

RESUMEN

Se desestiman los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Señala el TS que el contenido de las conversaciones telefónicas interceptadas a los acusados ha de interpretarse como revelador de la gestión de provisión de sustancias estupefacientes. Además, en el caso enjuiciado nos encontramos con los seguimientos policiales, y con una diligencia de registro judicialmente autorizado en donde se hallaron multitud de recortes para la droga, varias bolsas de plástico con orificios practicados en las mismas, y una cantidad de dinero poco habitual de tener "en casa".

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de San Fernando incoó Diligencias Previas núm. 35/2002 por delito contra la salud pública contra José Ramón y Jesús Luis, y una vez concluidas las remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, que con fecha 4 de abril de 2003 dictó Sentencia núm. 5/2003 EDJ2003/54012, que contiene los siguientes hechos probados: "Como consecuencia de una serie de vigilancias y seguimientos efectuados por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía se solicitó por los mismos la intervención de los teléfonos fijo y móvil del acusado José Ramón, mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, obteniendo el correspondiente auto judicial en fecha 17 de enero de 2002. A través de dichas intervenciones telefónicas y de los correspondientes seguimientos policiales pudo comprobarse que dicho acusado hablaba frecuentemente con el también acusado Jesús Luis, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública en sentencia firme de fecha 1 de marzo de 1997 a la pena de cuatro años, dos meses y un día, llegando a concertar entrevistas que se llevaron a cabo bien en domicilio de éste último acusado sito en la CALLE000 núm.000 de la Sierra de San Cristóbal, lugar ubicado en las inmediaciones de la ciudad de Jerez de la Frontera, o bien en el quiosco que él mismo regentaba en la Barriada Federico mayo de dicha ciudad, siendo el objeto de tales conversaciones y entrevistas la entrega de determinadas cantidades de cocaína que el segundo de los acusados entregaba al primero, para luego ser revendida por éste a terceras personas.

Sobre las 15.30 horas del día 17 de abril de 2002, el acusado José Ramón, acompañado por Sara, se dirigió conduciendo el vehículo marca Ford, modelo Courire y con matrícula VE-....-IV, propiedad de su entonces compañera sentimental Camila a la que no afecta la presente causa, al domicilio anteriormente reseñado del acusado Jesús Luis en cuyas inmediaciones lo estacionó, y, mientras que Inmaculada permanecía en el interior del mismo, el acusado entró en la citada vivienda donde permaneció unos quince minutos y, al salir de la misma, se volvió a subir a su vehículo dirigiéndose a Cádiz. Sobre las 17.20 horas del mismo día funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía interceptaron a Jesús Luis (sic) cuando conducía su vehículo por la Avenida Cayetano del Toro de esta ciudad, encontrando en el interior del mismo, en concreto en un hueco del claxon, una bolsita que contenía la cantidad de 19,680 gramos de cocaína con una pureza del 35,99% que le había sido entregada por Jesús Luis en su propio domicilio para su destino al tráfico; igualmente, a Sara se le intervino una papelina de cocaína con un peso de 0.5 gramos y pureza del 38,48% la cual le había sido entregada por el acusado para que se la guardase, y a un trozo de hachís con un peso de 3.1 gramos y un índice de tetrahidrocannabinol del 9.30% que Sara, al parecer, encontró en la calle.

Sobre las 22 horas del día 17 de abril de 2002, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, provistos del correspondiente mandato judicial y en presencia del Secretario, procedieron al registro del domicilio del acusado José Ramón en la CALLE001 núm.001 de la localidad de San Fernando, y en el interior del armario, del dormitorio del mismo encontraron una caja negra como de piel en cuyo interior había una bolsa de plástico con recortes circulares, una pequeña navaja, unas tijeras y una pequeña bolsa blanca ataca con hilo que contenía 4,80 gamos de cocaína con una pureza del 48.93% así como una balanza de precisión marca Tanita y una caja de Colacao en la que se hallaron dos billetes de 10 euros, también se le intervino un teléfono móvil de la marca Ericsson y la cantidad de 3.14 euros. Sobre las 11.55 horas del día 18 de abril de 2002 se procedió al registro del domicilio del acusado Jesús Luis, encontrándose en el mismo una bolsa de plástico de Carrefour con una serie de recortes, un rollo de papel celofán, varias bolsas de plásticos con orificios practicados en la misma, un gramo de hachís con un tetrahidrocannabinol de 7.61% la cantidad de 4.240 euros en diferentes billetes, así como un teléfono móvil de la marca Siemens, una caja de suerororal y otra de opanaf conteniendo 21 sobres, y la cantidad total de 4.540

euros fruto de las transacciones descritas. Sobre las 14.15 horas del mismo día se practicó un registro en el quiosco de dicho acusado sito en la Barriada Federico mayo de Jerez de la Frontera, sin que se encontrara nada relevante a los efectos de la presente causa. A cada uno de los acusados se les intervinieron los vehículos que conducían en el momento de su detención, siendo el de Jesús Luis un Volvo con placa de matrícula ZI-....-ZJ, que junto a todos los demás efectos y dinero fueron puestos a disposición judicial, por su relación con las actividades descritas anteriormente. El valor de la sustancia intervenida ha sido tasado en la cantidad de 193,09 euros (sic). Consta que ambos acusados son consumidores de cocaína, alcohol y hachís lo que motiva una alteración de sus facultades volitivas e intelectuales, de mayor intensidad en José Ramón y más leve en el caso de Jesús Luis".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados José Ramón y Jesús Luis como autor de un delito contra la salud pública, concurriendo en ambos acusados la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2 del C. penal y en el segundo de ellos la circunstancia agravante de reincidencia.

TERCERO.- Notificada en forma la Sentencia a las partes personadas se preparó por la representación legal de los acusados recursos de casación por infracción de Ley que se tuvieron anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

SEGUNDO.- El primero, tercero y cuarto motivos de su recurso, refundidos de tal manera por el propio recurrente, denuncian la vulneración constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como el derecho al secreto a las comunicaciones, enmarcado todo ello dentro del ámbito general del derecho a un proceso con todas las garantías.

Comienza el desarrollo del motivo por reprochar la actividad probatoria llevada a cabo en esta causa, con cita de las afirmaciones en el juicio oral del funcionario del C.N.P. XXX, en el sentido de que no han visto directamente al ahora recurrente realizar ningún acto de venta, cuando este aspecto, de ser algo sustancial, hubiera debido viabilizarse por la denuncia del derecho constitucional a la presunción de inocencia, lo que no ha verificado el autor del recurso. En todo caso, la citada queja carece del menor fundamento, en tanto que no exista prueba directa no quiere decir que no existan elementos indiciarios que acrediten precisamente lo contrario de lo aquí manifestado.

A continuación, reprocha el valor probatorio de las interceptaciones telefónicas, denunciando en primer lugar que no "existía una causa penal en curso", y que tampoco lo había para la entrada y registro practicada. Nada más lejos de la realidad, desde el folio 1 de las actuaciones, ya consta el registro de las diligencias previas con el número 35/02, y el Auto autorizante lo dicta el Juzgado de Instrucción número 1 de San Fernando (Cádiz); y en lo que respecta a la diligencia de entrada y registro, está ordenada por el juez, y practicada a presencia de secretario judicial (véase, entre otros, el folio 255).

Más adelante, el recurrente reprocha a la resolución judicial que autoriza las escuchas que adolece de falta de motivación y de indicios que justifican la medida.

En Sentencias 343/2003, de 7 de marzo , y 322/2004, de 12 de marzo , hemos declarado que los requisitos, ya muy reiterados, que según doctrina de esta Sala han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas son:

1') La exclusividad jurisdiccional en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

2') La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 septiembre 1994).

3') La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (Auto de 18 junio 1992).

4') La proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que

las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (Sentencia de 20 mayo 1994).

5') La limitación temporal de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas: la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza (artículo 579.3) períodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal (Sentencia de 9 mayo 1994).

6') La especialidad del hecho delictivo que se investigue pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (Auto de 18 junio 1992 y Sentencia de 20 mayo 1994).

7') La medida además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (Sentencia de 25 junio 1993).

8') La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la Policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el Juez estimase conveniente (Sentencia de 18 abril 1994).

9') La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones, la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste (Sentencias de 25 junio 1993 y 25 marzo 1994).

10') Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada; riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y cuya importancia exige del Juez una explicación razonada y razonable de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (Sentencias de 18 abril, 9 y 20 mayo y 12 septiembre 1994), si bien esta Sala Casacional, permite la motivación por remisión al escrito de solicitud de la policía judicial.

11') La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención (Sentencia de 18 abril 1994).

En la Sentencia 34/2003, de 22 de enero , ya se llamaba la atención sobre la necesidad de una regulación específica y detallada de las escuchas telefónicas que, garantizando los derechos constitucionales, y sobre todo la intimidad y el derecho de defensa, nos proporcione unas pautas legales a las que debe ajustarse esta diligencia, fuera de las escasas disposiciones que el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notoriamente insuficientes. Y en este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia Prado Bugallo c. España), de 18 de febrero de 2003 , ha declarado la vulneración del art. 8º del Convenio, estimando el citado Tribunal que las garantías introducidas por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que modificó el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no responden a todas las exigencias establecidas por la doctrina del Tribunal, particularmente en las Sentencias Kruslin v. Francia , y Huvig v. Francia , para evitar abusos en esta materia.

Naturalmente todo ello tiene que enmarcarse dentro del principio de proporcionalidad, es decir, la medida debe ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como puede ser la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y además idónea e imprescindible para la investigación de los mismos.

Por el contrario, no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas a posteriori, es decir, cuando se trata de incorporar el resultado de las conversaciones a las actuaciones sumariales, de forma que la entrega y selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 de la Constitución Española EDL1978/3879 , sin perjuicio de su eficacia probatoria. Con cita en nuestras Sentencias 343/2003, de 7 de marzo y 988/2003, de 4 de julio , podemos declarar que la investigación de un grupo criminal dedicado a la distribución de sustancias estupefacientes conforma contornos especiales de investigación, apreciándose como motivos válidos para la afectación del derecho

al secreto de las comunicaciones, las vigilancias, seguimientos, contactos sospechosos con personas con antecedentes en materia de drogas, carencia de actividades laborales, viajes, etc.; tales datos son fundadas sospechas, que no simples conjeturas sin base real alguna, siendo tales sospechas, que no indicios racionales de criminalidad (que fundamentan una imputación formal) suficientes para llegar judicialmente a autorizar una interceptación telefónica, con tal que se valoren suficientemente, en términos de racionalidad.

Por último, en la misma resolución citada, hemos declarado que, habiendo sido entregadas al juez de instrucción las grabaciones originales, y estando estos soportes a disposición de las partes, los posibles defectos de transcripción, que aquí no se denuncian siquiera, o la ausencia de las partes a la diligencia de cotejo, carecen de relevancia como irregularidad procesal cuando todos los personados en el procedimiento han tenido opción -no ejercitada- de solicitar la audición de las cintas y poder de este modo verificar la concordancia de su contenido con las transcripciones o reclamar la valoración de los pasajes que no hubieran sido transcritos, puesto que como esta Sala ha declarado con reiteración, la prueba de las intervenciones telefónicas se encuentra en las cintas grabadas, no en el soporte papel en donde se hallan las transcripciones.

Del estudio de la causa se observa que, con fecha 17 de enero de 2002, se solicita la intervención telefónica del correspondiente a José Ramón, citando como datos para su autorización las vigilancias y seguimientos a que es sometido policialmente, en donde se comprueba que en las inmediaciones del parque Almirante Hermanos Laulhe, y en la zona de la iglesia de San José Artesano, contacta con personas que se encuentran a la espera y con los que intercambia pequeños objetos a cambio de cantidades de dinero sin determinar, denotándose actitudes vigilantes y recelosas; dentro del entorno de esta operación, la policía judicial comprueba que tal sospechoso se dirige a un domicilio en Jerez de la Frontera, donde permanece escasos minutos para volver al propio en San Fernando; tras las gestiones pertinentes, se averigua que tal vivienda de Jerez corresponde a Jesús Luis (conocido en la unidad policial por su implicación en el tráfico de drogas, contando con antecedentes penales derivados de tal actividad ilícita). Estas razones son suficientes para continuar la investigación ya iniciada a través de la interceptación del teléfono de José Ramón, lo que se autoriza por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Fernando, el día 17 de enero de 2002, en donde se expresa que en "la investigación de este tipo de delitos, la intervención telefónica es fundamental para el esclarecimiento de los hechos", y además a fin de "determinar la identidad de eventuales proveedores de sustancias que contacten con el investigado". Esta motivación y estos indicios son suficientes para autorizar la medida solicitada por la policía judicial.

El día 1 de febrero de 2002, la policía judicial pone de manifiesto al Juzgado que en el curso de la observación telefónica, José Ramón contacta con Jesús Luis, y le indica su deseo de ir a visitarle, respondiéndole que espere un par de días, pero ante una nueva llamada de aquél, se precipita el encuentro entre ambos, lo que en efecto se produce, de escasa duración, y así durante varios días, por lo que se solicita la interceptación del teléfono de Jesús Luis, que igualmente es autorizado. En el curso de las conversaciones telefónicas, se detectan conversaciones como "veinte cartuchitos", "un saco de mantillo", tráeme "medio", y otros muchos términos confusos, titubeantes, excesivamente equívocos, sugerentes, que denotan que hablan de algo ilícito y desde luego que desean quede oculto, a salvo de cualquier interceptación, que combinando con el resto del material probatorio hallado en la causa, ha de interpretarse como revelador de la gestión de provisión de sustancias estupefacientes que lleva a cabo Jesús Luis para con José Ramón .

Es evidente que quien se expresa en una conversación telefónica con esta ambigüedad (mantillo, cartuchitos, etc.), si el Tribunal de instancia lo interpreta como signo de culpabilidad, no infringe las normas de la lógica. Además, en el caso enjuiciado nos encontramos con los seguimientos policiales, y con una diligencia de registro judicialmente autorizado en donde se hallaron multitud de recortes para la droga, varias bolsas de plástico con orificios practicados en las mismas, un gramo de hachís, una caja de sueroral (utilizado generalmente para "cortar" la droga), y el "factum" señala también 4.240 euros en billetes, y más adelante, la cantidad total de 4.540 euros, fruto de las transacciones descritas. Esta cantidad es ciertamente poco habitual de tener "en casa", salvo cuando su origen es oscuro, y en conjunción con las pruebas anteriores, autoriza a llegar a la conclusión condenatoria de la Sala de instancia.

Lo mismo finalmente hay que decir respecto a la tacha de ilegalidad del registro por no asistencia del propio secretario judicial del Juzgado de Instrucción autorizante, pues quien intervino fue el fedatario judicial del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Jerez de la Frontera, que es a quien correspondió cumplimentar el exhorto de San Fernando.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones legales de los acusados José Ramón y Jesús Luis, contra Sentencia núm. 5/03, de 4 de abril de 2003 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz.