



Roj: **STS 881/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:881**

Id Cendoj: **28079120012020100157**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2020**

Nº de Recurso: **2749/2018**

Nº de Resolución: **141/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 141/2020

Fecha de sentencia: 13/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2749/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2749/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 141/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 13 de mayo de 2020.



Esta sala ha visto de casación con el nº 2749/2018, interpuesto por la representación procesal de D. Balbino , contra la sentencia dictada el 25 de junio de 2018, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, en el Rollo de Sala nº 15/2018, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017 dictada en el procedimiento abreviado nº 27/2017 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León, en la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de tráfico de drogas, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Jesús Manuel Morán Martínez; y defendido por el letrado D. Ricardo Rodiño Vázquez, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 7 de Ponferrada, tramitó procedimiento abreviado núm. 227/2016 por delito de tráfico de drogas, que causan grave daño a la salud, contra D. Balbino ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, (proc. abreviado nº 27/2017) y dictó Sentencia en fecha 29 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes hechos probados: «ÚNICO .- Se declara probado que "el día 7 de junio de 2016, sobre las 12:55 horas, el acusado Balbino salió de Villagarcía de Arosa a bordo del vehículo matrícula MBN propiedad de Damaso en dirección a la provincia de León con la sola finalidad de distribuir, a cambio de abundantes beneficios económicos y causando un evidente menoscabo a la salud de terceras personas, cocaína entre terceras personas.

En el momento de su detención sobre las 17:00 horas estando ya en el partido judicial de Ponferrada, Balbino portaba 99,98 gramos de cocaína con una pureza de 76,36%.

Las sustancias incautadas estaban destinadas a la distribución y venta a terceras personas y tienen un valor estimado en el mercado ilícito de 5.763,84 euros."

En la tarea de traficar con dicha droga Eleuterio era ayudado por Enrique , mayor de edad, con DNI NUM000 , sirviéndole de conductor y conociendo que Eleuterio , en esos viajes se dedicaba a traficar con droga"» (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: «Que debemos condenar y condenamos a Balbino , como autor responsable de un tráfico de drogas en la modalidad de causar grave daño a la salud de los art. 368.1 del C.P. sin concurrencia de circunstancias modificativas de a responsabilidad penal a la pena de cuatro años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y a la multa de 10.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados y el abono de la mitad de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Balbino abonará el tiempo que estuvo en prisión provisional desde el 8/6/16 hasta el 2/8/16.

Que debemos condenar y condenamos a Felix , como cómplice responsable de un delito de tráfico de drogas en la modalidad de causar grave daño a la salud del art 368.1 del C.P. sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la multa de 5.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada 100 euros impagados y al abono de la mitad de las costas procesales.

Se acuerda el comiso de las sustancias, efectos, bienes y ganancias aprehendidas con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 y 374 del C.P. vigentes al tiempo de cometer los hechos.

La presente resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del TSJ de Castilla y León.

Una vez firme la presente sentencia procederá la destrucción de las sustancias intervenidas, incluyéndose las muestras reservadas para el acto del juicio oral, para el caso de que no haberse llevado a cabo con anterioridad su destrucción.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 20/2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, con sede en Burgos en fecha 25 de junio de 2018, en el rollo de apelación núm. 15/2016, cuyo Fallo es el siguiente: «Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por los condenados contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con costas por mitad a los apelantes.»



CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Balbino que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim., y 5.4. LOPJ, por vulneración del derecho fundamental del art. 18.1 C.E., y art. 24.2 C.E., en relación con lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, por vulneración del derecho a la intimidad y a la presunción de inocencia.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim., por infracción del art. 368 del CP, en relación con lo dispuesto en el art. 66.1, apartado 6º, del CP, respecto de la individualización de la pena.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 5 de noviembre de 2018, interesó la desestimación del motivo, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de marzo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 539/2017, 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018, condenó al acusado Balbino, como autor responsable de un delito contra la salud pública, a la pena de 4 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 10.000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de prisión por cada 100 euros impagados.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formalizan dos motivos, impugnados ambos por el Ministerio Fiscal. Ya anticipamos que la estimación del primero de ellos, por vulneración de derechos fundamentales, hará innecesario el examen del segundo, que se apoya, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en la indebida aplicación del art. 368, en relación con el art. 66.1, apartado 6 del CP, que debería haber conducido -se razona- a una pena inferior a la finalmente impuesta en la instancia, en una interpretación proporcionada a la real gravedad de los hechos.

2.- El primero de los motivos sostiene, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración del derecho fundamental a la intimidad del art. 18 de la CE.

Razona la defensa que el auto de fecha 24 de mayo de 2016, que autorizó la instalación y uso por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo habitualmente utilizado por el acusado, es nulo de pleno derecho. Argumenta el recurrente que el oficio de fecha 20 de mayo de 2016 de la Guardia Civil de Ponferrada, dirigido al Juzgado de instrucción núm. 7 de esa localidad, era manifiestamente insuficiente para justificar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad de Balbino. La información obtenida por los agentes, que luego permitió interceptar y detener al acusado cuando éste portaba 99,98 gramos de cocaína con una pureza del 76,36%, sólo fue posible -se aduce- a partir de una violación del espacio de intimidad que nuestro sistema constitucional reconoce y reserva a cada ciudadano. Esa contaminación de la fuente probatoria habría proyectado sus perjudiciales efectos al resto de las pruebas ponderadas por el órgano decisorio. Su clara conexión de antijuridicidad impediría la producción de efectos desde el punto de vista probatorio (art. 11 LOPJ).

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

2.1.- La utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización cuenta con la cobertura jurídica del art. 588 *quinquies*, apartados b) y c) de la LECrim. La reforma operada por la LO 13/2015, 5 de octubre, quiso así dar respuesta a una necesidad ya sentida años atrás, en la que el conocimiento por los investigadores del lugar exacto -presente, pasado o futuro- en el que podía hallarse una persona, podía resultar absolutamente decisivo para el esclarecimiento del hecho imputado.

El legislador consideró necesario someter a autorización judicial la instalación de ese tipo de dispositivos, pese a que la jurisprudencia de esta Sala no caminaba de forma decidida en esa misma dirección. El debate acerca de la conveniencia de la habilitación judicial no era exclusivo de la dogmática ni de la jurisprudencia españolas. Puede ser suficiente en tal sentido la cita de la conocida sentencia del Tribunal Supremo americano



de 23 de enero de 2012 -caso *United States v. Antoine Jones*, 565 US-. en la que, después de intensos debates que llevaron a lo que algún jurista ha llamado un esfuerzo argumental *agónico*, los Magistrados pudieron liberarse de la rígida singularidad del sistema constitucional americano que asocia la defensa de la privacidad a la del derecho de propiedad. Con una vocación eminentemente rupturista, el Tribunal Supremo americano consideró nula la prueba que había llevado a los agentes a la instalación de un GPS en el vehículo usado por el sospechoso. Se declaró que esa diligencia de investigación menoscababa la privacidad del sospechoso y, por consiguiente, vulneraba la cuarta enmienda.

La jurisprudencia del TEDH -sentencia 2 de septiembre de 2010, caso *Uzun v. Alemania*-, incluyó en el contenido material del art. 8.1 del CEDH el derecho de todo ciudadano a mantener contacto con cualesquiera otras personas y a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a innecesarias injerencias en su vida privada. Pese a ello, consideró que la legislación alemana, que no exige autorización judicial para la instalación de esos dispositivos, no vulneraba los principios del Convenio de Roma, siempre que se definan legalmente los presupuestos de limitación temporal y su adopción respete las exigencias del principio de proporcionalidad.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias oportunidades acerca de la legitimidad del empleo por los investigadores de este tipo de dispositivos. La ausencia de una cobertura normativa precisa, paralela de ordinario a su utilización en procedimiento penales para la investigación de delitos de especial gravedad ha venido condicionando nuestra respuesta. La STS 798/2013, 5 de noviembre, ante la alegada quiebra del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones por parte del recurrente -que invocaba en su favor la STEDH 2 de septiembre de 2010 (caso *Uzun v. Alemania*)-, descartó cualquier vulneración constitucional. Se trataba de la utilización de este tipo de instrumentos adoptada por iniciativa del Servicio de Vigilancia Aduanera para conocer la ubicación geográfica de un barco que portaba un importante cargamento de droga. La sentencia subraya la normalidad de la utilización de esas balizas y concluye: «... siendo así no se aprecia violación alguna del derecho a la intimidad. El uso de radiotransmisores (balizas de seguimiento GPS), para la localización de embarcaciones en alta mar por la policía no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones o supone una injerencia excesiva sobre el derecho fundamental a la intimidad a los efectos de exigir un control jurisdiccional previo y una ponderación sobre dicha afectación constitucional. Para esta Sala Segunda Tribunal Supremo la ausencia de relevancia constitucional se deriva de que se trata de "diligencias de investigación legítimas desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en su derecho fundamental que requeriría la intervención judicial" (SSTS 22.6.2007 , 11.7.2008 , 19.12.2008), e incluso la sentencia TEDH citada en el recurso, caso *Uzun c. Alemania* de 2.9.2010, en un caso de intervención de una cabina telefónica habitualmente usada por un supuesto terrorista, si bien consideró que tal vigilancia a través del sistema GPS, y procesamiento de los datos obtenidos constituía una injerencia en la vida privada, art. 8 Convenio, también precisó que la vigilancia GPS, por su propia naturaleza debe distinguirse de otros métodos de seguimiento acústico o visual que, por regla general son más susceptibles de interferir en el derecho de la persona al respeto de su vida privada, porque revelan unas informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos».

La STS 523/2008, 11 de julio, avaló la utilización de este tipo de dispositivos que, en el caso enjuiciado, habían sido adosados por agentes de policía a una embarcación. La equívoca invocación por la defensa del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la CE), facilitó el argumento mediante el que la Sala desestimó la alegada vulneración de derechos fundamentales: «... el submotivo 2 b) concierne a la vulneración del derecho a la "intimidad de domicilio", reconocido en el art. 18.2 CE . Para lo que se aduce que en el puente del (buque) fue colocado por el SVA una baliza de seguimiento y localización. En primer lugar, no consta que para situar el artilugio fuera necesario entrar en algún recinto que constituyera un domicilio de los previstos en los arts. 554 o 561 LECrim . (...) Atendidos los documentos de los folios 3510 a 3515 y las declaraciones en el juicio oral de los funcionarios del SVA con números terminados en NUM001 y NUM002 respecto a la colocación exterior de la baliza en la magistral. Por otra parte, nada permite afirmar que la baliza fuera utilizada para clase alguna de injerencia en las conversaciones o mensajes de los investigados ».

Similar desenfoque está en la base del discurso argumental mediante el que la defensa del recurrente intentó obtener la nulidad probatoria por la utilización de una baliza. En la STS 55/2007, 23 de enero, se alegaba la vulneración del derecho a la libertad ambulatoria por la utilización de una baliza -dato, por otra parte, no acreditado- sin el debido control judicial: « ...al margen de lo discutible que pudiera resultar el que, en efecto, esa instalación de un dispositivo localizador en un buque, deba de ser tenida como una verdadera injerencia en el derecho a la libertad ambulatoria y, por ello, precisando del requisito de autorización judicial, lo cierto es que, como con tanto acierto señala la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico Cuarto, ni tan siquiera ha quedado acreditado en el presente caso que se hubiera llevado a cabo esa operación de balizamiento de cuya práctica intentan deducirse consecuencias anulatorias para las pruebas obtenidas y, en concreto, para la ocupación de la sustancia de tráfico prohibido».



No han faltado precedentes que han desconectado el valor intrusivo de este tipo de dispositivos respecto del contenido material del derecho constitucional a la intimidad. Es el caso de la STS 562/2007, 22 de junio: «... en el segundo de los motivos de su oposición denuncian la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido y a la intimidad que concretan en el hecho de haber colocado una baliza de seguimiento sin autorización judicial. La sentencia impugnada da respuesta a la pretensión deducida como motivo de casación con una argumentación que ha de ser reproducida para la desestimación del motivo. El artificio colocado permitió a los agentes de investigación el seguimiento por mar de la embarcación respecto a la que existían fundadas sospechas de su dedicación al tráfico de drogas. La colocación de esa baliza permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial».

La misma desconexión entre el uso de una baliza y el derecho a la intimidad, late en la argumentación de la STS 906/2008, 19 de diciembre. Esta resolución enfatiza el margen de error propio del sistema de localización a partir de los datos electrónicos asociados a una llamada telefónica. En su FJ 1º puede leerse lo siguiente: «... respecto de la utilización de herramientas electrónicas, sistema GPS, que pudieran producir injerencias, no autorizadas, en la intimidad del investigado, al permitir, entre otras utilidades, que fuera espacialmente ubicado, el propio Tribunal de instancia, con todo acierto, se encarga de replicar este extremo afirmando que, en efecto, podría asistirle la razón al recurrente si esa localización (SITEL o Sistema de Intervención Telefónica) permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero que, cuando como en este caso, esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia».

La STS 439/2014, 10 de julio, no abordó el problema que estamos contemplando, al haber mediado autorización judicial para la aplicación de una baliza de geolocalización en el vehículo del investigado.

Ya bajo la vigencia del art. 588 *quinquies* b), la STS 475/2018, 17 de octubre, rechazó la reivindicada nulidad de la instalación de un dispositivo GPS que, si bien no contó inicialmente con autorización judicial, ésta fue dispensada con posterioridad.

2.2.- El hecho de que nuestro sistema jurídico, hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, 5 de octubre, no haya venido exigiendo autorización judicial para la utilización de este tipo de dispositivos, ha suscitado las dudas propias de todo cambio normativo que obliga a rectificar pautas de actuación policial, hasta ahora validadas por la jurisprudencia de esta Sala. El aval otorgado por el TEDH a aquellos modelos constitucionales que no condicionan la validez de la injerencia a la obtención de autorización judicial, alienta la controversia y refuerza la argumentación de quienes ven en la utilización de este tipo de dispositivos una injerencia de menor intensidad en el ámbito de la intimidad protegida constitucionalmente.

Sea como fuere, que la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda. La afectación de la intimidad es incuestionable, más allá de que, conforme a la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, existan actos de injerencia que, sin estar expresamente reservados a la autorización judicial, pueden ser plenamente válidos al perseguir un fin constitucionalmente legítimo en una sociedad democrática. La entrada en vigor de la LO 13/2015 descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial.

Es cierto que el conocimiento por los poderes públicos, en el marco de una investigación penal, de la ubicación espacio-temporal del sospechoso, encierra una injerencia de menor intensidad que otros actos de investigación perfectamente imaginables. La intimidad como valor constitucional adquiere importantes matices axiológicos en función del alcance y la intensidad de la intromisión que cada uno de esos instrumentos tecnológicos permita. Sin embargo, tal forma de razonar no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión estatal que la utilización de un GPS representa en el círculo de derechos fundamentales de cualquier ciudadano. No faltarán los casos en que el conocimiento del lugar exacto en que se halla una persona se limite a otorgar una ventaja operativa a los investigadores. Pero son también imaginables espacios de ubicación que pierden su aparente *neutralidad* para precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. La asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica, son datos personales que pueden afectar al núcleo duro de la intimidad y quedar al descubierto si no se protege adecuadamente al ciudadano frente a la tentación de los poderes públicos de extremar injustificadamente los mecanismos de injerencia.



La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado. Es preciso reconocer que, a diferencia de lo que acontece con otras medidas de injerencia -cfr. arts. 588 ter a) o 588 *quater* b)-, la nueva regulación no menciona la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad. El legislador no consideró procedente definir los parámetros cuantitativos o cualitativos de gravedad del delito que haría viable el empleo de estos dispositivos en la investigación. Este silencio, sin embargo, no puede interpretarse como una relajación de las exigencias constitucionales proclamadas por el art. 588 bis a). Los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad siguen actuando como presupuestos de legitimidad, cuya concurrencia ha de quedar expresamente reflejada en la resolución judicial habilitante. De ahí que el discurso justificativo basado en una pretendida voluntad legislativa de debilitar el deber judicial de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos, no puede ser admitido.

En cualquier caso, el propio legislador ha incorporado para los supuestos acreditados de urgencia, frente a la vía ordinaria de autorización judicial (art. 588 *quinquies* b, apartado 1º), una vía alternativa de convalidación de lo ya resuelto por la Policía Judicial (art. 588 *quinquies* b, apartado 4). Se concede así al intérprete un margen de flexibilidad para dar respuesta a aquellos casos fronterizos en los que, ya sea por razones de urgencia, ya por un déficit de motivación, la reivindicación de ilicitud probatoria constituye el objeto principal del recurso.

2.3.- Nada de esto, sin embargo, sucedió en el supuesto de hecho que nos ocupa. Ni el dictamen del Fiscal ni el auto del Juez de instrucción incluyen una detenida ponderación de los derechos y valores en conflicto, cuando los agentes de policía pidieron el sacrificio de la intimidad del investigado.

Los elementos ofrecidos por la Guardia Civil de Ponferrada a la consideración del Juez y del Fiscal, en su oficio de 20 de mayo de 2016, fueron los siguientes: a) una confidencia anónima en la que se decía que el acusado, con domicilio en Villagarcía de Arosa estaba realizando viajes desde esa localidad a Ponferrada (León), transportando cocaína para ser suministrada a varias personas; b) la existencia de antecedentes policiales por delito de tráfico de drogas en la base policial del Ministerio del Interior; c) la constatación, a través del sistema de cámaras de la Dirección General del Tráfico, de que el acusado se desplazaba desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada.

No podemos aceptar como norma general que esos tres elementos indiciarios sean suficientes para arrebatar a cualquier ciudadano el inicial blindaje que le proporciona su derecho a la intimidad. Una confidencia anónima, sin más, que no ofrezca otros elementos de corroboración que los antecedentes policiales y la realidad de unos viajes, no debería haber llevado a respaldar una resolución judicial habilitante para la restricción de derechos.

Las suspicacias acerca del significado procesal de la denuncia anónima -decíamos en la STS 318/2013, 11 de abril- están históricamente justificadas. La Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. La necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y en la Compilación General de 1879 a descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal.

Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo.

Esta idea está presente en la jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS 11/2011, 1 de febrero; 1047/2007, 17 de diciembre; 534/2009, 1 de junio; 834/2009, 16 de julio; 1183/2009, 1 de febrero y 1335/2001, 19 de julio). También en la doctrina jurisprudencial del TEDH ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (sentencia *Kostovski*, de 20 de Noviembre de 1989, sentencia *Windisch*, de 27 de Septiembre de 1990).

La propia Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 3/1993, 16 de marzo, tras recomendar a los Fiscales la indispensable prudencia concluía que «... *la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien*



jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas».

Todo apunta, por consiguiente, a que una confidencia anónima, a la que sigue la simple constatación de unos viajes en automóvil desde Villagarcía de Arosa a Ponferrada y la existencia de antecedentes policiales, no puede justificar una invasión estatal de la intimidad, ni siquiera con la precipitada cobertura de una resolución judicial. Se vulnera así el círculo de derechos que nuestro sistema constitucional reconoce a todo ciudadano y se incurre en la prohibición de valorar prueba ilícita, en los términos que proclama el art. 11 de la LOPJ. El vacío probatorio que sigue a la declaración de nulidad de esa prueba, impide sostener el juicio de autoría.

Procede la estimación del recurso, con la consiguiente absolución del acusado.

3.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Balbino , contra la sentencia núm. 539/2017, 29 de noviembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la salud pública, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García D^a. Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 2749/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 13 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación nº 2749/2018 y por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León se dictó sentencia de fecha núm. 539/2017, 29 de noviembre, luego confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León mediante resolución de fecha 25 de junio de 2018. Esta última ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados, declarando que la resolución dictada por el Juez de instrucción núm. 7 de Ponferrada, por la que se acordó, sin la debida motivación, la instalación de un dispositivo de seguimiento y localización del acusado Balbino , fue contraria al derecho a la intimidad y ha de ser declarada nula (art. 11 LOPJ).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que estimando el recurso de casación promovido por su representación legal, debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Balbino del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D. Pablo Llarena Conde

Dª. Susana Polo García Dª. Carmen Lamela Díaz