

Roj: STS 4745/2002 - ECLI:ES:TS:2002:4745

Id Cendoj: 28079120012002103444

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 4174/2000

Nº de Resolución: 1235/2002

Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN

Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil dos.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por el acusado Luis contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que le condenó por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Gavilán Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza incoó diligencias previas con el nº 769 de 2.000, contra Luis y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que con fecha 14 de noviembre de 2.000 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Con motivo de la investigación llevada a cabo por la Guardia Civil de la Comandancia de Zaragoza de unos hechos supuestamente delictivos que aquí no se juzgan se procedió por dicha unidad de policía judicial a practicar una diligencia de entrada y registro, autorizada por el Juzgado de Instrucción 8 de los de esta capital en el domicilio del acusado Jose Pablo de 17 años de edad y sin antecedentes penales que se llevó a cabo a las 12 horas del día 29 de febrero de 2.000 ocupando en su interior 107 comprimidos de 3,4 Metilendioximetanfetamina (M.D.M.A.) también conocido como "éxtasis" con un peso neto total de 34,24 gramos y un grado de pureza del 33,5%, así como 1,23 gramos de haschisch, sustancias que Jose Pablo poseía parte para su consumo y parte para la venta a terceras personas, habiendo suministrado a Jesús Luis 250 grs. de haschisch por 60.000 pesetas. A este acusado se le ocupó un **teléfono móvil** marca Nokia nº NUM000 donde había un mensaje de un tal " Jose Carlos " en el que éste ofrecía a Jose Pablo 20 pastillas y otras del mismo reclamando 40.000 pesetas, así como de otros individuos donde se habla de "Torrijas", "Tréboles", "Trips", "Bicicletas" y "Acis". " Jose Carlos " que fue identificado como Luis , mayor de edad y sin antecedentes penales, se desplazaba a Tudela (Navarra) donde adquiría pastillas de éxtasis a un "Moro" cuya identidad no se ha concretado, facilitando luego esta droga a Jose Pablo y vendiéndola también a otras personas. Al procederse a la detención de Luis se le ocuparon un **teléfono móvil** marca "Siemens" nº NUM001 , donde había un mensaje de un tal Gustavo que decía: " Jose Carlos ten cuidado que han pillado a Botines (nombre con el que es conocido Jose Pablo) y le harán cantar. Deja todo por un tiempo" y 69.000 pesetas en metálico, así como unas anotaciones manuscritas con diversos nombres, entre ellos el de " Botines " y cantidades correspondientes a cada uno. Las anfetaminas ocupadas tienen un valor de 72.225 pesetas y el haschisch intervenido de 806 pesetas. No consta que el dinero ocupado a los acusados proviniese del tráfico aludido.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Condenamos a Jose Pablo y Luis , ya circunstanciados como autores responsables del delito contra la salud pública que queda definido con la concurrencia en Jose Pablo de la circunstancia atenuante de menor edad de 18 años a las penas a Jose Pablo de un año, seis meses y un día de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 36.000 pesetas con arresto sustitutorio de 7 días en caso de impago. Y a Luis a las de cuatro años de prisión con la accesoria aludida durante este lapso de tiempo y multa de 75.000 pesetas con arresto sustitutorio de 14 días en caso de impago. A ambos

al pago cada uno de la mitad de las costas causadas. Se decreta el comiso de los **teléfonos** intervenidos. Procédase a la destrucción de la droga ocupada por tratarse de sustancia de ilícito comercio. Declaramos la solvencia de dichos acusados, aprobando el auto que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone a Jose Pablo le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por razón de esta causa.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el acusado Luis , 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.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Luis , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por la vía del nº 4 del art. 5º de la L.O.P.J., por vulneración del art. 18.3 de la C.E., que garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas, salvo resolución judicial; Segundo.- Por la vía del art. 5.4 L.O.P.J., se denuncia quebrantamiento del principio constitucional de presunción de inocencia de Luis (art. 24.2 de la C.E.), pues se ha condenado al recurrente en base a una serie de elementos probatorios (análisis y estudio de terminales de **teléfonos móviles**, testimonio del coimputado y ausencia del corpus delicti) que no pueden tener la aptitud suficiente para desvirtuar dicho principio constitucional; Tercero.- Por la vía del número 2 del art. 849 L.E.Cr., al existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de sus tres motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 21 de junio de 2.002.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La A.P. de Zaragoza condenó a los acusados Jose Pablo y Luis como autores responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, del art. 368 C.P.

El segundo de los referidos acusados se alza en casación contra la sentencia de instancia articulando una primera censura al amparo del art. 5.4 L.O.P.J. por violación del art. 18.3 C.E., combinada con el motivo tercero en el que se alega error de hecho del art. 849.2º L.E.Cr. que se utiliza como vehículo o soporte del primer reproche y que demostraría que la Policía procedió a leer sin autorización judicial uno de los mensajes grabados en el **teléfono móvil** del coacusado Jose Pablo .

En realidad, el motivo articulado por "error facti" resulta superfluo, puesto que examinadas las actuaciones a fin de analizar la denuncia que se formula por vulneración del secreto de las comunicaciones, aparece con toda claridad que los funcionarios policiales que llevaron a cabo la diligencia de registro en el domicilio de Jose Pablo intervinieron en éste, además de las sustancias anfetamínicas que se señalan en el "factum" de la sentencia, un **teléfono móvil** de dicho coacusado, haciendo salir a la pantalla del aparato un mensaje en el que un tal " Jose Carlos " le ofrecía a Jose Pablo veinte pastillas, operación que se realizó con anterioridad a la autorización judicial que posteriormente se concedió para examinar el contenido de los mensajes grabados.

Sostiene el recurrente que la actuación policial viola el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 C.E. y vicia la diligencia de nulidad radical a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J., contagiando de esa nulidad a las diligencias y pruebas derivadas de aquélla, que fue determinante para que el dueño del **teléfono** identificara e incriminara al recurrente, de manera que sin la referida actuación policial inconstitucional no existiría ninguna prueba de cargo contra Luis .

SEGUNDO.- El examen de las diligencias practicadas por la Policía revela también un dato de singular importancia, cual es que el detenido y titular del **teléfono móvil** intervenido - Jose Pablo - ya tenía conocimiento del mensaje recibido de " Jose Carlos " antes de que los funcionarios leyeran el texto de dicho mensaje, y así se deduce con toda evidencia de las respuestas de Jose Pablo a las preguntas que se le formularon durante el interrogatorio en sede policial poco después de concluido el registro domiciliario en relación al mensaje de " Jose Carlos " grabado en su **móvil** intervenido.

También debe subrayarse que en el caso presente estamos, sin duda, ante auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo

de transmisión en este supuesto, es el **teléfono**, por lo que, de hecho, se trata de una especie de comunicación de una misiva personal efectuada vía telefónica, que no se "oye" por su destinatario, sino que se "lee" al aparecer en la pantalla del aparato y mediante esa lectura se conoce el contenido del mensaje o de la misiva, por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 C.E. ya que no cabe obviar que los avances tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con los enormes progresos en el ámbito de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental al secreto de éstas que extienda la tutela a nuevos espacios, como se deriva del tenor literal del art. 18.3 C.E.

TERCERO.- El Tribunal Constitucional, al abordar un supuesto similar al presente (se trataba de la lectura por la Policía de una supuesta carta ya abierta y leída intervenida a un detenido) declara: que "tal intervención no interviene un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado, lo que justifica el tratamiento del documento como tal (como efectos del delincuente que se examinan y se ponen a disposición judicial) y no en el marco del secreto de las comunicaciones. La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos". Por ello y, tras remachar que la interferencia policial no se produjo durante el proceso de comunicación, sino una vez concluido éste, afirma que, en tal caso, "..... no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales, sino, en su caso, del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E. Pues, y esto debe subrayarse, el art. 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente" (STC 70/2002, de 3 de abril).

Proyectada esta doctrina sobre el caso objeto de la revisión casacional de esta Sala, el reproche del recurrente debe ser desestimado. En primer lugar porque, según lo que ha quedado dicho, la interferencia de la Policía en la comunicación recibida por el coacusado Jose Pablo en su **teléfono móvil**, se produjo una vez consumado el proceso comunicativo del mensaje y de que el destinatario de éste hubiera tomado conocimiento de su contenido, por lo que la injerencia policial posterior podrá afectar en el derecho a la intimidad del nº 1 del art. 18 C.E., pero no al del secreto de las comunicaciones del art. 18.3 invocado por el recurrente.

En segundo término, y esto es singularmente relevante, porque la intervención de los funcionarios de Policía leyendo el mensaje escrito grabado en el **móvil** de Jose Pablo , se llevó a cabo en el seno de una diligencia de entrada y registro en el domicilio de aquél autorizada por Auto del Juez de Instrucción (Folio 4), cuya legalidad constitucional y procesal no se cuestiona, en el curso de la cual se intervinieron 107 comprimidos de MDMA con un peso de 34,24 gramos y un grado de pureza del 33,5% y el **teléfono móvil**. En estas circunstancias, la lectura del mensaje grabado a que se refiere el motivo se encuentra bajo la cobertura de la autorización judicial como si de otro papel o documento se tratara que pudiera relacionarse con el tráfico de las drogas incautadas cuya intervención y "objetos de cualquier tipo relacionados con ellas" constituía el objeto de la diligencia de entrada y registro ordenada por el Juez, teniendo en cuenta que la única exigencia de orden constitucional exigida por el art. 18 de la Norma Básica es, precisamente, la autorización judicial.

Finalmente, cabe significar que, excluida en atención a lo expuesto, la vulneración del secreto de las comunicaciones, tampoco ha sufrido lesión el derecho a la intimidad porque la Policía hubiera invadido el ámbito de la privacidad al leer la misiva grabada en el **móvil** de Jose Pablo , y ello no sólo por la autorización judicial que ampara esa actuación, ya analizada, sino también porque el examen del tan repetido mensaje se revela como una acción prudente, razonable y proporcionada, atendidas las circunstancias, como una excepción a la regla general de la necesidad de mandato judicial para invadir la esfera de la intimidad de la persona, siempre que concurren una serie de requisitos: en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (véanse SS.T.C. 207/1996, de 16 de diciembre y la ya citada de 3 de abril de 2.002). Requisitos que concurren en el caso presente en el que la actuación policial controvertida se manifiesta plena de proporcionalidad y razonabilidad para identificar con urgencia y detener a otras personas que pudieran participar en el delito objeto de la investigación, antes de que pudieran ponerse fuera del alcance de la justicia.

Parafraseando la mencionada STC de 3 de abril pasado -y moviéndonos ahora en el exclusivo ámbito del derecho a la intimidad- podemos decir, mutatis mutandi, que la apertura de una agenda del detenido, su examen y la lectura de los papeles que se encontraban en su interior (equivalente a la "apertura" del **teléfono móvil** para examinar y leer los mensajes ya recibidos) supone una intromisión en la esfera privada de la persona a la que tales efectos pertenecen, esto es, en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad. Pero, sentado ésto -y siempre abstracción hecha del Auto judicial habilitante que en el caso que examinamos legitimaba la actuación policial-, se trataría de una diligencia practicada por la policía judicial en el curso de la investigación de un grave delito tras la detención del propietario del **móvil**, y orientada a la averiguación del mismo y a la recogida de instrumentos, efectos y pruebas de aquél, además de allegar información respecto a otros eventuales partícipes en la actividad delictiva investigada. Por tanto, concurriría un fin constitucionalmente legítimo. En segundo lugar, existiría habilitación legal para la actuación de la policía, dado el objetivo de la prevención e investigación de actividades criminales que la Ley encomienda a la policía judicial, y, en concreto, el art. 282 L.E.Cr., el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. En tercer lugar, ninguna duda cabe que la actuación policial respeta las exigencias de necesidad y proporcionalidad, tanto por lo apremiante de la situación a efectos de evitar la fuga de otros partícipes, como por la idoneidad de la medida para la investigación del delito (de los mensajes grabados se extrajeron valiosos elementos de investigación ulteriormente desarrollados), imprescindible en el caso concreto al no existir otras menos gravosas, y ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las muy fundadas sospechas existentes.

QUINTO.- Ninguna lesión de naturaleza constitucional ha tenido lugar, por lo que no ha sido vulnerado ni el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E. que se denuncia, ni el derecho a la intimidad. Por lo demás, las eventuales irregularidades que el recurrente alega en relación con la incorporación al procedimiento del mensaje en cuestión, de existir, únicamente afectarían al mismo en su aptitud como medio de prueba de cargo contra el recurrente, pero tales supuestas deficiencias de orden procesal, o de legalidad ordinaria, carecerían de relevancia constitucional y, por consiguiente, no afectaría a la legitimidad de la actuación policial como medio de investigación, ni viciaría de inconstitucionalidad otros elementos de prueba legalmente obtenidos sobre los que el Tribunal a quo fundamentara el juicio de culpabilidad del recurrente. Tal es lo que aquí ha acontecido: la prueba de cargo que sustenta la convicción del juzgador sobre las actividades de Luis en el tráfico de drogas, no es el mensaje telefónico en el que éste ofrece a Jose Pablo unas pastillas de estupefacientes, sino la declaración del propio Jose Pablo que incrimina a Luis en otras acciones de suministro de drogas, elemento probatorio que, como se dice, ha sido allegado de forma constitucionalmente legítima y derivado de una línea judicial de investigación que no adolece de la vulneración del derecho fundamental que se denuncia ni del derecho a la intimidad que también pudiera haberse visto eventualmente lesionado.

SEXTO.- El segundo motivo de casación denuncia el quebrantamiento del principio constitucional de presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 C.E., alegando que la condena se basa en la declaración del coimputado que se reputa insuficiente para desvirtuar el principio constitucional invocado y que, además, no existe prueba suficiente que acredite la naturaleza de las sustancias suministradas por el recurrente al coacusado.

La primera de estas censuras pretende desactivar la eficacia probatoria de las declaraciones del coacusado en las que manifiesta que Luis le había suministrado droga en otras ocasiones, argumentando que estas manifestaciones inculpativas las había prestado en sede policial de las que luego se desdijo ante el Juez de Instrucción (folio 46), y sostiene que la declaración voluntaria prestada más tarde ante la misma Autoridad judicial, en la que vuelve a afirmar que Luis "..... le suministraba al declarante pastillas" (folio 94) está motivada por razones espúrias de obtener un trato procesal beneficioso, como fue la situación de libertad provisional que se acordó, razón por la cual, estas manifestaciones no debieron haber sido valoradas como prueba de cargo por el Tribunal a quo ante la incredibilidad subjetiva del coimputado que reflejan estas circunstancias.

El motivo, no puede ser acogido.

Las pautas orientativas que esta Sala ha diseñado para la valoración de las declaraciones del coacusado, entre las que se encuentra la cautela y prudencia con las que han de ser ponderadas las manifestaciones inculpativas ante la eventualidad de que las mismas obedezcan a motivos torticeros, son precisamente eso, indicaciones dirigidas al órgano juzgador para la evaluación de esta clase de pruebas

eminentemente personales que corresponde de manera privativa y excluyente al Tribunal ante el que se practican, que es el único que se beneficia de la insuperable ventaja de la inmediación.

Ello significa que, a excepción de que la valoración de esas pruebas resulte irracional, absurda o arbitraria, la credibilidad que los jueces a quibus hayan otorgado al coimputado, como parte esencial de la valoración de la prueba, no podrá ser revisada en casación precisamente por tratarse de elementos probatorios de carácter personal sometidos a la exclusiva valoración del juzgador de instancia, el cual, a la hora de pronunciarse sobre la fiabilidad y credibilidad que le merezca el declarante, habrá ponderado la eventualidad de que las manifestaciones del coimputado sean espúrias o falsarias, pero, en cualquier caso el resultado valorativo de las mismas es de su exclusiva competencia.

En el caso presente, el coacusado Jose Pablo ratificó en el Juicio Oral sus manifestaciones incriminatorias contra el ahora recurrente, según el Acta del Juicio, y, además, existen y fueron valorados por el Tribunal, elementos probatorios periféricos que corroboran vigorosamente aquéllas, a los que hace referencia la sentencia: "las notas del folio 40 donde hay una serie de nombres entre ellos del de Botines (que es Jose Pablo) con sumas correspondientes que Luis trata de justificar alegando que eran deudas de sus amigos en el juego del fútbol. Salida pueril y carente de respaldo probatorio pues bien fácil le hubiera sido corroborar su testimonio con el de esos amigos, pero ninguno ha sido llamado a declarar. Si a ello se une el contenido de las conversaciones de Jose Carlos con otras personas, entre ellas Jose Pablo al que reclama por dos veces 40.000 pesetas y el recado dejado por el tal Gustavo dando cuenta de la detención de Jose Pablo , señalando que "le harían cantar"y recomendándole que dejara todo por un tiempo, refiriéndose a la venta o suministro de droga pues no cabe pensar que le sugiriera dejar de jugar al fútbol, es obvio que queda perfectamente probada esa connivencia y dedicación al tráfico de drogas de este acusado" (fundamento de derecho primero).

SEPTIMO.- Tampoco puede prosperar el segundo reproche.

La determinación de las sustancias objeto de las ilícitas transmisiones no necesitan de modo imprescindible ser acreditada por prueba pericial analítica, ya que, en otro caso, quedarían en la más absoluta impunidad graves delitos en los que los productos traficados hubieran sido destruidos, consumidos u ocultados, de suerte que el Tribunal puede fundar su convicción en relación a tal elemento en otros elementos probatorios que no sean los dictámenes periciales. En el supuesto actual esa prueba la constituye también las declaraciones de Jose Pablo , que se confiesa ante la Sala adicto a las pastillas de "éxtasis" que se le incautaron y la sentencia le atribuye que las vendía también a otras personas, lo que confirma que era con esa clase de sustancias con la que traficaba y de la que se proveía en la persona de Luis , según razonable deducción del Tribunal ante el que declaró extensamente, por lo que no cabe admitir que no se haya practicado prueba suficiente sobre el dato cuestionado.

OCTAVO.- Dado que el condenado Jose Pablo tenía menos de dieciocho años cuando cometió el hecho, procede que en ejecución de sentencia se de cumplimiento a lo prevenido en los apartados tercero y cuarto de la disposición transitoria de la L.O.R.R.P.M., en vigor desde el pasado 13 de enero de 2.001, sustituyéndose por la Jurisdicción de Menores la pena pendiente de cumplimiento por las medidas prevenidas en dicha Ley.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el acusado Luis contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 14 de noviembre de 2.000 en causa seguida contra el mismo y otro por delito contra la salud pública. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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