y venta a "camellos", siendo el posible lugar de distribución el domicilio de Ramón . Y estos datos se intentan trasladar, al margen de las dos intervenciones del inicio del procedimiento, a través del resultado de intervenciones telefónicas. Por tanto, la interceptación de Justo sería un elemento más, mas no el único ni determinante de la solicitud de entrada y registro. En este entendimiento, es evidente que no puede existir desconexión jurídica entre el resultado de las intervenciones telefónicas y la solicitud de entrada y registro tal y como se trasladan los datos la Juez de instrucción. Es de hacer notar que en el acta de la intervención (folio 313), que se acompaña a la solicitud de entrada y registro, no se consigna que Justo dijera que había comprado la sustancia en el domicilio de la DIRECCION000 . Es una inferencia, por tanto, que realizan los agentes con base en lo previamente actuado que incluye como una de las bases esenciales a juicio de los agentes y por lo que los mismos expresan, al contenido de las intervenciones telefónicas.

En suma, por tanto, la conexión de antijuridicidad se extiende, igualmente, a la entrada y registro en el domicilio de Ramón .



Como conclusión, por tanto, a este apartado, cabe fijar, en aplicación del art 11. 1 LOPJ, como material probatorio excluido de valoración, el contenido de todas las intervenciones telefónicas llevadas a cabo en la causa y el procedente de las entradas y registros practicadas, esencialmente, la aprehensión de la sustancia estupefaciente que se encontró en los mismos y cualquier útil o efecto relacionado con el tráfico que pudiera haberse localizado como consecuencia de la orden de entrada y registro.

TERCERO.- Se ha de proceder a la valoración de la prueba subsistente tras la exclusión del material afectado por la declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas y las entradas y registros. Vamos a analizarla en relación con cada uno de los acusados y los hechos que se le imputaban en el escrito de acusación.

Conviene recordar que la idea inicial de los investigadores o al menos, así se reflejó en la solicitud de intervenciones telefónicas, era la existencia de un grupo criminal con altas dosis de especialización y con proveedores de mayor rango, lo que se redujo en el escrito de acusación a la distribución de sustancia estupefaciente de modo concertado por Ramón y Rubén, en el sentido de que la compra y posterior posesión de la sustancia era común y también su distribución, al margen del concreto reparto de papeles en cada momento y del lugar en que pudiera encontrarse la sustancia.

Sin embargo, más allá de esta especie de comunidad delictiva que se imputaba, lo cierto es que en el escrito de acusación se enuncian una serie de hechos que entraban en el ámbito de actuación individual de cada uno de los acusados, más allá de la recíproca imputación a Ramón y Rubén de las sustancias encontradas en los respectivos registros domiciliarios.

Procede pues, el análisis y valoración probarían relación con los hechos atribuidos a cada uno de los acusados.

1º) Ramón

Se le imputaba que entre los meses de abril y diciembre de 2020 se dedicaba de manera concertada y persistente a la distribución de sustancias estupefacientes, entre otras, metanfetaminas, a terceras personas a cambio de dinero. Ello lo realizaría bien vendiendo a las personas que acudían a su domicilio en la DIRECCION000, DIRECCION001 de Madrid, bien haciendo llegar la sustancia al lugar donde el cliente le indicaba, para lo cual se valía de su hombre de confianza, el también acusado Secundino.

Se identifican tres actos de presunta venta de estupefaciente realizados por estas dos vías:

- El día 27 de abril de 2020, donde Secundino habría acudido para entregar a un tercero una bolsita conteniendo metanfetamina (0,94 gramos con una pureza del 76,7%) que habría recogido del domicilio de Ramón, al cual habría de volver después de perfeccionar el acto de venta para entregar el dinero obtenido a Ramón.

- El día 28 de mayo de 2020, en que se intervino a Inocencio una bolsa que habría adquirido en el citado domicilio de Ramón, conteniendo 3 metiltmetcatinona con un peso neto de 1,058 gramos.

- El día 30 de noviembre de 2020, en que se intervino a Justo una bolsa que habría adquirido en el citado domicilio de Ramón, conteniendo metanfetamina con un peso neto de 1,716 gramos y una riqueza del 75,8%.

Igualmente se incluía como hecho objeto de acusación que el día 1 de diciembre de 2020, en el curso de la entrada y registro llevada a cabo en el domicilio de Ramón tres botes conteniendo sustancia Popper, una bolsita conteniendo feniteltamina con un peso neto de 0,089 gramos y un frasco conteniendo seis mililitros de GBL, todo lo cual se estimaba preordenado al tráfico.

De la resolución de la cuestión previa se desprende, como ya se ha dicho, por vía de consecuencia, que ha de excluirse de valoración probatoria el hallazgo de sustancias en la entrada y registro del domicilio, al quedar afectada, por conexión de antijuridicidad, por la nulidad de las intervenciones telefónicas.

Por el contrario, las tres intervenciones de sustancia estupefaciente en la vía pública consignadas en el escrito de acusación, como ya también se ha dicho, quedan excluidas de la conexión de antijuridicidad, por los motivos expuestos. Cabe, pues, analizar si existe prueba suficiente para dar por probado primero la aprehensión de la sustancia, segundo, que se trataba de un acto de tráfico y tercero, que se realizaron mediatamente el primero e inmediatamente los otros dos por Ramón. Procede el análisis de cada una de las supuestas transacciones, partiendo de que no se impugnaron los análisis sobre la naturaleza, cantidad y calidad de la sustancia intervenida.

a) Hechos del 27 de abril de 2020

Verdaderamente, ya hemos tratado ampliamente esta intervención, si bien desde la perspectiva de su utilidad como indicio en orden a acordar las intervenciones telefónicas. En vista de lo que ya hemos expuesto y a otros argumentos que se añadirán en el apartado referido a Secundino, a todo lo cual nos remitimos, no estimamos



probado que se tratara de un acto de tráfico o de una posesión preordenada al tráfico. Por tanto, no puede incluirse este hecho como determinante de la dedicación de Ramón al tráfico.

b) Hechos del 28 de mayo de 2020

Consistían en que se intervino a Inocencio una bolsa que habría adquirido en el citado domicilio de Ramón , conteniendo 3metiltmetacatinona con un peso neto de 1,058 gramos.

La intervención en sí fue ratificada en el acto del juicio por los agentes que realizaron la intervención, concretamente los números NUM014 y NUM015 , los cuales le siguieron desde la salida del domicilio de Ramón hasta la calle Augusto Figueroa. En concreto, el agente NUM015 declaró que llamó al telefonillo de la vivienda identificándose como " Jose Miguel " y bajando a los cinco minutos sacó tabaco con actitud de entrega de algo, le preguntaron si llevaba sustancia y en el tabaco llevaba una bolsa con mefedrona. En similares términos declaró el agente NUM014 . Y ambos ratificaron que Inocencio no dijo que había adquirido la sustancia en el domicilio de Ramón . De hecho, no manifestaron que le preguntara sobre la procedencia de la sustancia. Tampoco se consignó nada al respecto en el acta de intervención (folio 316)

Por tanto, atribuir a Ramón la entrega o venta de la sustancia es una mera inferencia derivada del hecho de que la persona interceptada procedía de su casa y que permaneció en la misma escasos minutos. Y a su vez, partiendo de la presunción de que en esos momentos Ramón se encontrara en la casa o que, aun no encontrándose, encomendara a tercera persona que allí se encontrara la entrega de la sustancia a Inocencio . Evidentemente, son indicios poco consistentes para dar por probada la tesis acusatoria respecto de este hecho, esencialmente porque caben hipótesis alternativas de similar consistencia, como que ya portara la sustancia al ingresar al domicilio y su presencia en el mismo obedeciera a otra finalidad (tesis sostenida por el acusado cuando afirmó que iba a su casa a hacer un power point y le estaba haciendo una página web).

c) Hechos del 30 de noviembre

Como ya se refirió al tratar la cuestión previa, se narra en la solicitud de entrada y registro que sobre las 20,50 horas llegó al domicilio investigado una persona que resultó ser Justo y que tras manipular su teléfono móvil accedió al interior de la finca investigada sin pulsar el telefonillo. Pasados unos instantes esta persona salió del lugar con dirección a la Glorieta de Bilbao, siendo seguido por agentes sin perderle de vista, los cuales le interceptaron a la altura de la calle Hertenbusch, preguntado por si portaba algún tipo de sustancia estupefaciente, manifestó que sí, haciendo entrega de una bolsita conteniendo una sustancia cristalina rocosa a la que, tras realizarle narcotest, dio positivo a metanfetamina. El acta de aprehensión consta unido al folio 317 y el acta de vigilancia al folio 313.

Declararon en el acto del juicio los agentes que realizaron la intervención. El número NUM019 manifestó sobre esta incautación del 30 de noviembre que vieron cómo llegaba, tocaba al portero y salía a los pocos minutos y al identificarlo les dijo que la sustancia la había comprado a Ramón , que trabajaba en la obra. Ratificó que se hizo acta y en el acta no figura a quién la compró. Señaló que "recuerda el detalle", aunque ni figure en diligencias. Exhibida las firmas obrantes al folio 314 (pie del acta de intervención) reconoce su firma, la de la derecha. Preguntado por qué no se hizo referencia a tal detalle en el atestado refirió que "lo he recordado ahora" y por la razón de que no constara en las diligencias dijo que "si no aparece en diligencias pues ya está", El agente NUM020 (folio 313) no manifestó al respecto.

A diferencia de las otras dos intervenciones de sustancias objeto de acusación, en ésta que ahora tratamos sí que hay un agente de policía que indica que el presunto comprador le reconoció haber comprado la sustancia a Ramón . Sin embargo, su testimonio en el acto del juicio lo reputamos inconsistente. En primer lugar porque, ya desde el principio de su declaración, manifestó dudas sobre recordar correctamente la intervención, lo que justifica extremar las cautelas sobre sus afirmaciones. En segundo lugar porque, al ser preguntado por hechos de relevancia como por qué no se hizo constar en el acta de la intervención ni en el de la aprehensión tal circunstancia (la identificación del vendedor) no dejó de responder con cierta ligereza, indicando "si no aparece en diligencias pues ya está". Pues bien, al contrario, si se está realizando una investigación sobre tráfico ilícito de estupefacientes y tras meses de investigaciones, incluidas intervenciones telefónicas, sólo se han interceptado dos presuntos actos de tráfico con intervención de sustancia (el último de ellos, seis meses atrás), no podía reputar uno de los agentes intervinientes en los dispositivos como poco relevante no consignar en el acta de la intervención -no el de la aprensión en sí-, al describir en qué consistió la actuación (folio 313 y 314) el hecho de que la persona interceptada les hubiera reconocido que la había adquirido a Ramón . Máxime, cuando esta actuación se incluye como uno de los hechos justificativos de solicitar la entrada y registro en el domicilio. Leída con atención las manifestaciones de los agentes en dicho acta (folio 313) puede advertirse con facilidad que ninguna mención hacen a que les reconociera la identidad del vendedor. Lo único que se consigna es que le preguntaron si portaba alguna sustancia estupefaciente y manifestó que si, entregando



una bolsita. Por tanto, la manifestación del agente NUM019 en el acto del juicio no deja de ser sorpresiva y no se cohonestaba con lo reflejado en su día en el atestado en que se incluyó la intervención.

Sobre esta intervención cabe añadir, además, como tercera razón para generar dudas sobre su credibilidad, que compareció como testigo al acto del juicio el presunto comprador, Justo. El mismo manifestó que cuando le paró la policía era una época de consumo bastante grande. Fue al domicilio a ver a Ramón como muchas veces que iba al centro de Madrid. Pudo estar dos o tres horas. Indicó que la sustancia que llevaba la compró en Tetuán, a su camello y negó que la policía no le tomó declaración.

De esta declaración lo esencial es que niega que hubiera comprado la sustancia a

Ramón. Puede decirse que habida cuenta que manifestó tener amistad con Ramón (le conoce porque su madre fue su representante desde que tenía 13 años y le ha contratado en algún evento, siendo relación de amistad, familiar) pudiera intentar no perjudicarlo. Ello desde luego podría suceder, mas no habría razón entonces para que lo negara en el plenario y lo reconociera ante agentes que le interceptan en la vía pública cuando no se le interceptó en el portal de la vivienda de Ramón, lo que le podría abocar a tener que reconocerlo, sino a unos seiscientos metros de allí, (que es la distancia que puede reputarse que existe entre la DIRECCION000 y la calle Harzentbusch). Tampoco existen razones para pensar que pudiera tener intención de contrarrestar la manifestación previa del agente de policía en el juicio, pues compareció por medio de zoom desde Valencia en la misma sesión, sin posibilidad aparente de tener conocimiento de lo que se había expuesto.

Estas circunstancias hacen que no consideremos el relato del testigo increíble, lo que unido a las deficiencias que hemos señalado en la declaración del agente NUM019 y su falta de correlación con lo reflejado en el atestado en cuanto a la afirmación de que Ramón habría vendido la sustancia, hace que no estimemos que esta testifical permita acreditar la existencia de un acto de venta por parte del acusado el 30 de noviembre de 2020.

En suma, tres aprehensiones de sustancia incluidas en el escrito de acusación no ofrecieron la consistencia necesaria para justificar que aisladamente constituyeran actos de tráfico por parte de Ramón ni que en su conjunto evidenciara esa dedicación a la distribución que se atribuía al acusado. Y aun cuando el hallazgo de la sustancia encontrada en su domicilio hubiera podido ser objeto de valoración, dada la escasa cantidad de la misma, que no se trataba de metanfetamina o mefedrona, (sustancias que justificaba la investigación) y la ausencia de útiles "de corte" que evidenciaran tratarse de un lugar de distribución (lo único que se encontró fue una pequeña balanza pero en poder del acusado cuando fue detenido en la vía pública, lo que no es indicio consistente de lo que pudiera realizarse en la vivienda), unido al carácter de toxicómano del acusado (como acreditan los informes del SAJIAD aportado a los autos y no impugnados), difícilmente pudiera haberse estimado lo intervenido como la posesión de una sustancia preordenada al tráfico.

2º) Secundino

En el escrito de acusación se decía que Ramón se valía de este acusado, como su hombre de confianza, para hacer llegar la sustancia estupefaciente a terceras personas, regresando luego al domicilio de Ramón para hacerle entrega del dinero obtenido con la venta. Al margen de este enunciado de carácter general se identificaba como hecho objeto de imputación la intervención del día 27 de abril de 2020, donde Secundino habría acudido para entregar a un tercero (Rosendo) una bolsita conteniendo metanfetamina (0,94 gramos con una pureza del 76,7%) que habría recogido del domicilio de Ramón, al cual habría de volver después de perfeccionar el acto de venta para entregar el dinero obtenido a Ramón. Se le desvinculaba en el escrito de acusación de las sustancias poseídas por los otros dos acusados.

Como decíamos, ya hemos tratado ampliamente esta intervención, si bien desde la perspectiva de su utilidad como indicio en orden a acordar las intervenciones telefónicas y con los datos que, en ese momento, se pudieron en conocimiento del juez de instrucción. Se añadirán ahora otras consideraciones propias de la valoración de la prueba efectuada en el plenario, en cuanto que este hecho no estaba afectado por la conexión de antijuridicidad con las intervenciones telefónicas.

La acusación se basa en que, en el momento en que se le interviene la metanfetamina que portaba había llegado al lugar procedente del edificio de la DIRECCION000. Se estima por la acusación que se trataba de un acto potencial de tráfico de sustancia estupefaciente el portar la sustancia, entablar conversación con quien supuestamente esperaban el portal y llegar en un Uber que había sido solicitada por dicha persona (Rosendo), contratado con carácter de ida y vuelta. La sucesión de hechos es ratificada en el acto del juicio por el instructor de las diligencias y por el agente NUM002. Ambos manifestaron que vieron como Secundino entraba y salía del edificio de la DIRECCION000, que le siguieron en el trayecto de Uber. Llegados al lugar vieron cómo Secundino contactaba con la persona que supuestamente le esperaba y se dirigió con un billete de cincuenta euros al conductor del Uber, ratificando que no existió intercambio de sustancia y que examinando el trayecto



en la aplicación del conductor vieron que era de ida y vuelta a la DIRECCION000 extremo este último que luego negó el conductor del Uber en su declaración. En todo caso constaba en un pantallazo a tal efecto en el atestado inicial.

Decíamos en sede de cuestiones previas que ninguna averiguación se hizo sobre quién era Secundino, en el sentido de dónde residía, medios de vida, eventual relación con el propietario del inmueble hubo otros datos de interés relativos al mismo. Pues bien, en el acto del juicio se practicó prueba de carácter personal que sobradamente acreditó tales extremos. Queda claro que Secundino, "Capazorras", como se le conocía coloquialmente, era ciudadano de origen cubano y colaborador de Ramón en su compañía de danza, tanto desde el punto de vista de la infraestructura inherente a los espectáculos (utillaje, escenografía, transporte) como eventualmente de bailarín para cubrir bajas ocasiones del elenco. Ambos acusados mantenían una relación personal estrecha y no dudamos que podía tratarse de uno de sus colaboradores más próximos. Podía ser, por tanto, habitual, que "Capazorras" acudiera de un modo continuo al domicilio de Ramón, pues incluso, realizaba elementos del decorado en el propio domicilio.

Todo lo hasta aquí expuesto se desprende de las declaraciones de ambos acusados, mas también de las distintas testificales que a ello se refirieron, tales como las mujeres de ambos, Tamara y Josefina, o la bailarina de la compañía Patricia

Con base en estos datos, la frecuencia de la presencia de Secundino en el domicilio de Ramón no puede ser dato consistente a tomar en consideración para estimar que acudir frecuentemente al domicilio tuviera por finalidad el traslado de sustancia estupefaciente.

Sobre los hechos del 27 de abril, lo esencial es que se le interviene una papelina de lo que resultó ser metanfetamina. Ya razonábamos toda la secuencia de hechos al tratar la cuestión previa, a lo cual nos remitimos.

En el acto del juicio, el presunto comprador vino a negar, en lo que recuerda, que encargara algún tipo de sustancia estupefaciente y que, por tanto, Secundino fuera a entregársela.

Por su parte, el acusado Secundino manifestó que el 27 de abril no tomó droga de casa de Ramón y que la droga que le incautaron la había comprado en Usera en la calle Amor. El Uber lo pidió Rosendo, con el que había contactado a través de "Tinder". Añadió que era consumidor habitual de metanfetamina, porque "activaba" y también para mantener relaciones sexuales, por lo que la droga que portaba era suya y para consumo propio.

Ante los elementos probatorios descritos no estimamos acreditado que la sustancia poseída por Secundino estuviera destinada al tráfico o que se hubiera intentado perfeccionar un acto de venta.

Las circunstancias que pudieron llevar a "Capazorras" a la DIRECCION005, habrían de inferirse de los hechos allí acontecidos que, dada la rápida intervención policial, impidieron que se perfeccionara o cuanto menos, se iniciara, al acto de venta que sospechaban los agentes que se realizaría. Los hechos efectivamente producidos son un breve contacto con Rosendo y la entrega de un billete de cincuenta euros parece que destinados al conducto del Uber, lo que de por sí no puede denotar una pretensión de acto de tráfico. No se describe por los agentes que realizaron la vigilancia ningún acto inequívoco que pudiera denotar tal intención. Ante ello, el único indicio consistente es que el viaje de Uber fuera de ida y vuelta, ante lo que, incluso, discrepa el conductor, si bien consta en las actuaciones el pantallazo que así lo reflejaba. Mas este indicio es insuficiente para dar por probado que se pretendía traficar con la sustancia.

En cuanto a si, por la cantidad de la sustancia portada por el acusado, pudiera estimarse que se trataba de una posesión preordenada al tráfico, atendiendo a las Tablas del Instituto Nacional de Toxicología, la previsión de consumo de metanfetamina entre tres y cinco días es de 0,3 gramos. En este caso, dicha cantidad se excedería, pues se trataba de 0,72 gramos de metanfetamina, descontado el índice de impureza.

Indica la STS 391/22 de 21 de abril que *"los patrones ordinarios de autoconsumo a los que la jurisprudencia se refiere no constituyen reglas fijas, casi meros mecanismos aritméticos, para determinar indefectiblemente el destino de la droga, de manera que, superadas determinadas magnitudes, hubiera de concluirse siempre que su destino es el tráfico; y, cuando no se alcanza, que estuvieran destinadas al propio consumo. Se aporta con dichas reglas generales un criterio de valoración, de utilidad para determinar la existencia del aspecto subjetivo del tipo penal (el propósito del tenedor de la sustancia), que debe ser ponderado, junto a otros eventualmente concurrentes, con dicho fin. En este sentido, y por todas, conviene recordar lo que al respecto se observaba en nuestra sentencia número 1335/2011, de 5 de diciembre: «Con respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo (STS 903/2007, de 15 de noviembre), sobre la finalidad de facilitar a terceros las sustancias estupefacientes, este ánimo tendencial -en la posesión de droga- se exige para considerarla delictiva como un elemento subjetivo, cuya probanza puede venir de la mano de una prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta y*



conocieron tal intención de entrega a terceros, y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados y de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia, se infiere la existencia de aquel elemento subjetivo. Y añade que, " los criterios que se manejan para inducir el fin de traficar con la droga son: la cantidad, pureza, variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentación para propagación, elaboración o comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la falta de acreditación de la previa dependencia, entendiéndose como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas; la actitud adoptada al producirse la ocupación; la forma de reaccionar ante la presencia policial, el instinto disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla; e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado".

En este caso, la cantidad portada excedía del límite indicado. Ahora bien, se ha ponderar el carácter de consumidor del acusado, acreditado por el informe del SAJIAD de fecha 1 de febrero de 2023 (folios 526 y ss del Rollo de Sala) donde se referencia que informó el acusado que sobre 2019 y 2020 era consumidor de cocaína, que sustituyó por metanfetamina (sin precisar la fecha) y se concluye que presenta síndrome de dependencia a metanfetamina, con lo que no cabe descartar que en efecto, en el momento de la intervención fuera ya consumidor de dicha sustancia. Por otra parte, el valor de la sustancia portada era escaso, 24,42 euros, cantidad no indicativa de que su acopio se debía a destinarla a la venta.

Por estas circunstancias no puede inferirse con la necesaria solidez que la sustancia portada estuviera destinada al tráfico.

Éste era el hecho esencial en que se fundaba la acusación contra Secundino. Ninguna de las otras transacciones objeto de acusación se vinculan a él, como tampoco la existencia de sustancia en el domicilio de los otros acusados.

La genérica atribución de la condición de colaborador en el tráfico de sustancias que llevaría a cabo Ramón decae en primer lugar porque no se ha dado por probada respecto de aquella tal actividad de tráfico e igualmente porque no se le asociaba a actos concretos objeto de acusación más allá del aquí tratado.

3º) Rubén

El principal hecho imputado al mismo deriva de la posesión de sustancia en su domicilio, en concreto, metanfetamina, en la cantidad consignada en el escrito de acusación. Como ya se ha expresado al analizar la conexión de antijuridicidad derivada de la declaración de nulidad de las intervenciones telefónicas, la misma se extendía a la entrada y registro llevada a cabo en el domicilio de Rubén, con lo que no puede tomarse en consideración el material probatorio consistente en la aprehensión de la sustancia. Era ésta el principal y prácticamente único elemento probatorio de cargo contra el acusado, al margen de lo que resultara de la interpretación de las conversiones telefónicas, cuyo contenido también ha quedado excluido.

Más allá de lo anterior, no han existido vigilancias policiales desconectadas del material probatorio ilícito que afectara a Rubén que hubiera de analizar para determinar su participación en acto alguno de tráfico.

Tampoco ha existido un reconocimiento de los hechos por parte del acusado, esto es, formar parte junto con Ramón de una actividad de tráfico de sustancias estupefacientes de la que formaría parte la posesión de sustancia en su domicilio, pues en todo momento manifestó en el acto del juicio que lo que pudiera haber en su domicilio estaba destinado a su consumo y al de su pareja en aquel momento, Luis Pedro, lo que vino a ratificar éste en el acto del juicio.

Es decir, al margen del material probatorio que no puede ser valorado, no existen elementos probatorios independientes que permitan acreditar la posesión de sustancia preordinada al tráfico por parte de este acusado o su colaboración con Ramón en el tráfico de sustancias estupefacientes. De hecho, dudamos que aun con la valoración del material probatorio excluido, constituido por las conversaciones telefónicas, pudiera haberse concluido la existencia de esa asociación u organización entre ambo para el tráfico de estupefacientes, como se sostenía en el escrito de acusación, pues en nada cristalizó el supuesto intento de alquiler de un trastero -y con las dudas de si en efecto no estaría referido a la logística de la actividad artística de los acusados-, el supuesto intento de compra de un kilogramo de metanfetamina -con serias dudas de que pudiera tratarse de un comprar conjunta, compra que, en todo caso, no parece que tuviera lugar-; como tampoco parecía evidenciarse con una mínima consistente la hipótesis apuntada por los investigadores de la existencia de algún intento de financiación de producciones artísticas en que participaban Ramón y Rubén con los ingresos derivados de esa presunta actividad común de tráfico o, en definitiva, la existencia de un negocio común de tráfico ilícito de estupefacientes.



Por tanto, no acreditándose los hechos objetos de acusación procede, conforme al art. 24. CE, la absolución de los tres acusados.

CUARTO.- Conforme al artículo 123 CP procede declarar las costas de oficio.

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Que absolvemos a Ramón , Rubén y a Secundino de los delitos que eran objeto de acusación.

Se declaran las costas de oficio.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación del que conocerá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que deberá ser presentado ante esta Audiencia en el plazo de diez 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.