

C. DERECHO
PENAL

NULIDAD DE PRUEBAS REALIZADAS CON
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES: LA CONEXIÓN DE
ANTI JURIDICIDAD

Núm.
145/2002

Casto PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

• ENUNCIADO:

El Juzgado de Instrucción de la localidad, como consecuencia de las investigaciones policia-les, según las cuales existían, al parecer, personas que se dedicaban al tráfico de estupefa-cientes, y que iban a recibir una importante cantidad de dicha droga con el fin de distribuirla entre las distintas discotecas de la ciudad, para lo cual se servían de un apartamento donde al parecer guardaban la sustancia, valiéndose de teléfonos móviles para concretar entregas y posteriores transacciones, procedió a la autorización de la intervención de las comunicacio-nes de varios titulares de teléfonos móviles, dictando el correspondiente auto, en el que se con-cretaban someramente las razones de la intervención, el plazo, un mes, susceptible de prórro-ga, y la necesidad de que fueran inmediatamente entregadas las grabaciones, para proceder a su cotejo con las transcripciones que debía realizar la Policía. El Juzgado, antes de recibir grabación alguna y de comprobar el contenido de las mismas, procedió a la prórroga de la autorización inicial, a petición de la Policía, sin más.

Posteriormente, a la vista de las escuchas, se comprobó la inminente entrega de una importe can-tidad de droga, que efectivamente recibieron los imputados, que recibieron en la vía pública, ante la vigilancia de la Policía, y que produjo la detención de los intervinientes, ocupándoles una importante cantidad de dinero así como más de 800 gramos de cocaína, reducida a pureza.

Como consecuencia de las actuaciones instructoras, se detuvo a tres personas que integraban el grupo que se dedicaba a la venta de la droga, las cuales declararon ante el Juez de ins-trucción, con asistencia de abogado y del Ministerio Fiscal, reconocieron los hechos y la par-ticipación en los mismos.

Calificados los hechos como constitutivos de delito contra la salud pública, agravados por la circunstancia de notoria importancia, se celebró el juicio oral durante el cual las defensas soli-citaron la absoluciónde sus representados, por entender que había existido una vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, que anulaba radicalmente todas las diligencias instructoras. Terminadas las sesiones del juicio oral, durante el cual se escucharon los testimonios de los policías, los informes de los peritos, así como los interro-gatorios de los acusados, sin que se realizara la efectiva audición de las cintas, ya que las par-tes las dieron por reproducidas, se dictó sentencia por el Tribunal, que declaró nulas las inter-vencciones telefónicas, no obstante lo cual condenó a los imputados como responsables del delito objeto de acusación.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

- ¿Qué incidencia tiene la declaración de nulidad de una prueba que afecta a derechos fundamentales?
- Posición que mantiene el Tribunal Supremo (TS).

• SOLUCIÓN:

En el caso que se propone se suscitan cuestiones de indudable trascendencia procesal que, relacionadas con los derechos fundamentales, como sucede con las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, tienen gran incidencia práctica.

En primer lugar analizaré cuáles son los requisitos que la jurisprudencia del TS y del Tribunal Constitucional (TC) han elaborado, con el fin de completar la escasa regulación legal que la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) recoge en el artículo 579, logrando una sólida doctrina que seguidamente mencionaré.

En tanto medio de investigación, la intervención de las comunicaciones requiere para que pueda considerarse válida una intromisión en la esfera privada de la persona, tres requisitos, que de no concurrir convertirían en ilegítima la intervención, por vulneración del artículo 18 de la Constitución Española:

1. Jurisdiccionalidad.

Sólo la autoridad judicial competente puede autorizar la invasión de la intimidad, para la averiguación de un delito concreto, a través de un proceso penal abierto, a través de una resolución que en forma de auto y razonablemente motivada, tanto respecto de la autorización inicial como la de las prórrogas, y por un período de tiempo concreto, y como máximo tres meses que establece el mencionado artículo 579 de la LECrim. Además se exige el control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la intervención, a través de la entrega al Juzgado de las cintas originales en su integridad.

2. Excepcionalidad.

Como restricción de un derecho fundamental, su utilización no puede ser ilimitada, por lo que no puede solicitarse ni concederse en todo caso. Será necesario que la Policía aporte la existencia de una investigación previa, cuyo avance precisa, por la naturaleza del caso, una intervención de las comunicaciones telefónicas. Por tanto, junto a la nota de excepcionalidad, deberá ser la medida idónea, necesaria, y subsidiaria del resto de medios de investigación; sólo en el caso de que no sea posible utilizar otros medios se recurrirá a éste. Se trata de impedir que lo excepcional no se considere normal, natural e ilimitado.

3. Proporcionalidad.

Indisolublemente unido al requisito de excepcionalidad, se encuentra éste, que exige que sólo para los hechos delictivos graves sea razonable y adecuado el uso de este medio de investigación. No sería aceptable la utilización de un medio limitador o vulnerador de un derecho fundamental, res-

pecto de delitos menos graves, o menores, o de faltas, ya que en otro caso desaparecería el requisito de la excepcionalidad.

De no concurrir en el caso concreto estos requisitos, la nulidad de la intervención sería insubsanable, y arrastraría a todas aquellas pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas, si se apreciara, como señala el TC, *conexión de antijuridicidad*.

Vistos los necesarios requisitos constitucionales, deben concurrir otros que afectan exclusivamente a la legalidad ordinaria.

Estos requisitos se refieren a la posibilidad de valoración directa por el Tribunal, y que determinan la incorporación al proceso de las cintas originales íntegras y la disponibilidad de las mismas por las partes a los efectos de lectura o audición, lo que implica la contradicción. No constituyen requisito legal las transcripciones escritas.

(SSTC que se refieren a la doctrina expuesta, entre otras, se destacan la de 14 de febrero de 1984, 27 de junio de 1988 y 20 de diciembre de 1999, y de SSTS destacar las de 26 de junio de 2000 y 6 de febrero de 2002)

El incumplimiento de estos requisitos impediría atribuir a las cintas el carácter de prueba de cargo, si bien, en nada obstaría que, en tanto medio de investigación y fuente de prueba, pudiera completarse con otros medios de otra índole, pruebas testificales.

Del texto del supuesto se desprende, inicialmente, un cumplimiento de los requisitos que jurisprudencialmente se exigen, ya que el Juez acordó mediante auto la intervención telefónica, remitiéndose en su fundamentación a las investigaciones policiales que, a través de vigilancias, acreditaban la existencia de indicios que justificaban la intervención, que fueron puestos en conocimiento del órgano judicial, a través de oficio en el que se solicitaba la intervención telefónica por la posible implicación en un delito de tráfico de estupefacientes, por tanto se cubren las exigencias de constitucionalidad, no obstante lo cual, y ante la falta de control ulterior por parte del Juzgado respecto de la remisión de las cintas y transcripciones, las prórrogas acordadas carecieron de motivación suficiente.

Esta resolución falta de motivación por la inexistencia de control previo de las prórrogas, motivó la nulidad de estas y todas aquellas pruebas relacionadas con el medio de investigación declarado nulo, modulado con la teoría de la conexión de la antijuridicidad.

La incidencia que tiene la nulidad es importante al impedir que pueda ser tenida en cuenta como prueba por el juzgador, y en el presente supuesto en nada incide respecto de la prueba practicada, a la vista de la jurisprudencia. El TS y el TC han declarado que no es la mera conexión natural o material lo que permite extender la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuridicidad, de manera que si ésta no se da, y hay otras pruebas que tengan una causa diferente ajena a la vulneración del derecho fundamental, puedan ser consideradas válidas y eficaces.

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», por lo que la declaración de nulidad radical de las pruebas obtenidas de esa manera necesariamente conducirá a analizar el alcance que tiene respecto de otras pruebas indirectamente conectadas con ellas. Será necesario:

- Una fuente probatoria o un medio de investigación obtenido con violación de algún derecho fundamental reconocido por la Constitución, y no meramente afectada por irregularidades procesales.
- Nexo causal entre la declarada nula y la realizada posteriormente, lo que no impide la acreditación de los hechos a través de otros medios independientes del medio declarado nulo, pues al care-

cer de conexión causal con aquélla no se encontrará afectada por la declaración de nulidad, no estará contaminada.

La desconexión causal que posibilita mantener la validez de la prueba no es preciso que sea absoluta, basta con una fuente probatoria independiente y válida, aunque convergente con sus resultados con la declarada nula.

(Ver SSTs de 28 de enero y 3 de junio de 2002)

En el presente caso, junto a la nulidad de las escuchas, es lo cierto que la detención de los imputados y la intervención de la sustancia estupefaciente se produjo como consecuencia de las escuchas, pero eso no invalida el resto de la prueba que se llevó a cabo con todos los requisitos constitucionales y legales, ya que las declaraciones de los imputados se celebraron en sede judicial, con intervención de abogado, y con las advertencias legales y, posteriormente, durante el juicio oral en las mismas condiciones de legalidad, e igualmente se puede decir de las declaraciones testimoniales, presididas por la contradicción y la oralidad, policías que efectuaron la detención y ocuparon la droga, así como otras pruebas ajenas a la afectada de nulidad.

Respecto de la declaración de los coimputados tiene declarado la jurisprudencia que pueden ser enervantes de la presunción de inocencia, si son claras, persistentes, ajenas a cualquier motivo espurio y corroboradas por datos periféricos, y puede ser valorada por el Tribunal, al ser totalmente ajena al material afectado por la vulneración del derecho fundamental, no sólo por la desconexión causal, sino también por la inexistencia de conexión de antijuridicidad con aquélla, al ser una diligencia lícita y prestada voluntariamente por el que la realiza, advertido de sus derechos, y por tanto libre de cualquier tipo de signo que la invalide. Como ha expresado el TC en Sentencia de 6 de junio de 1995 refiriéndose a la confesión del procesado que quien pudiendo negarse a declarar o limitarse a alegar desconocimiento de los objetos inculpativos obtenidos en su poder, que no se encuentra viciada de ilegalidad, o la Sentencia del TC de 29 de mayo de 2000 respecto de la declaración efectuada por el imputado en la que confesó, con todas las garantías.

En el caso los imputados reconocen ante el Juez de instrucción y luego en el plenario, instruido de sus derechos, asesorado, y en el ejercicio de su libertad de decidir, por lo que la misma es válida, y su origen no está en las intervenciones telefónicas declaradas nulas, y siendo válidas sólo será una cuestión de veracidad, y en principio tendrá, si reúne los requisitos antedichos, la consideración de prueba suficiente.

Por tanto la declaración de nulidad de las intervenciones no afectará al resto de las pruebas, dentro de las cuales se encuentran las declaraciones de los acusados reconociendo los hechos, así como las declaraciones de los testigos, policías, respecto de su actuación en las vigilancias y seguimientos efectuados al margen de las intervenciones telefónicas, respecto de lo que percibieron durante la investigación y ulteriores detenciones.

Conviene recordar que siendo ésta la posición mayoritaria en la Sala de lo Penal del TS no es unánime, entendiéndose por el sector discrepante que no puede en todo caso considerar inexistente la conexión de antijuridicidad, el vacío sería verdadero al prescindirse de las intervenciones telefónicas, ya que de éstas deriva todo el procedimiento, los interrogatorios que se realizan tienen su base inicial en aquéllas, y las declaraciones se hacen sin conocer la invalidez radical de ese elemento de cargo.

Parece claro, a la vista de la jurisprudencia, que la sentencia condenatoria no está huérfana de prueba, pese a la declaración de nulidad, por eso un hipotético recurso de casación basado en argu-

mentos mencionados no tendría visos de prosperar, sobre todo a la vista de la posición que se mantiene por el TS y el TC, que sin ser unánime es mayoritaria.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, art. 18.**
- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 579.**
- **Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.**