

 **JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO***Fiscal*

ENUNCIADO

Ante las sospechas por parte de la policía de que una persona podría dedicarse habitualmente a la distribución de sustancias estupefacientes, hallado un teléfono móvil que contenía textos indiciarios de la actividad ilícita, y tras las investigaciones y seguimientos policiales pertinentes, de los que se deduce que, normalmente, esa persona contactaba con los potenciales consumidores a través de un teléfono, se solicita del Juzgado la intervención del número telefónico, con el oficio en el que se aportan los indicios hasta ese momento, sin que previamente se realice cotejo alguno por parte del Juez de los indicios habilitantes, es decir, que no se comprueba por el Juez ni el Secretario el contenido de los textos SMS, si bien se fundamenta el auto de autorización con base en los indicios aportados por la policía, que son los que producen proporcionalidad, racionalidad y necesidad de la medida judicial, aun cuando no se comprueba judicialmente la veracidad de los indicios.

Autorizada la intervención mediante la oportuna resolución judicial con la motivación que el Juez consideró oportuna, se insta de la policía, cada 15 días, que aporte al Juzgado el resultado de las escuchas. En consecuencia con lo ordenado por la autoridad judicial, remite, en plazo, al Juzgado una transcripción literal de parte de las conversaciones más importantes obtenidas –las más relevantes–, así como parte de las cintas grabadas.

No se remite todo ello al Juez, tan sólo una parte (como queda apuntado en el párrafo anterior), con la petición expresa de prórroga de la autorización de las escuchas, ante las sospechas fundadas de que, en el domicilio del titular del móvil, pudiera encontrarse una cantidad mayor de droga y ser la sede del almacenamiento de toda la sustancia estupefaciente a intervenir. Se concede la prórroga sin que el Secretario judicial ni el Juez mismo escucharan o leyeran los contenidos de la documentación nueva que se les adjuntaba por los funcionarios, con un auto de prórroga tácito o extensivo y complementario del anterior y de la motivación en él contenido, por entenderse que la solicitud no variaba las circunstancias que aconsejaron acordar la intervención telefónica, siendo irrelevantes los nuevos argumentos que pudieran deducirse del control, al no pretender otra cosa que la continuidad de lo ya acordado.

Se solicita, a resultas de lo escuchado e investigado, como consecuencia de la prórroga concedida, la entrada y registro en el domicilio habitado de la persona en cuestión, previamente ya detenida. Registro autorizado judicialmente, que se lleva a efecto sin presencia del interesado, aun cuando sí estuvo el Secretario Judicial.

Efectuado el registro con las condiciones legales indicadas, se obtienen pruebas directas e indirectas relacionadas con el delito que se estaba investigando.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Son válidos los simples indicios o es preciso comprobar judicialmente su existencia antes del auto judicial de intervención telefónica?
2. ¿La prórroga de la intervención telefónica tiene más garantías o no que la concesión judicial inicial?
3. ¿Qué derecho se infringe con la entrada y registro domiciliario? ¿Se puede valorar la prueba que resulta del registro?

SOLUCIÓN

1. La primera de las cuestiones plantea el derecho de todo imputado o procesado a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia. Asimismo, se muestra la sutileza en la distinción entre los indicios que proporciona la policía en su oficio inicial, que sirven para el auto motivado del Juez, y la comprobación de esos indicios antes de dictarse el auto.

Evidentemente, el caso muestra el supuesto del Juez que autoriza la investigación con base en los indicios aportados por la policía que investiga. Se parte del supuesto de la aprehensión de un teléfono móvil que contiene mensajes de texto comprometedores para su poseedor, de los cuales se deduce indiciariamente que se puede dedicar al tráfico de estupefacientes. Recogida la información se remite el oficio al Juez, que pretende continuar con las investigaciones, y el Juez dicta el auto motivado autorizando la intervención telefónica, resaltando los indicios deducidos de la petición de la policía por las investigaciones realizadas hasta ese momento, sin que se infiera, o se considere necesaria, la previa comprobación, mediante el oportuno cotejo por el Juez o el Secretario Judicial, de los textos SMS existentes en el móvil. Y así las cosas, posteriormente, cuando se avanza en las investigaciones, se solicita otra prórroga, que resulta concedida, previa recepción por el Juzgado de otras cintas grabadas (producto de las escuchas autorizadas), sin que el Juez ni el Secretario Judicial realicen nuevamente el cotejo de las cintas, o sea, la transcripción literal de las mismas, dictándose, nuevamente, el auto de prórroga de la intervención judicial; pero, ¡eso sí!, motivadamente. Una motivación deducida de lo aportado por la policía, que era consecuencia de lo exigido por el original auto inicial, cada 15 días de investigación (o control judicial de la investigación).

Dejarse llevar, sin más, del oficio de la policía parece impedir un juicio favorable a las resoluciones judiciales que autorizan la intervención y la prórroga telefónicas. Visto así, simplemente, es difícil pensar que no se haya vulnerado la presunción de inocencia o la tutela judicial efectiva de un proceso con todas las garantías legales (art. 24.1 y 2 de la CE) ante la falta de cautelas judiciales. Resulta, no obstante, que ese proceder es común, y es práctica judicial actuar así. Lo que no cabe es autorizar la intervención cuando, del oficio de la policía, no se deducen racionalmente la criminalidad o los indicios. Todo lo carente de fundamento está proscribiendo la resolución judicial. Cuando el oficio explicita adecuadamente unos hechos necesitados de investigación judicial, no es necesaria la verificación de la información, el cotejo, o la verificación del procedimiento utilizado por la policía, bastándole a los juicios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad (esto sí es necesario judicialmente y entra en la actitud reflexiva interna del Juez, que no constatable mediante refrendos externos de comprobación) los indicios proporcionados por el oficio de la policía. Obsérvese, además, que la interposición de un recurso de casación fundamentado en esta vulneración, cuando se ha motivado el auto con fundamento en los indicios del oficio, tiene pocas probabilidades de prosperar, pues, dada la idiosincrasia descrita en los asuntos de esta naturaleza, basta con la motivación suficiente del auto para que el proceso de reflexión de Juez sea respetado, siendo difícil incluso llegar a la conclusión de que no se ha procedido a verificar la petición de la policía, pues pudiera formar parte de ese actuar interno de Juez, no revisable en casación, salvo cuando se exteriorice en un auto absurdo, contrario a la lógica del pensamiento o del razonamiento lógico.

Lo relevante son los indicios y de ellos se ha de predicar la veracidad. Veracidad sí, pero de los indicios. Suficiencia de los indicios y lectura del auto del Juez, suficientemente motivado, válidamente motivado gracias a esos indicios. Y esa veracidad indiciaria no debe confundirse con la comprobación judicial de los indicios. De ahí que nos pronunciemos a favor de la actuación judicial, independientemente de que ni el Juez ni el Secretario Judicial hubieren comprobado esos indicios mediante el cotejo de las cintas o la lectura de las grabaciones transcritas.

Las informaciones de la policía son normalmente de confidencias, a veces de anónimos. La comprobación es precisamente lo que viene después, con el auto autorizante y la investigación que se desarrolla. Es la comprobación judicial del indicio razonable aportado al Juez, detonante del proceder subsiguiente.

2. Hemos admitido en el número anterior la legalidad de la intervención judicial con las connotaciones que quedan escritas. Ahora se plantea la necesidad de prorrogar la medida. La policía, aportando parte de lo obtenido como consecuencia de los quince días de investigación, reclama al Juez otro auto de prórroga, quien, sin verificación previa de los contenidos, sirviéndose del nuevo oficio recibido, dicta auto motivado y concede la prórroga.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional en estos casos que en las solicitudes de prórroga de las escuchas telefónicas se sigue afectando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Hay que ver caso a caso; hay que comprender las circunstancias de esta nueva petición. Se insiste por la jurisprudencia que, en estos supuestos, la legitimidad de la prórroga está en la persistencia de las razones que, en su día, se tuvieron en cuenta para tomar la inicial decisión limitadora del derecho

fundamental aludido. Es necesario el control de la autorización primigenia, que se ha producido mediante la solicitud de entrega de resultados cada quince días a la autoridad judicial. El Juez debe conocer el resultado de la medida que legitima a la policía a actuar escuchando las conversaciones de otros. El Juez está investigando y no se pide en este momento procedimental que se realice una audición de cintas o incluso la contradicción con las partes de las cintas, porque simplemente se está investigando y no se pretende que, de momento, sea prueba para el juicio oral. Además quien oye y lee con más fundamento en este momento de la investigación es la policía especializada.

Lo que sí exige la jurisprudencia es, por ser prórroga, la motivación de los nuevos datos indiciarios. No basta la prórroga tácita; no es suficiente con el complemento del auto anterior, sin alusión a los nuevos indicios deducidos de las escuchas realizadas durante los primeros quince días. Importa poco que el Juez o el Secretario Judicial hayan cotejado o leído los documentos aportados por la policía; pero sí importa que no les haya sido entregado todo el material policial producto de la investigación, pues se coarta el control y se limita el entendimiento que justifica la proporcionalidad, racionalidad o necesidad de la prórroga.

Obró mal el Juez, en consecuencia, no motivando el auto de prórroga con los nuevos datos que proporcionaba el control precedente durante los quince días de escuchas. Hubo, asimismo, una entrega parcial del resultado de las investigaciones que limitaba el adecuado conocimiento judicial respecto del caso concreto, sobre el oficio remitido al Juez para la toma de decisión.

3. Practicar un registro domiciliario, incumpliendo alguno de los requisitos establecidos en los artículos 566 y 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede plantear tres posibles vulneraciones:

- a) El derecho a la inviolabilidad del domicilio.
- b) El de presunción de inocencia.
- c) El derecho a un proceso con todas las garantías.

Tiene declarado la jurisprudencia que para que una entrada y registro domiciliario sea legal y no infrinja el derecho a la inviolabilidad del domicilio, precisa, o bien la autorización del titular, o bien que estemos ante un delito flagrante, o, finalmente, que lo autorice el Juez por medio de auto motivado. Evidentemente, en el caso presente es el Juez el que autoriza la entrada y el registro con base en las pruebas que se están recabando de la investigación. Por tanto, parece concluyente que no se vulnera ese derecho fundamental. Sin embargo, no se nos escapa que la Ley Procesal Criminal exige unos requisitos (arts. 566 y 569) para la buena práctica de la entrada y registro. La no presencia del «interesado», entendido como el titular de la vivienda, supone un defecto procesal grave de legalidad ordinaria, por lo que la prueba obtenida, si es única prueba de cargo, tanto directa como indirecta, afectada, en este último caso de la conexión de la antijuridicidad, hace que se pueda producir una vulneración del proceso con todas las garantías legales, afectando, en conclusión, a la presunción de inocencia y siendo de aplicación el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1985, del Poder Judicial, sobre los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida.

Ahora bien, es de apreciar que la presencia del Secretario Judicial, aun con la ausencia del interesado, no frustra ninguna defensa que éste pudiera haber ejercido, ni impide la valoración de la prueba practicada, como ya ha tenido ocasión de manifestar en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello, el caso plantea un defecto de legalidad (la ausencia del interesado) y un complemento de garantía (la presencia del Secretario Judicial) que permite la valoración de la prueba, y un auto judicial que impide la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 24.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 566 y 569.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.
- SSTC 181/1995, 49/1999, 171/1999 y 138/2001.
- SSTS de 28 de julio de 2000 y 239/1999, 41/2005 y 202/2001, de 15 de octubre.