

Roj: STS 5926/2004 - ECLI:ES:TS:2004:5926
Id Cendoj: 28079120012004100914

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 752/2003

Nº de Resolución: 1075/2004

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil cuatro.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 752/2003P, interpuesto por la representación procesal de D. Juan Antonio , D^a Constanza y D. Alejandro , contra la Sentencia dictada el doce de abril de 2003 por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, correspondiente al Procedimiento Ordinario 7/2002 del Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid , que condenó a los recurrentes, como autores responsables de un delito contra la salud pública, habiendo sido parte en el presente procedimiento los recurrentes D. Juan Antonio y D^a Constanza , representados por el Procurador D. José Gonzalo Santander Illera, y el recurrente D. Alejandro , representado por el Procurador D. Leonardo Ruiz Benito, y como parte recurrida el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1º.- El Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid incoó Procedimiento Ordinario con el nº 7/2002, en cuya causa la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 12 de abril de 2003 , que contenía el siguiente Fallo:

"Que debemos condenar y condenamos a Alejandro , Constanza , como autores responsables de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de once años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y debemos condenar y condenamos a Juan Antonio como autor responsable de un delito contra la salud pública, de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de prisión y la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para el otro procesado, para el otro procesado, así como procede la imposición de la pena de multa de 126.646,38 euros y la condena a un tercio de las costas del procedimiento a cada uno de ellos.

Procédase al comiso de la sustancia intervenida.

A los condenados les será de aplicación el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa."

2º.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

"Como consecuencia de diversas intervenciones telefónicas acordadas por el Juzgado de Instrucción nº 13 de Madrid debidamente motivadas y con suficiente control, se tuvo conocimiento de la hora y lugar en que iba a realizarse una entrega de sustancia estupefaciente montándose un dispositivo de control y seguimiento por parte de los funcionarios de la Policía Nacional. En efecto, el procesado Alejandro , mayor de edad, con ordinal nº NUM000 y sin antecedentes penales, el día 11 de mayo de 2002 sobre las 13,15 horas se dirigió a bordo del vehículo R-21, matrícula H-....-HD , a la gasolinera de Cepsa sita en el Campo de las Naciones de Madrid donde le esperaban a bordo del vehículo Audi, Y-....-YL , los procesados Constanza y Juan Antonio , los dos mayores de edad, con ordinales nº NUM001 y NUM002 respectivamente y sin antecedentes penales, entregando a Constanza el primeramente citado, para su distribución posterior, un paquete marrón tipo ladrillo, tras lo cual se marcharon del lugar, siendo perseguidos por los agentes del Cuerpo Nacional de

Policía los procesados Constanza y Juan Antonio , quien conducía el vehículo y que intentó evadirse una vez fueron interceptados. Finalmente se les incautó el paquete que antes había entregado el primer procesado y del que intentó deshacerse Constanza arrojándolo a la cuneta y cuyo contenido, una vez analizado, resulto ser heroína con un peso neto de 995,5 gramos y un 70% de heroína base.

El valor de la sustancia intervenida en el mercado ilícito es de 42.215,46 euros."

3º.- Notificada la Sentencia a las partes, la representación de los procesados D. Juan Antonio , Dª Constanza y D. Alejandro anunciaron su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 23 de junio de 2003 , emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4º.- Por medio de escritos que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 21-11-03, el del Procurador D. José Gonzalo Santander Illera en representación de D. Juan Antonio y Dª Constanza , y en 13-02-2004 el del Procurador D. Leonardo Ruiz Benito en representación de D. Alejandro , se interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes motivos:

Por lo que se refiere a D. Juan Antonio y a Dª Constanza :

Primero, por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 18.3 CE , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en relación con el art. 24.2 CE , por vulneración del derecho de defensa y a un proceso público con todas las garantías en relación con el art. 17.3 y 24.º1 CE .

Segundo, por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 24.2 CE , que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

Y en cuanto a D. Alejandro :

Primero, por infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 24.2 CE , que garantiza el derecho a la presunción de inocencia, y a un proceso con todas las garantías.

Segundo, por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr ., por aplicación indebida de los arts. 368 y 369 nº 3 CP .

Tercero, al amparo del art. 849.2 LECr ., siendo contradictorias las versiones dadas por la Policía en el juicio y no enervada la presunción de inocencia del recurrente.

5º.- El Ministerio Fiscal por medio de escrito fechado el 13-4-04, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6º.- Por providencia de 09-07-04 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para deliberación y fallo del recurso el pasado día 22-9-04, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Juan Antonio Y DOÑA Constanza :

PRIMERO.- Se alega correlativamente infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 18.3 CE , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en relación con el art. 24.2 CE por vulneración del derecho de defensa y a un proceso público con todas las garantías en relación con el art. 17.3 y 24.º1 CE .

Y en concreto se aduce:

- a) Motivación insuficiente de los Autos autorizantes de las intervenciones telefónicas.
- b) Falta de control judicial de la medida.
- c) Nulidad de los cotejos por realizarse sin presencia letrada y presos los procesados, y no hacerse constar las incidencias que constan en la audición.
- d) No poner en conocimiento de los procesados la audición para reconocer sus voces, y en su caso realizar la prueba fonométrica de reconocimiento de voces.

Previamente debe advertirse, que, como recuerda la STS nº 2145/2002, de 16 de diciembre , "es ya sólida y detallada la doctrina que describe los requisitos que deben cumplirse para la legitimación de la

resolución judicial derogatoria del derecho constitucionalmente garantizado al secreto de las comunicaciones, entre ellas las telefónicas, a que se refiere el texto del artículo 18.3 de la Constitución . Ante todo, y como en el dicho texto se indica, ha de ser una resolución adoptada por juez competente, y, como derogatoria de un derecho individual con garantía constitucional, motivada con expresión de las circunstancias del caso concreto y de la aplicación al mismo de las normas jurídicas existentes al respecto. Pero ello no requiere la expresión detallada de los datos fácticos objetivos en que se ha de basar, pues precisamente es para saber más sobre ellos para lo que se acuerda la intervención telefónica, y, además, basta con que las fuerzas policiales expresen con claridad sus sospechas de la comisión posible de delito, para que, sobre esa base y teniéndola en cuenta, el juez acuerde la intervención. Esta habrá de referirse a mejor averiguación de hechos que puedan ser delictivos, y nunca decretarse con fines prospectivos y de averiguación de cualquier clase de delincuencia en general. La medida se adoptará en un procedimiento de investigación judicial penal, se referirá a teléfonos concretos y por tiempo predeterminado judicialmente y estará sometida a control judicial, de tal modo que cuando desaparezcan las razones de acordarla se acuerde el término de la medida, la cual ha de ser proporcionada a la gravedad e importancia de la conducta que se sospeche delictiva y acordarse tan solo cuando no haya otro medio de averiguarla. Solo cuando todas esas prevenciones se tengan en cuenta será legítima la derogación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y las pruebas que de ellas deriven tendrán validez."

Por otra parte, también ha señalado esta Sala "la exigencia del art. 120.3 CE está especialmente dirigida a proporcionar a la persona afectada por una resolución judicial las razones de la misma a los efectos del ejercicio del derecho al recurso. Por lo tanto, en los casos de resoluciones que se adoptan sin conocimiento del afectado y que éste no puede recurrir, sino sólo impugnar a posteriori para la exclusión de las pruebas obtenidas, como es el caso del auto que ordena la intervención telefónica, la motivación no tiene exigencias tan extremas como las que propone la recurrente. En efecto, la motivación de estos autos depende sobre todo del material en base al cual se han tomado las decisiones. Si el Juez de Instrucción se ha remitido a informes policiales con suficiente consistencia como para acreditar desde el punto de vista de la experiencia criminalística suficientes motivos de sospecha, la motivación por remisión no vulnera ningún derecho fundamental, toda vez que el informe policial se integra en el auto por tal remisión".

Y la STS nº 360/2004, de 18 de marzo , puntualiza que "dicha resolución aparece más que suficientemente motivada y complementa su fundamentación remitiéndose a la solicitud policial que no se refiere a meras deducciones o sospechas, sin que pueda olvidarse que en los momentos iniciales de la investigación no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada precisamente para profundizar en una investigación ya iniciada."

E igualmente la misma resolución añade que "la intervención telefónica que pueda solicitarse por los funcionarios policiales a los Jueces de Instrucción no es posterior al descubrimiento del delito, sino de averiguación del mismo e identificación de su autor (art. 126 de la Constitución); de ahí que sea suficiente, como sucede en el supuesto que nos ocupa, que exista una línea de investigación, sobre la comisión de hechos delictivos que precise, para una mayor eficacia en la lucha contra manifestaciones graves de criminalidad, del auxilio de una información que puede obtenerse a través de las intervenciones telefónicas.

Exigir una justificación fáctica exhaustiva se compaginaría mal con una investigación que, aunque iniciada, precisa de ese medio de observación precisamente para aportar mayores indicios sobre la realización de graves conductas delictivas y sobre las personas que puedan estar implicadas, otra cosa haría innecesaria la injerencia en un derecho fundamental o lo que es peor, arrastraría, como se pretende en este recurso, a una ineficacia absoluta a un minucioso trabajo policial y judicial."

A) Pues bien, en el caso, por lo que se refiere a la motivación, al amparo del art. 899 de la LECr ., se comprueba que cuantas citas efectuó la sentencia de instancia (f.j. cuarto), son ciertas. Así, a los folios 2 y 3 de las actuaciones consta la petición policial de 16-1-02 de autorización de los números de teléfono que se cree utilizados por Alejandro y por Gerardo , exponiéndose que se están llevando a cabo sobre los citados investigaciones en los poblados de La Quinta y el Cerro de las Liebres, encaminadas a averiguar sus contactos con clanes de etnia gitana en tales parajes dedicados al tráfico de estupefacientes, apareciendo como responsable del grupo el tal Gerardo que distribuye droga suministrada por colombianos, actuando, a su vez, Alejandro las órdenes del citado. Al folio 6 obra el auto de 28-1-02 en el que se acuerda la intervención y escucha de los teléfonos cuyos números se solicitaba. Al folio 10 consta oficio policial de 4-2-02 solicitándose el cambio del número intervenido correspondiente a Alejandro , debido al baile de uno de los dígitos, lo que se acuerda por auto de 4-2-03 , obrante al folio 11, en el que también se ordena -como muestra del control judicial ejercido- que se remita al juzgado la cinta correspondiente al teléfono cuya intervención cesa en virtud del

error alegado, para comprobar si existían grabaciones del mismo. Al folio 16 existe nuevo oficio de la Policía dando cuenta de la continuación de las vigilancias sobre Gerardo y Alejandro, vehículos utilizados por ellos, citas habidas, incluso con determinados ciudadanos colombianos, y utilización por Alejandro de un nuevo número telefónico de tarjeta prepago, cuya intervención, con cese del anterior, se solicita. Al folio 18 obra el auto de 8-2-02 accediendo a lo interesado y requiriendo a la Policía que participe si se ha realizado alguna grabación, y en este caso que la aporte. Consta al folio 24 oficio policial solicitando el cese del teléfono de Gerardo por no haber sido utilizado por este con remisión de dos cintas master relativas a teléfono intervenido por Alejandro, y se solicita en 27-2-02 la prórroga de este mismo teléfono -fº 86 y 87- dando cuenta del estado de las investigaciones, personas con las que se relaciona y lugares visitados, todo ello en relación la sustancia estupefaciente. Al folio 88 obra el auto de 1-3-02, dando lugar a lo interesado. Al folio 91 consta la remisión de la transcripción de las llamadas del nº NUM003 que se incorporan a los folios 93 a 96. Al folio 99 obra el auto de 7-3-02 acordando la intervención y escucha del teléfono que sustituye al que se deja sin efecto de Alejandro, requiriendo a la Policía para que manifieste si existen grabaciones del que queda sin efecto, aportando en su caso la cinta correspondiente, lo que así se hace, junto con su transcripción, incorporándose a los folios 106 a 216, tal como consta al folio 217 mediante diligencia del Secretario, acordándose por providencia de la misma fecha de 13-3-02, quedar las cintas bajo la custodia del último. Consta igualmente petición policial -fº 220- de intervención de un nuevo nº de Alejandro, en sustitución del que estaba intervenido ya que se afirma que se lo ha pasado a un hijo suyo, por lo que se solicita el cese de su intervención, lo que se acuerda por auto de 1-4-02 -fº 222-. A los folios 225 a 302 y 302 a 401, obran las transcripciones de las cintas correspondientes a la escuchas del nº NUM004 y del NUM005 de Alejandro. En 26-4-02 solicita la Policía, explicando las razones de ello, que la Sala de instancia recoge con fidelidad, la prórroga del último de los teléfonos de referencia y la solicitud de uno nuevo del mismo usuario lo que se autoriza por auto de 26-4-02 - fº 408-. Finalmente, -fº 412-, en 9-5-02 la Policía solicita un nuevo cambio del nº de teléfono objeto de intervención de Alejandro, dada la sustitución por el mismo efectuada, lo que se acuerda por auto de la misma fecha -fº 414-.

Además, tal como recuerda la STS nº 1393 de 3-11-1997, "la fundamentación fáctica se entiende cumplida cuando contiene una referencia suficiente y explícita sobre el nombre de la persona sospechosa, actividades a las que se dedica, número de teléfono a través del cual realiza sus conversaciones y posibles contactos con los que se puede establecer comunicación."

A la vista de ello debe compartirse el análisis que efectúa el Tribunal a quo, llegando a la conclusión de que las resoluciones habilitantes, puestas en relación con las solicitudes adecuadamente explícitas de la Policía actuante en la investigación del caso, están suficientemente fundadas, habiendo llevado a cabo el juez instructor el correspondiente juicio de ponderación de la medida restrictiva del derecho fundamental cuya restricción autorizaba.

B) Igualmente deben rechazarse las objeciones opuestas por el recurrente al control judicial efectuado.

En nuestro caso, los propios auto judiciales habilitantes ordenan el establecimiento de los mecanismos de control convenientes y adecuados, tanto respecto del tiempo de duración de la medida, como mediante la rendición de cuentas e informe del resultado de las investigaciones, y también respecto a la exigencia de remisión de las cintas originales y de su transcripción custodiada por el fedatario judicial, y, por tanto, a disposición de todas las partes constituidas en el procedimiento.

Puede pues establecerse con rotundidad que la ingerencia en el derecho del secreto a las comunicaciones telefónicas, consagrado en el art. 18.3 de la CE fue legítima ajustándose a las exigencias legales y constitucionales.

C) En cuanto a la alegada nulidad de los cotejos por realizarse sin presencia letrada y presos los procesados, y no hacerse constar las incidencias que constan en la audición, debe recordarse, como puntualiza también la STS nº 1313/2000, de 21 de julio, que "no puede confundirse el control judicial de la ejecución de la medida con un deber de escucha de la totalidad de la grabación, pues lo exigido es que el Juez, por sí, compruebe la existencia de elementos que confirmen las sospechas que permitieron decretar la medidas. Y el hecho de que se delegue en la Policía la **selección de las conversaciones de interés** para la causa no supone falta de control judicial ni causa indefensión a las partes, siempre que se disponga de las cintas, de modo que las partes puedan interesar la audición o la transcripción de conversaciones no seleccionadas por la Policía o por el propio Juez instructor." (STS 19-9-00).

Como relata con minuciosidad la sentencia de instancia, el Juzgado instructor recibió junto con las respectivas solicitudes de intervención, o en su caso de prórroga, las cintas master con las conversaciones grabadas, constando al fº 691 la diligencia por la que se hace constar que el Secretario judicial durante los

días 29, 30, 31 de julio, 5 y 6 de septiembre, procedió a la audición de las cintas "coincidiendo básicamente lo reflejado en las transcripciones efectuadas por la Policía con el contenido real de las conversaciones grabadas." Tal material quedó incorporado a las actuaciones, y todas las partes tuvieron acceso al mismo a partir de las respectivas detenciones.

D) En cuanto a la alegación de que no se puso en conocimiento de los procesados la audición para reconocer sus voces, y en su caso realizar la prueba fonométrica de reconocimiento, ya hemos visto como constando en autos el material quedó a disposición de todas las partes; y si es cierto que no se llevó a cabo la prueba de reconocimiento de voz, ocurrió que denegada la solicitud mediante providencia del Juzgado -fº 690- "por considerarse innecesaria", e interpuesto por la parte recurso de reforma y subsidiaria apelación, el correspondiente auto -fº 702- desestimó el recurso no devolutivo y notificó a la parte que no procedía el recurso de apelación, sino el de queja. Y no habiéndose interpuesto este recurso adquirió firmeza la citada resolución denegatoria siendo consentida por la parte. Sería al caso aplicable la doctrina de esta Sala (SSTS nº 1393 de 3-11-1997, y 19-9-2000, ó 26-3-2001), según la que "es la parte la que debió instar su realización, de modo que si no lo hizo, reconoció implícitamente su autenticidad."

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- Los mismos recurrentes, alegan, a continuación, infracción de preceptos constitucionales, al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 24.2 CE, que garantiza el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS 12-2-92); o como ha declarado el TC (Sª 44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales." De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr., no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia STC 126/86 de 22 de octubre).

El Tribunal provincial basa la prueba de cargo que le ha servido de sustento para la resolución condenatoria pronunciada, en primer lugar, en la audición directa en el Plenario de las cintas conteniendo las grabaciones de las conversaciones telefónicas de los procesados, trayendo a colación resoluciones de esta Sala, como la STS nº 1750/02 de 21 octubre, según la que "la identificación de la voz con las de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes." La Sala de instancia en el fundamento de derecho séptimo analiza las particularidades de la dicción y giros empleados por los procesados en las conversaciones grabadas, así como "los silencios o frases entrecortadas" utilizadas, valorándolos con arreglo a las facultades que legal y constitucionalmente sólo a él corresponde.

En relación con la referida prueba se encuentra la testifical del PN NUM008 quien llevó a cabo personalmente las escuchas y aportó detalles y pormenores sobre las mismas .

El mismo testigo depuso en la vista -fº 119- como responsable del montaje del dispositivo de investigación Policial. Depuso el PN NUM009 -fº 119-, con un testimonio valorado por la Sala como "serio y contundente" sobre que observó la llegada de Alejandro al punto de reunión convenido estacionando junto al coche de la mujer, como baja ésta, se introduce en el coche del primero, como vuelve a subir al poco a su coche que se pone en marcha conducido por un tercero y como perseguido y bloqueado, como Constanza saca de la cintura un paquete que tira hacia la cuneta y que recoge el propio declarante.

Igualmente testificó -fº 122- el PN NUM006 con total precisión y seguridad a juicio del Tribunal, que señaló en su sentencia "que cuantas más preguntas le realizaban las defensas, mayor contundencia cobraba su testimonio", corroborando la versión del anterior al que acompañaba en su actuación, y aportando todo género de detalles sobre actuación y vestimenta de la procesada.

En la misma línea los PN NUM007 -fº 123- y 78099 -fº 124-.

Para el Tribunal ninguna duda existe de que el paquete de droga recogido por el funcionario de Policía, fue arrojado por Constanza en el momento de su detención y analizado por la Dirección General de farmacia acreditando que la sustancia que contenía se trataba de heroína en la cantidad y pureza indicada en el relato fáctico.

La objeción de los recurrentes sobre el modo de recoger la Policía el paquete con la droga, su análisis con el narcotest y su remisión al Laboratorio oficial, no tiene fundamento. El art. 282 de la LECr . precisa que la Policía judicial tiene obligación de practicar, según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial. Consecuentemente a esta obligación la Policía actuante plasmó en su atestado -fº 425- la correspondiente diligencia del pesaje de la sustancia ocupada, del resultado y de la aplicación a una muestra recogida aleatoriamente del narcotest, que arrojó un resultado de positivo a la heroína. Acto seguido y en la misma página existe otra diligencia haciendo constar "que una vez en las dependencias policiales" se procede a informar a los detenidos de manera oficial de su detención y de los derechos que les asisten. Y al folio 426 del mismo Atestado, obra diligencia donde se hace constar que "que la sustancia, al parecer estupefaciente, que origina las presentes ha sido depositada en el Area Funcional de Sanidad Inspección de Farmacia-Control de Estupefacientes, al objeto de elaboración del correspondiente informe que oportunamente será remitido a la Autoridad Judicial competente."

El referido organismo oficial, integrado -como ha repetido esta Sala- por un equipo de profesionales dotados de medios y preparación técnica suficientes para el cumplimiento de sus fines, alcanzándose normalmente sus conclusiones a través de procedimientos perfectamente estandarizados y parametrizados, realmente es quien realizó la labores de pesaje de precisión y análisis -fº 512- ratificando en la Vista sus conclusiones la facultativa comparecida -fº 111-, siendo tal informe el tenido en cuenta por el Tribunal, tal como hizo constar en el fundamento jurídico sexto in fine de su sentencia.

La actuación a prevención realizada, pues, por la Policía en los momentos iniciales, que hay que recordar que no se trataba del registro de un vehículo (Cfr STS 18-3-2004, nº 359/2004), ya que la droga había sido lanzada desde él por su ocupante con la premura propia de la situación y la necesidad de asegurar los efectos, en los términos ordenados por el art. 282 de la LECr ., de ningún modo pudo influir en la prueba de cargo tenida como tal en cuenta por el Tribunal a quo, perjudicando su credibilidad y eficacia; tanto más cuanto declararon en el Plenario los funcionarios de Policía actuantes, testificando con el valor que les reconocen en cuanto a los hechos de conocimiento directo los arts. 297 y 717 de la LECr ., sometiendo al interrogatorio directo de todas las partes.

El motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE D. Alejandro :

TERCERO.- El primer motivo de este recurrente se articula al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 24.2 CE , que garantiza el derecho a la presunción de inocencia, y a un proceso con todas las garantías.

Las razones expuestas en relación con los dos motivos anteriores de los otros dos recurrentes son plenamente aplicables, evitando inútiles repeticiones. Sólo cabe añadir que los policías actuantes que testificaron en el plenario -ampliando sus informes escritos obrantes en la causa- explicaron el sistema que utilizaron para localizar los números de los teléfonos utilizados por el procesado, a pesar de sus frecuentes e intencionados cambios, sin que ninguna ilegalidad se trasluzca de su actuación, de modo que en una simple conjetura sin confirmación ha de quedar la insinuación que al respecto realiza el recurrente.

El motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El segundo motivo de este recurrente se formula por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 de la LECr . por aplicación indebida de los arts. 368 y 369 nº 3 CP aunque no desarrolla el motivo, poniendo únicamente su énfasis en su inocencia y en que "jamás tuvo condena alguna que le implicase antecedentes penales."

La perfecta correlación entre los hechos declarados probados y la subsunción efectuada por el Tribunal de instancia, dado el cauce casacional utilizado lleva a la desestimación del motivo.

QUINTO.- En tercer lugar, el recurrente busca su amparo en el art. 849.2 LECr . alegando ser contradictorias las versiones dadas por la Policía en el juicio y no enervada la presunción de inocencia.

La ausencia de designación de verdaderos documentos que demuestren el error en la apreciación de la prueba, como exige el art. 855.2 de la LECr ., ya que las declaraciones testificales no lo son, aunque se documenten en el acta, impide entrar en las consideraciones del motivo expuesto.

En cuanto al acta del Juicio oral, ha señalado reiteradamente esta Sala (SS de 15-3-91, 12-11-92, 1-4-96), que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien



fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador.

Como señala la STS nº 1866/2000, de 5 de diciembre , "incurrir la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador -y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial- a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el Juicio Oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 de la LECrim .), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediatez que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver STS 446/98, de 28 de marzo y STS 219/96 de 1 de abril , entre otras)."

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la desestimación del recurso interpuesto por las representaciones de D. Juan Antonio , D^a Constanza y D. Alejandro , haciendo imposición a los recurrentes de las costas causadas, correspondientes a su respectivo recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos respectivamente por las representaciones de D. Juan Antonio , D^a Constanza y D. Alejandro contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, con fecha 12 de abril de 2003 , en causa seguida por delito contra la salud pública, condenando a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas por sus respectivos recursos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Saavedra Ruiz D. José Ramón Soriano Soriano D. Francisco Monterde Ferrer

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Francisco Monterde Ferrer , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.