



Roj: STS 9602/2001 - ECLI:ES:TS:2001:9602
Id Cendoj: 28079120012001104880

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 865/2000

Nº de Resolución: 2384/2001

Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil uno.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Victor Manuel , al que se adhiere Esteban , contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delito contra la salud pública, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representado Victor Manuel por la Procuradora Sra. Oca de Zayas y Esteban por la Procuradora Sra. Delgado Gordo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 3, instruyó Sumario nº 18/97, contra Carlos María , Victor Manuel , Esteban , por delito contra la salud pública, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 31 de Julio de 2000 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

" Victor Manuel , de nacionalidad turca, mayor de edad, condenado por sentencia firme el 9-12-91 por la Audiencia Provincial de Toledo a la pena de 10 años de prisión mayor y multa por delito contra la salud pública, en el año 1996 vivía en Madrid. Utilizaba un piso en la CALLE000 nº NUM000 , piso 3 E de Madrid, nº de tlf. NUM001 , y también vivía con una mujer e hijos en Alcalá de Henares, DIRECCION000 nº NUM002 , URBANIZACIÓN000 ". Era usuario del Teléfono móvil holandés NUM003 . Su actividad principal conocida era la de mantener contacto con otros ciudadanos turcos que se reunían en el primer semestre de 1997 en el bar " DIRECCION001 ", sito en la DIRECCION002 nº NUM004 de Madrid, donde él hacía de cocinero, sin que conste la existencia de relación laboral con el dueño del establecimiento Federico , quien hasta entonces lo había explotado como restaurante para comidas de encargo.- Victor Manuel mantenía contacto telefónico permanente con otra persona que no es objeto de enjuiciamiento en este momento, y a que a efectos descriptivos señalaremos como "X", a quien daba instrucciones para llevar a cabo las operaciones de distribución de la heroína en el mercado clandestino.- Esteban , mayor de edad, fué ejecutoriamente condenado en sentencia firme el 21- 5-85 por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Dos Hermanas a la pena de 2 meses de arresto mayor por un delito de robo; en sentencia firme el 2-2-91 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla a la pena de 5 años de prisión menor y 20.000.- pesetas de multa por otro delito de robo. Esteban , residente en Sevilla, tras concertar cita por teléfono con "X", se trasladó a Madrid, en unión de otra persona que no es objeto de enjuiciamiento, el día 3-2-1997 en el vehículo Seat Córdoba FU-....-FG . Contactó con "X" en las proximidades del bar " DIRECCION001 ", quien les entregó cinco bolsas que contenían 10 kg. de una sustancia compuesta de cafeína y paracetamol. Dos sustancias que se encuentran frecuentemente como aditivos adulterantes en decomisos de cocaína y otros estupefacientes. Introducida dicha carga en el vehículo, Esteban y su acompañante emprendieron el regreso a Sevilla, siendo interceptados por funcionarios de Policía en la localidad de Valdepeñas (Ciudad Real), quienes les incautaron en el interior del vehículo la sustancia anteriormente referida.- De nuevo el 10-4-1977, Esteban y su anterior acompañante, tras concertarse de nuevo con "X" se trasladaron desde Sevilla a Madrid, esta vez en el vehículo peugeot G-....-JB . "X" había puesto en conocimiento de Victor Manuel que el referido viaje y contacto se iba a

producir en la Calle Arturo Soria en un punto próximo a la piscina "Estella". A media tarde se reunieron en aquel punto "X" con Esteban y su acompañante. Seguidamente, los dos citados en el vehículo Peugeot y "X" en un Mercedes, se desplazaron hasta el Centro Comercial "Pryca" sito en la Avenida de Andalucía. En aquel lugar "X" hizo entrega a Esteban y su acompañante de 5 kg. de heroína distribuidos en cinco paquetes, quienes los introdujeron en el vehículo en que viajaban y que dejaron estacionado en el aparcamiento del Centro Comercial, en tanto entraban establecimiento.- Poco después salieron del Centro Comercial acompañados de otra persona que no es objeto de enjuiciamiento y de Carlos María, mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia firme el 2-1-93 por la Audiencia Provincial de Sevilla, a la pena de 3 años de prisión y multa, por delito contra la salud pública. Todos juntos se dirigieron al Peugeot G-....-JB donde, una vez abierto el maletero, fueron detenidos, sin que conste que Carlos María hubiera tenido oportunidad antes ni en aquel momento de conocer la naturaleza del cargamento.- Víctor Manuel era informado simultáneamente por parte de "X" del desarrollo de los contactos y de la entrega de la droga, y tuvo conocimiento días después de la incidencia de la detención.- El 28-4-97 Víctor Manuel mantuvo una reunión con una mujer identificada después como Bárbara, que fué detenida cuando iba a tomar el avión con destino a Munich (Alemania). Se le ocuparon 50.050.000.- pesetas en efectivo, sin que conste que le hubieran sido entregadas por Víctor Manuel.- Víctor Manuel marchó a Turquía en momento no determinado de mayo o junio de 1997 y fué detenido el 14-4-99 en Madrid. A su detención le fué ocupado un pasaporte y un permiso de conducir expresando pertenecer a la República de Grecia con su fotografía y a nombre de Jose Pablo estampados sobre soportes auténticos, pero que las autoridades griegas nunca expedieron.- El valor del kilogramo de heroína en el mercado ilícito asciende a 7.800.000.- pesetas". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a: - Víctor Manuel en concepto de autor y con concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad de RINCIDENCIA a la pena de DOCE AÑOS DE PRISION y multa de CIEN MILLONES DE PESETAS por el delito CONTRA LA SALUD PUBLICA que ocasiona GRAVE DAÑO, en cantidad de NOTORIA IMPORTANCIA Y PERTENENCIA Y ORGANIZACION. Además de la pena accesoria de INHABILITACION ABSOLUTA durante el tiempo de la condena.- Por un delito de FALSEDAD DOCUMENTAL, a la pena de UN AÑO DE PRISION y OCHO MESES DE MULTA a razón de cinco mil pesetas diarias. Además de la pena accesoria de INHABILITACION ESPECIAL de suspensión del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.- Esteban en concepto de autor y sin concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad a la pena de DIEZ AÑOS de prisión Y MULTA DE ochenta millones de pesetas por el delito CONTRA LA SALUD PUBLICA que ocasiona GRAVE DAÑO, en cantidad de NOTORIA IMPORTANCIA. Además de la pena accesoria de INHABILITACION ABSOLUTA durante el tiempo de la condena.- Que debemos absolver y absolvemos de los delitos de los que venían siendo acusados y que a continuación se relacionan: Víctor Manuel del delito de blanqueo de dinero procedente de narcotráfico.- Carlos María del delito contra la salud pública.- Asimismo afrontará Víctor Manuel y Esteban conjuntamente las costas del procedimiento en la parte alícuota que les corresponda, declarando de oficio las irrogadas por Carlos María.- Se acuerda el comiso y destrucción de la droga intervenida que todavía permanezca depositada, así como de los documentos inauténticos.- Se confirman los autos de solvencia parcial e insolvencia recaídos en las piezas de responsabilidad civil. Y Reclamese la pieza de responsabilidad civil correspondiente a Esteban que habrá de ser ultimada conforme a derecho.- Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad se abonará el tiempo que los acusados han estado privados de ella por esta causa, y que no haya sido tenida en cuenta en otra distinta". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Víctor Manuel, al que se adhiere Esteban, 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.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Víctor Manuel (al que se ha adheridos Esteban), formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Con base en el art. 5.4 LOPJ, alega vulneración del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

SEGUNDO: Con el mismo apoyo que el anterior, se denuncia la violación del art. 18.1 y 3 de la C.E.

TERCERO: Con apoyo en el art. 5.4 de la LOPJ, se alega la vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

CUARTO: Con base también en el art. 5.4 de la LOPJ, se alega vulneración del art. 18.1 y 3 de la C.E.

QUINTO: Al amparo asimismo del art. 5.4 de la LOPJ.

SEXTO: Con base en el art. 5.4 de la LOPJ.

SEPTIMO: Con amparo en el art. 5.4 de la LOPJ.

OCTAVO: Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 de la C.E.

NOVENO: Con base en el art. 5.4 de la LOPJ.

DECIMO: Se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia.

DECIMO PRIMERO: Se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

DECIMO SEGUNDO: Al amparo del art. 849.1º se alega la aplicación indebida del art. 22.8 del C.P.

DECIMO TERCERO: Se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

DECIMO CUARTO: Se alega vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugna todos los motivos del recurso, excepto el décimo tercero que lo apoya; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 4 de Diciembre de 2001.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia dictada el 31 de Julio de 2000 por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenó a Victor Manuel y Esteban como autores de un delito contra la salud pública en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia, concurriendo en el primero la pertenencia a organización, a las penas de doce años de prisión y multa de cien millones de ptas. al segundo a las penas de diez años de prisión y multa de ochenta millones de ptas., con los demás pronunciamientos contenidos en el fallo.

Contra la indicada sentencia se ha formalizado recurso de casación por la representación de Victor Manuel a través de trece motivos. A dicho recurso, se adhirió íntegramente en lo que le puede beneficiar el otro condenado, Esteban, en virtud de escrito obrante en el Rollo de esta Sala Casacional.

De forma resumida, los hechos probados se refieren a la investigación policial llevada a cabo con el fin de descubrir una red clandestina de introducción y distribución en España de heroína, efectuándose unos seguimientos policiales de determinadas personas e intervenciones telefónicas que culminaron el día 10 de Abril de 1997 (por error material consta en el factum 1977) en un contacto que tuvo lugar en Madrid en la piscina de la Estrella, sita en la c/ Arturo Soria a la que acudió el condenado Moreno Tejero acompañado de otra persona, entrevistándose con un tercero a quien no afecta el enjuiciamiento identificado como "X" en el relato, y seguidamente, los tres en dos coches se desplazaron al Centro Comercial Pryca de la Avda. de Andalucía, y en dicho lugar, el identificado como X hizo entrega a Esteban y a su acompañante de un paquete conteniendo 5 kilos de heroína que se guardó en el maletero del coche que llevaba Esteban, entrando seguidamente en el establecimiento, para salir poco después en unión de otra persona, siendo detenidos por la policía, que seguía toda la operación, cuando abrieron el maletero del coche donde estaba la droga.

Victor Manuel, de nacionalidad turca, residente en Madrid era usuario del teléfono móvil holandés nº NUM003, mantenía contacto telefónico permanente con la persona identificada como "X" a la que daba instrucciones en lo referente a la distribución de heroína, y en concreto así lo hizo en referencia a la operación indicada.

Segundo.- Los primeros seis motivos, todos por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales, tienen por denominador común, referirse desde diversas perspectivas a las intervenciones telefónicas solicitadas y autorizadas en la causa, en denuncia de haberse violado el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18-3º de la C.E.

Primer Motivo, se denuncia la inexistencia en las actuaciones de las solicitudes policiales y resoluciones judiciales autorizantes de los teléfonos intervenidos NUM005 y NUM006, constando sin embargo las transcripciones de la cinta nº 1 de las conversaciones efectuadas desde esos teléfonos --folios 1168 a 1181 en referencia al primer teléfono y folios 1727 a 1738 en referencia al segundo--, debiendo existir, al parecer otras tres cintas del primero de los teléfonos que tampoco están aportadas ni las cintas ni sus transcripciones.

La denuncia sugiere tener mayor calado, siendo más aparente que real, y ya obtuvo respuesta en la sentencia sometida al presente control casacional.

Se trata de intervenciones telefónicas que obran en otros procedimientos quedando por error, en el presente, las transcripciones reseñadas, y además, y esto es lo relevante, se trata de intervenciones telefónicas correspondientes a personas diferentes y ajenas a las que son objeto de enjuiciamiento por lo que ninguna incidencia ni relevancia han tenido las conversaciones efectuadas desde los teléfonos citados en la prueba de cargo tenida en cuenta en este proceso para motivar la condena del recurrente y del adherido al recurso.

El propio recurrente viene a reconocer esta situación cuando afirma que esta situación "...pone en duda la legitimidad de todas las demás..." --folio 2 de su recurso in fine--, tesis que en modo alguno es compartible pues supone una tacha de ilegalidad de prueba válida sin que exista la menor conexión, no ya jurídica ni siquiera natural entre las intervenciones de los teléfonos citados y los que sirvieron de forma autónoma tanto como medio de investigación por la superación de los requisitos de naturaleza constitucional en su autorización y control, como también medio de prueba por haberse incorporado al proceso y sometida a la contradicción de Plenario, y tales intervenciones se correspondían con los números telefónicos NUM007 cuyo usuario era Baltasar y el NUM003 cuyo usuario era el recurrente Victor Manuel .

El motivo debe ser desestimado.

Segundo Motivo, en denuncia de haberse obtenido un listado de números telefónicos marcados desde un teléfono determinado, con expresión de los titulares de los teléfonos a donde se había efectuado la llamada, cuando los teléfonos desde los que se hicieron las llamadas no estaban intervenidos.

Como doctrina de esta Sala, debemos recordar que la simple petición de listados de llamadas telefónicas efectuadas desde un determinado número de teléfono, no afecta al contenido propio del derecho fundamental reconocido en el art. 18-3º de la Constitución. Es una diligencia típicamente de investigación policial y por tanto propia de la fase de instrucción que queda extramuros del secreto de las comunicaciones telefónicas que es la esencia del derecho cuya violación --erróneamente-- se denuncia. No hay equiparación posible entre una conversación intervenida y la mera indicación del teléfono y titular al que se efectuó la llamada. En tal sentido citamos la STS nº 459/99 de 22 de Marzo, y con la misma sentencia concluimos entendiendo que estos listados custodiados en los ficheros automatizados a los que se refería la Ley Orgánica 5/92 de 29 de Octubre requieren el consentimiento del interesado al contener datos personales, pero no es preciso cuando la cesión de tales datos tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que les están atribuidas -- art. 6-1º y 11.2.d, de la Ley--, régimen que es idéntico al que se deriva de la normativa actualmente en vigor, representada por la L.O. 15/99 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal --BOE 14 de Diciembre--, pudiéndose entender que los listados de llamadas telefónicas constituyen un fichero de tratamiento de datos de carácter personal de conformidad con el art. 3 de la Ley para cuyo conocimiento no se exige el consentimiento del afectado cuando "...se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias...".

En el presente caso, a través del examen directo de las actuaciones, se comprueba que inicialmente se solicitó y obtuvo la autorización para la intervención de los teléfonos números NUM008 , NUM009 y NUM010 --folio 13--, al folio 18 consta que en el momento de efectuar la intervención del segundo de los teléfonos relacionados, ya había sido dado de baja, por lo que se solicitó el listado de números de teléfonos marcados desde aquel número, y lo mismo, y por idénticas razones se solicitó en otro oficio policial obrante al folio 27 respecto del primer y tercer teléfono, a lo que se accedió por auto de 30 de Septiembre obrante al folio 33, bien que el listado de llamadas no se entregara en el Juzgado y sí solo a la policía, lo que es coherente con la naturaleza de diligencia de investigación policial, aunque hay que convenir que lo correcto procesalmente hablando, es que constase el listado de llamadas en los propios autos judiciales, lo que no pasa de ser una mera irregularidad intranscendente, autorización de listado de llamadas que también aparece autorizada en el auto de 17 de Enero de 1997 --folio 349-- en relación al teléfono utilizado por el recurrente NUM003 , al tiempo que se prorroga la intervención telefónica de dicho teléfono, y lo mismo ocurre en el auto de 15 de Enero obrante al folio 316.

La conclusión de todo el examen verificado a la vista de la doctrina más arriba expuesta es que no ha existido ninguna vulneración de derechos fundamentales, pues los listados de llamadas telefónicas no tienen el carácter de intervenciones telefónicas, y además fueron autorizados por el Juez competente.

El motivo debe ser desestimado.

El Motivo Tercero, denuncia la ausencia de motivación en los autos autorizantes de la intervención telefónica de Victor Manuel , así como en las sucesivas prórrogas concedidas.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que al folio 75 y 76 consta el oficio policial de solicitud de la intervención, oficio extenso en el que se da cuenta de las investigaciones policiales desarrolladas en torno a personas, la mayoría de nacionalidad turca, que se dedicarían al tráfico de heroína, entre las que se encontraría el recurrente, actuando como de coordinador en España de la red clandestina de distribución de heroína entre las diversas comunidades autónomas, dando datos concretos, por los seguimientos y vigilancias efectuados de sus desplazamientos, domicilios y encuentros con otras personas y solicitando en base a estos datos la intervención de un número telefónico, petición que el Ministerio Fiscal informó favorablemente --folio 81-- autorizándose por auto de fecha 14 de Noviembre de 1996, en el que con remisión a los datos policiales facilitados, concede la intervención telefónica, fijando plazo, el envío de los originales de las conversaciones en cinta modelo cassette así como la transcripción de los pasajes con interés para la investigación y duración de la intervención. Constan a los folios 149, nueva petición de intervención telefónica por sustitución del número instado en el domicilio ocupado por el recurrente, que se concede con igual protocolo que el anterior, también previo informe del Ministerio Fiscal --folios 149,200 y 201-- habiéndose enviado previamente un resumen de las conversaciones intervenidas, lo que supone un efectivo control judicial no solo en el momento inicial de la concesión, sino durante la vigencia de la medida --folios 151 a 198-- contando igualmente otras transcripciones a los folios 216 a 306, así como la entrega de 17 cintas grabadas --Proveído al folio 307--.

En relación al teléfono móvil holandés que utilizaba el recurrente nº NUM003 , el examen de la petición, informe del Ministerio Fiscal y autorización --folio 140, 200 y 208-- así como la petición de prórroga, con informe del Ministerio Fiscal y nuevo auto autorizante --folios 310, 315 y 350-- pone de manifiesto también la superación de los tres controles de naturaleza constitucional, es decir, la judicialidad de la medida entendida como exclusiva y excluyente, en el marco de un proceso judicial abierto en averiguación de un delito concreto, temporalidad y motivación tanto de la petición inicial como de las prórrogas aunque sea por remisión al oficio policial -- STC 239/99 de 20 de Diciembre y STS nº 1954/2000 de 1 de Marzo entre otras muchas--, la excepcionalidad de la medida, especialmente idónea, y necesaria para el tipo de investigación a realizar, de suerte que no sea una medida usual o rutinaria, y finalmente la proporcionalidad de la medida, acorde con el sacrificio de un derecho fundamental y que exige que la investigación lo sea por un delito grave, que en el presente caso es bien patente al tratarse de una red clandestina con conexiones internacionales para introducir heroína en cantidades importantes --recuérdese que se ocuparon cinco kilos de heroína--.

La conclusión de todo el examen efectuado es que se superaron las exigencias de naturaleza constitucional.

La alegación de no constar la identidad de los agentes que efectuaron las transcripciones es irrelevante porque las mismas transcripciones no son requisito esencial para la validez de estas, sino más bien un medio para facilitar la utilización de este medio de prueba, por ello lo necesario es el envío de todas las cintas -- STS 1954/2000 de 1 de Marzo--.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Cuarto, se reitera que no fueron entregadas las cintas en base a que en el folio 233, se dice por la policía que en las cintas hay otras conversaciones que pertenecen a otros teléfonos. Las diligencias y oficios obrantes a los folios 48, 113, 149, 311, 343, 451, 679, 681, 768 y 771, 806 y 820 son simplemente esclarecedoras de la inexactitud. Todas las cintas relevantes para esta causa fueron remitidas a esta, y ningún dato concreto presenta el recurrente al respecto.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Quinto, denuncia la ausencia de control judicial, delegación en la policía de la selección y traducción de los párrafos relevantes, la no escucha y verificación de las transcripciones por el Secretario Judicial y las partes para verificar la autenticidad de estas, y que en ocasiones la traducción del turco se efectuó en la Comisaría por intérprete no jurado, así como la falta de identidad de los funcionarios policiales que efectuaron la selección y transcripción de las conversaciones.

Todo el motivo descansa sobre la pretensión de que las transcripciones son elemento imprescindible para la validez de la intervención telefónica.

Ya hemos dicho que lo imprescindible es la remisión de las cintas, cintas que recordemos fueron escuchadas directamente en el Plenario --Fundamento Jurídico quinto de la sentencia-- con traductor del idioma turco aceptado por las partes por lo que el protocolo de incorporación de las intervenciones telefónicas

al proceso, y sometimiento a la contradicción e intermediación propio del Juicio Oral, fue correcto, y ello significó que tales intervenciones telefónicas adquirieron el valor de prueba de cargo en la que el Tribunal fundó el juicio de certeza inculpativo para el recurrente junto con el resto de elementos probatorios, siendo relevante señalar, por depender de la intermediación de que dispuso la Sala que de la percepción directa de las escuchas en lo referente a las atribuidas a Víctor Manuel y de la escucha de su propia voz en el Plenario, llegó a la conclusión de tratarse de la misma voz, evidencia no verificable en esta sede casacional.

Consecuencia de ello es que todas las denuncias que tengan por objeto las transcripciones carecen de virtualidad porque la prueba --se reitera una vez más-- está constituida por la cinta y no por las transcripciones que tienen un alcance instrumental --y prescindible-- ya que se limitan a facilitar el contenido de las conversaciones, sin perjuicio de que de estar autenticadas por el Secretario en relación a las cintas, puedan ser utilizadas en sustitución de aquellas, en virtud del contraste de identidad que le concede la fe pública judicial.

El motivo debe ser desestimado.

Motivo Sexto, nuevamente denuncia la no entrega de todas las cintas y que ello le causó indefensión. Se refiere el recurrente a la falta de transcripciones de algunas cintas de los teléfonos NUM007 , NUM003 , NUM011 y NUM005 , así como la falta de las cintas grabadas de los teléfonos NUM007 --falta de cinta nº 4--, y en relación al teléfono NUM005 , la falta de las cintas nº 2, 3 y 4.

A estas denuncias cabe oponer que por lo que se refiere a la falta de transcripciones, de acuerdo a lo dicho en el anterior motivo, no cabe peticionar la nulidad.

Por lo que se refiere a la falta de cintas de las conversaciones, concretamente la cinta nº 4 del teléfono NUM007 debemos recordar que dicho número telefónico se correspondía con el utilizado por el acusado y en actual situación de rebeldía, Baltasar como se acredita al folio 130 vuelto, tomo I de las actuaciones.

Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que al folio 311 del Tomo 3, por la policía se entregan en el Juzgado "seis cintas Uher correspondientes a la totalidad de las originales grabadas hasta el día de fecha --4 Enero 1997-- en la intervención del teléfono NUM007 ". Se trata de las primeras grabaciones, por lo tanto entre ellas debe estar incluida la nº 4, ello supone verificar que la policía cumplió con el deber de remitir la totalidad de las cintas constando las transcripciones de dicha cinta nº 4 a los folios 229 y ss. --tomo I--, sin embargo cuando por escrito de 6 de Junio obrante al folio 789 del Rollo de la Audiencia --tomo II-- designa el recurrente como audiciones a escuchar, entre otras, el paso nº 160 de la referida cinta nº 4, y por parte de la Sala se solicita del Juzgado Central nº 3 la remisión de la cinta nº 4 por proveído de 20 de Junio --folio 828--, se contesta por escrito del 22 del mismo mes y año, no haberse encontrado más cintas que las que previamente ya habían sido remitidas a la Sala --folio 867--.

En el Plenario, la defensa del recurrente alegó que la no audición del paso 160 de la cinta nº 4 convertía esta prueba en parcial porque solo se escucharon los apartados solicitados por el Ministerio Fiscal, y en la fundamentación del motivo alega indefensión pero sin argumentar mínimamente en qué sentido se produciría la misma, lo que en el presente caso resulta especialmente relevante a la vista de la diligencia obrante al folio 233 que recoge las transcripciones precisamente de la cinta nº 4 en los pasos inmediatamente anteriores al 160 cuya audición se solicitó. Pues bien, tras la transcripción del paso 157, consta una diligencia según la cual, el resto de las conversaciones de la cinta se refieren a otros teléfonos, encontrándose entre estos el paso 160 cuya audición se solicitó.

Lo expuesto pone de manifiesto que no ha existido la indefensión que se proclama, porque el contenido del paso 160 no tenía incidencia en el presente caso.

La otra denuncia dentro de este motivo tenía por causa la inexistencia de las cintas nº 2, 3 y 4 del teléfono NUM005 cuya audición también había sido interesada.

Tampoco existió la indefensión que se proclama. Basta recordar que dicho teléfono --al que ya se hizo referencia en el estudio del motivo primero-- se refiere a otra persona y no han tenido ninguna incidencia en la presente causa, como se afirma en el párrafo segundo del Fundamento Jurídico primero de la sentencia, por lo que tampoco puede prosperar la denuncia de indefensión.

Procede la desestimación del motivo.

El Motivo Séptimo, de alguna manera es vicario de los anteriores en la medida que denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia, lo que supone la afirmación de haberse condenado con un vacío probatorio de cargo. En la medida que en el presente caso, la prueba está conformada por las intervenciones telefónicas y resto de probanzas estudiadas en la sentencia, el motivo debe decaer.

También se alega que no ha quedado determinado que las voces escuchadas en las audiciones pertenecieron a los acusados. En concreto el motivo critica la frase contenida en el folio 22 de la sentencia dentro del Fundamento Jurídico cuarto que dice "...si a la suma de indicios añadimos la coincidencia entre el color y la cadencia de la voz apreciada a Victor Manuel en el acto del juicio con las de la persona extranjera que mantiene las conversaciones telefónicas con Baltasar".

El recurrente está criticando y negando la posibilidad de que la Sala sentenciadora efectúe por sí misma, en virtud de la inmediación propia del Plenario valoraciones y alcance conclusiones relevantes para la resolución del caso. Es evidente que la inmediación no es solo estar presente, sino entender, percibir, asimilar, verificar en definitiva formar opinión en conciencia y en el conjunto sobre todo lo dicho, notando las reacciones y gestos de todos, singularmente de los inculpados, por ello, lo que se critica supone precisamente la manifestación más propia de la inmediación judicial como es verificar que la voz escuchada en una cinta, coincide con lo escuchado directamente de una persona en el Plenario, y concluir con la afirmación de pertenecer a la misma persona. Ello sin perjuicio de que pudiera haberse propuesto la pericial de reconocimiento de voz, lo que no se efectuó por ninguna de las partes ni en concreto por la defensa del recurrente.

Por lo demás la prueba de cargo valorada por la Sala no está constituida solamente por las intervenciones telefónicas escuchadas cuyo contenido analiza la sentencia de forma cumplida, a ello ha de unirse la constatación que por sí efectúa la Sala de ser idéntica la voz extranjera escuchada en las intervenciones con la oída directamente a Victor Manuel en el Plenario, así como los seguimientos policiales, la testifical de la policía, acta de entrada y registro y declaración del propio Victor Manuel en relación al domicilio que tenía en Alcalá y al piso alquilado en Madrid, y a todo ello, debe adicionarse la conversación intervenida en el móvil holandés del propio recurrente, acreditativa de que los detenidos a través de su letrado se ponen en contacto con Victor Manuel y éste les tranquiliza diciéndoles que enviará un abogado, conversación que como bien se razona en la sentencia, no afecta al derecho de defensa pues no se refiere a temas de asesoramiento jurídico sino de información a Victor Manuel de personas que están detenidas y que quieren ser defendidas, información que se le hace llegar a Victor Manuel por persona que es letrado, extremo que es irrelevante en el contexto concreto analizado, porque tal recado lo podría haber efectuado cualquier persona en otra profesión.

Más aún, el propio recurrente, en el ejercicio del derecho a la última palabra, alega conocer a Botines -- Baltasar --, ser amigo suyo y haber hablado telefónicamente con él, aunque también afirma que por eso solo no se le puede condenar.

En conclusión, el control casacional efectuado permite constatar que la Sala sentenciadora contó con prueba de cargo válida y suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, no siendo arbitrarias sus deducciones.

No hubo vacío probatorio sino discrepancia con la valoración que efectúa el Tribunal. El motivo debe ser desestimado.

El Motivo Octavo, por idéntico cauce que los anteriores denuncia la vulneración del principio de legalidad porque sin haberse declarado el secreto de las actuaciones judiciales, no se les comunicó a los interesados la intervención telefónica acordada.

Es evidente que la eficacia de una intervención telefónica, descansa en que el sujeto de la misma ignore tal medida. Lo que se cuestiona en el motivo es que partiendo de que dicha intervención se adoptó en un proceso penal, este debió ser precisamente declarado secreto -- art. 302 LECriminal-- y seguidamente acordar la intervención; como en el presente caso no se acordó el secreto, la intervención debió haberse comunicado a los interesados, y al no haberse hecho se vulneró el art. 118 de la LECriminal que obliga a no retrasar el momento del traslado de la imputación a la persona concernida.

Sin desconocer que lo correcto procesalmente hablando es acordar el secreto de la investigación judicial y a continuación acordar la intervención, el no haber procedido de este modo no supone sic et simpliciter una violación del art. 118, porque precisamente, la determinación de si existe o no base para la imputación a una persona, vendrá determinada, en gran medida, por el resultado de la intervención solicitada, de suerte que la imputación es posterior a la intervención, y no un a priori. Por lo demás, debe recordarse que durante el tiempo de la intervención telefónica no se adoptó ninguna medida cautelar de las que se acompañan a la imputación, y que cuando se levantó el secreto de las actuaciones por auto de 21 de Junio de 1997, folio 1246, (auto de secreto que se adoptó el 18 de Abril de 1997, folio 828), los imputados tuvieron acceso a las actuaciones, tomar conocimiento de las intervenciones telefónicas efectuadas y organizar sin trabas su defensa.

También se alega que los detenidos fueron puestos a disposición del Juzgado de Guardia de Madrid, y no del Central nº 3 que era quien tenía la causa. Tampoco en este hecho puede encontrarse indefensión alguna. Es lo cierto que tras la puesta a disposición del Juzgado de Guardia de Madrid, el nº 18 de los de Madrid, pocos días después se decretó la inhabilitación en favor del Juzgado Central.

El motivo debe ser desestimado.

El Motivo Noveno, que es reiterativo y coincidente con el séptimo, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por estimar que la prueba indiciaria existente contra el recurrente Víctor Manuel es insuficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Recordemos que el ámbito del control casacional en relación a la prueba indiciaria queda ceñida a dos aspectos -- SSTS nº 72/2001 de 18 de Enero y las en ella citadas--:

a) Desde un punto de vista formal a verificar la expresión de los indicios o hechos-base acreditados que, partiendo de ellos lleguen a través de un juicio de inferencia explícito, al hecho-consecuencia que se quiere acreditar.

b) Desde un punto de vista material, el control casacional se contrae a la verificación de que existan varios indicios o uno solo de singular potencia acreditativa, que no están destruidos por contra-indicios y que el juicio de inferencia alcanzado, entendido como "...enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano..." en términos del art. 1253 del Código Civil, sea razonable, estando constituida la esencia del control casacional en relación a la prueba indiciaria sobre el "juicio de razonabilidad" de dicha inferencia que debe aparecer como una certeza en la medida que del mismo se deriva la culpabilidad, sin que se exija que esa sea la única certeza posible, pues como recuerda la STC de 4 de Junio de 2001 precedida por las sentencias nº 81/98 de 2 de Abril y 68/01 de 17 de Mayo, el control debe limitarse a que la conclusión sea lógica, aunque quepan otras, ya que en otro caso se entraría en la valoración de la prueba. En tal sentido, también podemos citar la STS 1179/2001 de 20 de Julio.

Desde esta consolidada doctrina, debemos convenir que la sentencia sometida al presente control casacional ha cumplido las exigencias derivadas de la prueba indiciaria en el doble sentido expuesto, y la lectura del Fundamento Jurídico cuarto es cuanto se refiere al recurrente Víctor Manuel, así lo acredita. El propio recurrente, indirectamente viene a reconocerlo en la medida que enumera todos los indicios acreditados para luego discrepar de la valoración efectuada diciendo que la fundamentación es escueta e insuficiente. Antes al contrario, la motivación de la condena, con la enumeración de las pruebas tenidas en cuenta y a las que no hemos referido en el motivo séptimo cumple con el plus de fundamentación que exige la prueba indiciaria superando el juicio de razonabilidad la conclusión condenatoria alcanzada.

El motivo debe ser desestimado.

El Motivo Noveno --bis-- cuestiona la agravación de organización prevista en el párrafo 6º del art. 369 del Código Penal, efectuando por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales, cuando más correcto hubiese sido el de la Infracción de Ley.

Se critica en el motivo la aplicación del subtipo agravado de organización, con base en reconocerse en la sentencia -- Fundamento Jurídico sexto-- que la prueba no ha acreditado el entramado organizativo. Esta afirmación no puede ser entendida en el sentido que sugiere el recurrente de no existir prueba alguna de la organización, más propiamente, lo afirmado debe interpretarse en el sentido de no existir prueba directa de la organización, lo que por otra parte es normal dado la esencial clandestinidad de las redes de distribución de droga, por lo que será individualizadamente, a la vista de las circunstancias concretas que la organización podrá o no estimarse acreditada en una o varias personas. En el presente caso, la organización ha sido estimada solo en el recurrente, en base a un juicio de inferencia que tiene por sólidos anclajes la pluralidad de personas y el reparto de papeles o responsabilidades, todos puestos al servicio de un proyecto común constituido por la introducción de una droga grave, en cuantía muy importante --5 kilos de heroína--, no producida en España, y que supone la existencia de enlaces y contactos en otros países. Es un aliud diferente y más grave que la mera coautoría, con una jerarquía y diversos niveles de decisión, que rara vez es descubierta en su totalidad por la investigación criminal. Es en este tipo de delincuencia donde resulta más patente el carácter fragmentario y parcial de la "verdad judicial".

En el presente caso resulta patente la posición dirigente de Jose Pablo descrita correctamente en el factum, y por eso, más lejano en relación a la droga pero coordinando todos los movimientos y recibiendo los "partes" correspondientes.

Esta situación es lo que constituye la integración en organización, bien que en el presente enjuiciamiento, solo se haya predicado del recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

El Motivo Décimo, también por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales y de la tutela judicial efectiva denuncia que se ocultó a los imputados y a sus defensas y al propio Juez de Valdepeñas que los detenidos en aquella localidad por la policía el día 3 de Febrero de 1997 --dos meses antes de la ocupación de la heroína objeto de este enjuiciamiento-- estaban siendo investigados y tenían causa abierta en el Juzgado Central nº 3.

Se refiere la denuncia a que Esteban , de Sevilla --el otro recurrente--, en unión de otra persona, fueron detenidos en Valdepeñas cuando volvían de Madrid donde habían recibido 10 kilos de cafeína y paracetamol, sustancias utilizadas como adulterantes y que se encuentran en decomisos de cocaína y otras drogas. Tras su puesta a disposición del Juez de Valdepeñas fueron puestos en libertad. El silencio policial sobre la operación de investigación que se estaba llevando a cabo en Madrid no generó indefensión en los detenidos en Valdepeñas --entre los que no estaba el recurrente-- a quienes en relación a ese extremo del relato no denuncian ni se observa vulneración alguna. Por lo demás, debe recordarse que ninguna imputación se efectúa al recurrente en relación a dicho viaje, y por otra parte el silencio policial mantenido fue medida necesaria si no se quería que abortara toda la investigación que se llevaba a cabo en Madrid, y finalmente, las diligencias fueron incorporadas al Juzgado de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional.

El motivo debe ser desestimado.

El Motivo Undécimo, por la vía de la Infracción de Ley denuncia como indebida la aplicación de la agravante de reincidencia -- art. 22-8 del Código Penal-- que se le aplicó al recurrente.

Consta en el factum, que Victor Manuel fue condenado por sentencia firme el 9 de Diciembre de 1991 por la Audiencia Provincial de Toledo a la pena de 10 años de prisión mayor y multa por un delito contra la salud pública. Los hechos ahora enjuiciados fueron cometidos el 10 de Abril de 1997, es decir cinco años y cuatro meses. Por flexible que quieran efectuarse los cálculos en favor del reo, de acuerdo con la doctrina de esta Sala en relación a la agravante de reincidencia, es lo cierto que resulta temporalmente imposible, dada la extensión de la pena de prisión expuesta, estimar que la misma pudo estar cumplida el día de la firmeza de sentencia --9 de Diciembre de 1991--, por otra parte, la pena de prisión mayor del anterior Código Penal, equivale a pena grave de conformidad con la clasificación del art. 33-2.a) del vigente Código Penal, por lo que como tal pena grave, exige para su cancelación el transcurso de cinco años de conformidad con el art. 136-2-2º del vigente Código Penal, plazo que aunque inferior al tiempo transcurrido entre el primer antecedente y el actual hecho enjuiciado, resulta imposible que pueda tenerse por cancelado dado que como ya se ha razonado no es posible tener por cumplida la pena de prisión que le fue impuesta al tiempo de la firmeza de la sentencia.

Procede la desestimación del motivo.

El Motivo Duodécimo, por la vía de la vulneración de la presunción de inocencia denuncia como indebida la aplicación del delito de falsedad documental del art. 392 en relación con el art. 390-2º del Código Penal.

La denuncia, con mejor técnica procesal debiera haberse efectuado por la vía del nº 1 del art. 849 de la LECriminal, sostiene que el recurrente estaba en posesión de un pasaporte y carnet de conducir griegos sin que haya constancia de su falsedad.

El motivo ha recibido el apoyo del Ministerio Fiscal y va a prosperar pero por vía distinta.

La falsedad de los documentos citados está acreditada por la pericial obrante a los folios 92 y ss del Tomo I del Rollo de Sala, es otra la vía que va a permitir la estimación del motivo.

No consta en las actuaciones ni que dicha falsificación se haya efectuado en España, ni que el recurrente las hubiese utilizado para su identificación. Nada hay en la sentencia que permita afirmarlo. Desde esta situación procede su absolución de acuerdo con la doctrina de esta Sala que estima la falta de competencia de los Tribunales españoles para juzgar y condenar de tal delito, de conformidad con el art. 23 de la LOPJ que determina la competencia de la jurisdicción española para juzgar de los delitos y faltas en atención a los principios de territorialidad, personalidad, protección de intereses y de justicia universal, determinándose en cada uno de los cuatro apartados del artículo citado que desarrollan, respectivamente, el ámbito de aplicación de los principios expuestos, cuales son los delitos de los que puede conocer la justicia española. En ninguno de ellos se encuentra el delito de falsedad documental en la relación de delitos previstos en los apartados 3 y 4, y no existiendo prueba de su comisión en España, no procede la aplicación del nº 1 de dicho artículo, ni tampoco

puede operar como criterio atrayente en favor de la justicia española el de personalidad, pues el recurrente no tiene nacionalidad española -- SSTC 1867/2000 de 24 de Diciembre y 1954/2000 de 1 de Marzo--.

Procede la absolución por este delito y consiguiente estimación del motivo.

El Motivo Decimotercero, también por el cauce de la vulneración de derechos fundamentales, denuncia la situación de investigación y detención de una persona, ajena al presente enjuiciamiento, que luego es puesta a disposición de otro Juzgado y de otro Sumario.

Resulta patente la falta de legitimación del recurrente para denunciar situaciones ajenas y que en nada le inciden ni afectan.

Nada argumenta ni razona el recurrente que la situación denunciada le haya perjudicado o causado lesión alguna en sus derechos.

Por ello solo, y sin entrar en el fondo de la denuncia que queda extramuros del control casacional de la sentencia recurrida, procede acordar la desestimación del motivo.

Segundo.- Por parte de la representación legal del también condenado, Esteban , en un escueto escrito presentado el 11 de Octubre y obrante en el Rollo de esta Sala, se dice que en nombre del insinuado, se adhiere íntegramente en todo lo que a su mandante pueda beneficiarle, al recurso de casación formalizado por la representación legal de Victor Manuel .

De una manera sintética podemos decir que en relación a los ocho primeros motivos que desde diversas perspectivas cuestionan las intervenciones telefónicas, lo dicho en los citados motivos, es de aplicación al recurrente adherido.

En relación al motivo noveno, relativo a la prueba de cargo obrante al respecto, la misma está constituida por sus propias declaraciones, la del coprocesado Javier , los policías que efectuaron los seguimientos así como los intervinientes en la ocupación del paracetamol y cafeína en Valdepeñas culminándose todo el acervo probatorio con la ocupación de los cinco kilos de heroína que se encontraron en el maletero del coche del recurrente en el Centro Comercial Pryca de la Avda. de Andalucía.

No hubo vacío probatorio.

Los motivos noveno bis --organización-- y undécimo --reincidencia--, no lo son de aplicación.

El motivo décimo, relativo a la detención en Valdepeñas, reiteramos que al recurrente, que sí fue detenido y seguidamente puesto en libertad, no se le violentó ninguno de sus derechos en esta situación.

El motivo duodécimo no le es de aplicación y el decimotercero le es igualmente ajeno, como también lo era al recurrente principal.

Tercero.- La estimación del motivo duodécimo, conlleva la declaración de oficio de las costas causadas de conformidad con el art. 901 LECriminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación legal de Victor Manuel , por estimación del motivo duodécimo, contra la sentencia dictada el día 31 de Julio de 2000 por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la que anulamos y casamos en lo referente al motivo estimado, siendo sustituida por la que seguida y separadamente vamos a pronunciar.

Se declaran de oficio las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes y póngase en conocimiento de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con envío de las actuaciones e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar José Aparicio Calvo-Rubio

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil uno.

En la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 3, Sumario nº 18/97, seguida por presunto delito contra la salud pública, contra Carlos María , nacido en Sevilla el 21-4-59, hijo de Luis Pablo y Sonia . Solvente parcial hasta ciento cincuenta y cinco mil pesetas. Con antecedentes penales. Estuvo privado de libertad desde el 10-4-97 hasta el 24-3-98 en que fue excarcelado de forma irregular y desde el 19-11-99 hasta el 10-7-2000; Victor Manuel , nacido en Gorele (Turquía) el 26-5-56, hijo de Joaquín y Sofía . Insolvente y con antecedentes penales. Permanece en prisión provisional desde el 16-4-99; Esteban , nacido en Dos Hermanas (Sevilla) el 28-4-62, hijo de Ángel Daniel y de Isabel , con DNI. NUM012 . Con antecedentes penales. De solvencia no determinada. Estuvo en prisión provisional desde el 12-4-97 hasta el 24-3-98 en que fue excarcelado irregularmente, y desde el 13-7-99 hasta la actualidad en que permanece en la misma situación; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen y bajo Ponencia del Excmos. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se aceptan los de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos de la sentencia casacional correspondientes al estudio del motivo duodécimo de los formalizados por el recurrente, debemos absolver y le absolvemos del delito de falsificación documental.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Victor Manuel del delito de falsedad documental de que había sido condenado en la sentencia dictada el día 31 de Julio de 2000 por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada que no quedan afectados por la presente.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar José Aparicio Calvo-Rubio

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.