

Roj: STS 2152/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2152
Id Cendoj: 28079120012009100340

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 10624/2008

Nº de Resolución: 250/2009

Procedimiento: Recurso de casación por infracción de Ley

Ponente: JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los **recursos de casación** por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por los procesados Maximino , Victorio , Camilo y Julián , contra sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de de Cádiz, Sección 4ª**, que los **condenó** por delito **contra la salud pública**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando los procesados recurrentes representados por los Procuradores Sra. Garnica Montoro, Sra. Montes Agustí y Sr. Donaire Gómez, respectivamente. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Sanlúcar de Barrameda, instruyó sumario con el número 2/2006, contra **Camilo , Nieves , Desiderio , Julián , Victorio y Maximino** y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª** que, con fecha 29 de Enero del 2008, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

UNICO.- *Apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el Juicio Oral, expresa y terminantemente probados se declaran los siguientes hechos:*

Por la Unidad Orgánica de Policía Judicial, de la Comandancia de la Guardia Civil de Cádiz, se solicitó del Juzgado de Instrucción nº 1 de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) que autorizara la intervención, observación, grabación y escucha del teléfono NUM000 del que era titular Juan Francisco , acordándose dicha intervención por auto de fecha 3 de marzo de 2006 y de los teléfonos NUM001 y NUM002 de los que era titular Camilo , acordándose dicha intervención en virtud de Auto de fecha 27 de abril de 2006 . La fuerza actuante tenía fundadas sospechas de que ambos estaban planeando una importante transacción de sustancias estupefacientes que posteriormente destinarían a su distribución por distintas localidades de la provincia de Cádiz. De las distintas conversaciones registradas a partir de la segunda mencionada diligencia de intervención telefónica, se pudo averiguar que dicha operación podría tener lugar en el establecimiento comercial Hipercor, sito en la localidad de Jerez de la Fra. (Cádiz), por lo que se estableció el pertinente dispositivo de seguimiento y vigilancia en el referido lugar. Así se pudo observar cómo, sobre las 16:30 horas aproximadamente del día 3 de mayo de 2006, Camilo conducía por distintas calles de Trebujena (Cádiz) el turismo de marca y modelo Opel Astra, matrícula JA-....-JY , que usa habitualmente, acompañándole en el asiento del copiloto Victorio . Ambos se encontraron con Maximino que iba acompañado de su novia Nieves , los cuales viajaban en el vehículo Opel Vectra, matrícula-QLG , en un lugar no identificado de la mencionada localidad gaditana; una vez allí, puestos de común acuerdo, Victorio , Camilo y Maximino , Victorio le hizo entrega a Maximino de dos cajas de cartón de telefonía móvil, conteniendo en su interior un total de 83.200 #, que pensaban adelantar como parte del pago por la sustancia estupefaciente. Victorio introdujo en el maletero del coche que conducía Maximino las referidas cajas con el dinero, acordando ambos que sería Maximino el que transportara la mencionada cantidad para mayor seguridad y no levantar sospechas, sin que Nieves tuviera conocimiento del contenido de las citadas cajas. A continuación, los dos vehículos se pusieron en marcha dirección a Jerez de la Fra. Llegando poco después al establecimiento comercial Hipercor; Camilo y Maximino estacionaron los respectivos vehículos en la planta destinada a aparcamientos, separándose seguidamente. Al mismo tiempo, Julián y el padre de éste, Desiderio ,

llegaban a Hipercor procedentes de Madrid, su lugar de residencia habitual, viajando en el vehículo Mercedes modelo E270 CDI, matrícula HKT , propiedad del segundo y que igualmente estacionaron en el parking, desconociendo Maximino que en el vehículo se transportaba cocaína y el real motivo por el que su hijo Julián se desplazaba a Cádiz. Tras efectuar una llamada, Camilo y Victorio se dirigieron a la sección de zapatería donde contactaron con Julián que compró unas zapatillas de deporte; mientras tanto, Desiderio fue a tomar un café y al servicio. Tras mantener una conversación durante más de media hora, al objeto de cerrar los términos del acuerdo sobre la transacción que iban a llevar a cabo, Camilo , Victorio y Julián se dirigieron al parking. Primero se acercaron al vehículo Mercedes Benz, donde Julián sacó del maletero una bolsa a rayas que contenía en su interior ocho tabletas de forma rectangular, de aproximadamente un kilo cada una de ellas, conteniendo una sustancia blanquecina que luego resultó ser cocaína. Seguidamente se dirigieron al vehículo Opel Vectra, donde les esperaba Maximino fuera del coche estando Nieves dentro, sentada en el asiento del copiloto escuchando música. Cuando Julián se disponía a entregar la bolsa con la droga y a recibir a Camilo , Victorio y Maximino las cajas con el dinero, fueron interceptados y detenidos por los Guardias Civiles que se encontraban en el lugar.

El análisis de la sustancia aprehendida arrojó el siguiente resultado: un total de 8.295 grs. (peso neto) de cocaína con una pureza media del 80 % (79,5 %, 82,1 %, 76,3%, 82,3 %, 78,9 %, 83,4 %, 76%, 81,5%, cada una de las tabletas intervenidas) habiéndose estimado el valor de la misma en unos 292.541,832 #.

En el momento de la detención, además de la sustancia y el dinero antes mencionados, se intervinieron los siguientes vehículos: Opel Astra matrícula JA-....-JY , siendo la titular formal del mismo D^a Matilde y utilizando habitualmente por Camilo ; Opel Vectra,-QLG , propiedad de Maximino ; Asimismo se intervinieron los siguientes efectos: a Julián , un teléfono móvil de la compañía Movistar, marca Siemens de color negro y un billete de 20 #; a Victorio , un teléfono móvil de la compañía Vodafone, marca Nokia de color rojo y celeste, y 30 # en efectivo; tales efectos fueron utilizados para el ejercicio de aquella actividad. También se intervino el vehículo Mercedes Benz E 270 CDI matrícula HKT propiedad de Desiderio , y al mismo un móvil de la compañía Movistar, marca Nokia y 600 # y a Nieves , un teléfono móvil de la compañía Movistar, marca Nokia de color plata y 90 # en efectivo.

Camilo , natural de Trebujena y mayor de edad, fue condenado por sentencia de fecha 21 de mayo de 2002, que devino firme el 11 de julio de 2002 como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública a la pena de dos años de prisión.

Victorio , Maximino y Julián , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, y Camilo se encuentran en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 5 de mayo de 2006. Desiderio , mayor de edad y sin antecedentes penales ha permanecido en situación de prisión provisional desde el día 5 de mayo de 2006 hasta el día 26 de febrero de 2007, fecha en que fue puesto en libertad provisional bajo fianza.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a Julián , Victorio , Maximino y Camilo como autores de un delito contra la salud pública ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, salvo en Camilo en quien concurre la agravante de reincidencia, a la pena a Julián , Victorio y Maximino a cada uno de ellos de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y multa de 600.000 # y a Camilo , a la pena de ONCE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y multa de 600.000 # y al pago proporcional de las costas del juicio.

Se acuerda el comiso de la droga, dinero, vehículos y móviles intervenidos, salvo los pertenecientes a Desiderio y Nieves , dándose a los decomisados el destino legal.

Para el cumplimiento de la pena se abonará a los condenados todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa, salvo que le hubiera sido computada en otra.

Se absuelve a Desiderio y a Nieves de los delitos contra la salud pública por los que venían acusados, declarándose de oficio las dos sextas partes de las costas causadas.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por **los procesados**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación de los procesados Maximino y Victorio , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Al amparo del artº 5. 4º de la L.O.P.J . en relación con el artículo 18 de la Constitución española, por entender vulnerado el derecho al secreto de comunicaciones, en concreto, infracción de las comunicaciones telefónicas y a la intimidad personal del artº 18. 3º del texto constitucional .

SEGUNDO.- Infracción al amparo del artículo 5. 4º de la L.O.P.J ., en relación con el artº. 11 del mismo texto legal, por vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva y en relación a los artículos 18. 3º y 24. 2º de la Constitución española.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al entender que se han infringido preceptos sustantivos al no ser los hechos constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal .

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por entender que se han infringido preceptos sustantivos al no haberse aplicado el artículo 29 de la complicidad y artículo 63, ambos del Código Penal .

QUINTO (SEXTO en el escrito de formalización).- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J ., en relación con el artº. 24 de la Constitución española, por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, indubio pro reo.

5.- La representación del procesado Camilo , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas y a la intimidad consagrados en el artº. 18 de la Constitución española.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J ., por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del artº. 24. 2º de la Constitución española, por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundar un fallo condenatorio.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haber apreciado la Sala de instancia la agravante de reincidencia.

6.- La representación del procesado Julián , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 4 del artº. 5 de la L.O.P.J ., en relación con el artº. 18. 3º de la Constitución española, por entender vulnerado el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

SEGUNDO.- Al amparo del artº. 5. 4º de la L.O.P.J ., por infracción del principio de presunción de inocencia del artº. 24. 2º de la Constitución española.

7.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 20 de Octubre de 2008, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó, a excepción del motivo tercero del recurso de Camilo , que apoya, interesando la aplicación a dicho acusado de una pena de 10 años de prisión, superior al mínimo legal pero acorde con la mayor gravedad de su conducta y a sus particulares circunstancias personales..

8.- Por Providencia de 4 de Febrero de 2009 se declaró el recurso admitido y quedando **conclusos los autos por señalamiento de fallo** cuando por turno correspondiera.

9.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 3 de Marzo de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recurrentes Maximino y Victorio formalizan conjuntamente su recurso que tiene, como primer motivo, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

1.- Nos recuerdan que ya suscitaron la cuestión de la nulidad de las escuchas telefónicas en la instancia y acuden a los textos internacionales de derechos humanos para terminar sosteniendo algo que está constitucionalmente exigido, como es la existencia de una resolución judicial para acordar la intervención telefónica de cualquier persona.

Como era previsible, denuncia la falta de motivación del auto de 30 de Marzo de 2006. Realizan una serie de objeciones a su contenido y al informe policial que lo solicita, haciendo una serie de consideraciones que, en principio, para nada afectan a la motivación.

2.- Extrae del texto judicial y policial un pasaje en el que se dice de uno de los recurrentes que: *"trabajando en la construcción conduce habitualmente un BMW, lo cual no se corresponde con los ingresos de tal actividad"*. Resulta incuestionable que, si la única motivación existente fuera la que nos cita la parte recurrente, no existiría la más mínima duda sobre su absoluta falta de justificación y racionalidad, pero como reconoce, existen otros datos que deben ser valorados a la luz de la doctrina evolutiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que admite, no sin las necesarias matizaciones y precisiones, según el caso concreto, la fundamentación del auto de autorización de escuchas telefónicas por remisión fundada y razonada al oficio policial solicitante.

3.- También se invoca la falta de motivación de las escuchas de los teléfonos de los otros dos acusados, lo que en principio no supondría vulneración de los derechos personalísimos de los recurrentes, pero es cierto que el instructor y, después la Sala, al desestimar la vulneración de derechos fundamentales, reconocen que ambos están interrelacionados, por lo que debemos acoger las argumentaciones.

4.- Es cierto que frente a otras legislaciones, la nuestra no incluye un catálogo de delitos que, por su especial relevancia, justifiquen la adopción de una medida excepcional y restrictiva de derechos fundamentales. Sin perjuicio de advertir que el legislador español se ha pronunciado, de manera indirecta, sobre el catálogo de delitos al establecerlos para regular, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los supuestos delictivos que autorizan, por su especial transcendencia, acudir a la figura del agente encubierto. Debemos señalar que nos encontramos ante un delito de evidente gravedad y en el que supuestamente podrían participar, por los indicios iniciales, un grupo organizado de personas, aunque quizá, no de carácter estable.

5.- Por ello, debemos ceñirnos al caso concreto y examinar si los autos cuestionados, por su propio contenido y por la calidad de los datos que se contienen en el oficio de policía, pudieran estar justificados.

Las actuaciones judiciales se inician por la presentación, el 27 de Marzo de 2006, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Sanlúcar de Barrameda de un oficio policial solicitando la intervención del teléfono del que era titular Juan Francisco, a lo que se accedió por Auto de 30 de Marzo de 2006. Por ello, es prioritario y condiciona toda la investigación, pronunciarnos sobre la validez del citado Auto, según los parámetros constitucionales.

6.- Consideraciones previas sobre el sistema empleado por la policía, para la solicitud de la autorización judicial.

a) **El oficio policial de 28 de Marzo de 2006**, advierte que en el día de ayer se solicitó un mandamiento para la intervención del número perteneciente a la persona citada en el anterior apartado. Se añade que: *"En dichas diligencias no se informó a V.I. que dicha intervención se llevaría a cabo mediante el sistema **SITEL**, para lo cual se solicita de su Autoridad, en caso de conceder dicha intervención, lo siguiente:*

*-Mandamiento Judicial para la intervención, observación, grabación y escucha mediante el sistema **SITEL** del siguiente teléfono móvil:*

1º.- Teléfono móvil con numeración NUM003 utilizado por Juan Francisco (NUM004) para el desempeño de sus actividades de narcotráfico, perteneciente a la Compañía de Telefonía Móvil Movistar S.A., con sede social en Madrid.

-Libre oficio dirigido a al compañía MOVISTAR S.A., con sede social en Madrid para que aporte los siguientes datos, en vez de los solicitados en las diligencias 64/2006:

Que por parte de la Compañía Operadora sea facilitado a esta Unidad los listados de llamadas entrantes y salientes del referido teléfono, al igual que la titularidad del mismo si se tratase de contrato y no de tarjeta prepago, así como los siguientes datos:

**Contenido de las carpetas de audio o llamadas.*

**Contenido de los mensajes de texto o SMS.*

**Contenido de las comunicaciones mantenidas vía fax o Internet.*

**Identificación y localización de los repetidores.*

**Identificación del número que interacciona con el intervenido (llamante y llamado) aunque sean secretos.*

**IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes.*

**Identidad del titular de los teléfonos que interactúan, aunque sean secretos.*

b) **El programa SITEL** es una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones.

El sistema se articula en tres principios de actuación:

1. *Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados.*

2. *Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior. Existen 2 ámbitos de seguridad:*

**Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos, donde se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar la información y distribuir la información.*

**Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores únicos para este empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro. Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.*

3. *Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento.*

c) **Información aportada por el sistema.**

El sistema, en la actualidad, aporta la siguiente información relativa a la intervención telefónica:

- 1. Fecha, hora y duración de las llamadas.*
- 2. Identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención.*
- 3. Distribución de llamadas por día.*
- 4. Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.)*

En referencia al contenido de la intervención de la comunicación, y ámbito de información aportada por el sistema, se verifica los siguientes puntos:

- 1. Repetidor activado y mapa de situación del mismo.*
- 2. Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información.*
- 3. Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS).*

d) **Sistema de trabajo.**

*Solicitada la intervención de la comunicación y autorizada esta por la Autoridad Judicial el empleo del Programa **SITEL**, la operadora afectada inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la Unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación.*

El acceso por parte del personal de esta Unidad se realiza mediante código identificador de usuario y clave personal. Realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para la Autoridad Judicial. La EVIDENCIA LEGAL del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato DVD para entrega a la Autoridad Judicial pertinente, constituyéndose como la única versión original.

De este modo el espacio de almacenamiento se reduce considerablemente, facilitando su entrega por la Unidad de investigación a la Autoridad Judicial competente, verificándose que en sede central no queda vestigio de la información".

7.- Traslación de todas las informaciones al caso que nos ocupa.

El contenido del informe inicial decía:

"Con fecha 27 de marzo de 2006, se ha presentado por la Guardia Civil-Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga, solicitud de autorización de intervención telefónica del número de teléfono NUM003, utilizado habitualmente por Juan Francisco. Dicha solicitud fue ampliada por la fuerza actuante en diligencias de fecha 28 de marzo de 2006.

Entiende la Policía Judicial que existen indicios y elementos suficientes para entender que Juan Francisco está implicado directamente en la comisión de delitos contra la salud pública, según investigaciones que se han venido efectuando, y esencialmente, a raíz de las intervenciones telefónicas acordadas en el seno de la actuación judicial efectuada en Diligencias Previas número 1703/2005, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Chiclana de la Frontera, en la que se intervinieron tres kg de cocaína de gran pureza. Según se recoge de la solicitud policial, fruto de la intervención del número de teléfono móvil NUM005, utilizado por Jacinto -integrante de la organización desmantelada en aquella operación policial, y que distribuía importantes cantidades de cocaína por la zona de Barbate, Vejer de la Frontera y localidades colindantes- se comprueba que en el mismo, entre el 26 de enero de 2006, a las 23:18 horas y el 6 de febrero de 2006, a las 18.59 horas, se registran determinados mensajes de texto y llamadas de voz, procedentes de un número de teléfono, número NUM003, que la Guardia Civil-Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga identifica como el utilizado por Juan Francisco. En dichas llamadas y mensajes de texto se mostraría cómo el implicado citado intervino como intermediario en una transacción que tenía como objeto cuatro kg de cocaína, transacción que finalmente no se habría llevado a efecto porque no se llegó a un acuerdo final en el precio de la droga, y por la desconfianza entre comprador y vendedor, según se deduce del contenido de las llamadas y mensajes.

La fuerza actuante constata que la medida interesada puede posibilitar el descubrimiento de elementos de interés para la investigación, y hacer aflorar las actividades de la supuesta organización a la que pudieran pertenecer los implicados".

8.- Fundamentación de la autorización.

A la vista de estos antecedentes, el Juzgado dicta el Auto de 30 de marzo de 2006, en el que establece que: "El artículo 579, números 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevé que el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

Como recoge la STS de 18 de julio de 2000, el respeto a la legalidad constitucional de la autorización judicial de intervención telefónica, exige la concurrencia de una resolución motivada por la Autoridad judicial, que es lo que la Constitución requiere expresamente en su artículo 18.3 y 120.3. Y para que dicha resolución pueda calificarse de "motivada", debe contener los elementos suficientes que permitan verificar que la decisión judicial no quebranta los principios que justifican el sacrificio del derecho del ciudadano:

a) La proporcionalidad, en cuanto solamente la persecución de delitos de notoria gravedad pueden dar lugar a la perturbación o restricción del derecho fundamental de la persona.

b) La especialidad de la materia a investigar, porque no es admisible decretar la intervención telefónica para investigar actividades delictivas genéricas, lo que sería propio del sistema de inquisición general desterrado del moderno y civilizado derecho penal.

c) La existencia de sospechas fundadas que excluyan la posibilidad de que la injerencia en el ámbito de la intimidad del individuo obedezca a la mera arbitrariedad.

d) La necesidad, porque si no es probable que se obtengan datos relevantes del delito investigado, o si éstos se pueden alcanzar por medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención.

c) La justificación de la autorización, en cuanto necesidad de que el titular del derecho limitado pueda comprender las razones por las que se exige ese sacrificio.

En el concreto supuesto de la intervención solicitada, el examen de los argumentos aportados con el escrito de la fuerza actuante, y el resultado que ofrecen las diligencias de investigación hasta ahora llevadas a efecto, conduce a entender que concurren todos los requisitos previstos para su autorización, evitando cualquier vulneración de los derechos del afectado Juan Francisco, constitucionalmente reconocidos: el delito objeto de persecución es de evidente gravedad, contra la salud pública, con la concurrencia de posibles agravantes de notoria importancia y existencia de organización destinada al tráfico de estupefacientes; la previa investigación llevada a cabo por Guardia Civil-Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga aporta datos suficientes para justificar la sospecha de que la persona que usa el número de teléfono NUM003 está implicada en actividades de tráfico de drogas, no siendo posible otro medio menos gravoso para llevar a buen fin el servicio de investigación de un delito contra la salud pública como el descrito, por lo que esta intervención aparece como el único instrumento posible para continuar las averiguaciones, en ese extremo.

Conforme a lo argumentado, y deduciéndose de lo expuesto por Guardia Civil-Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga, que existen fundados indicios de que mediante la intervención y escucha del teléfono número NUM003 pueden descubrirse hechos y circunstancias de interés, sobre la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, es procedente ordenar la intervención telefónica solicitada, que llevará a efecto la fuerza solicitante, conforme autoriza el artículo 18.3 de la Constitución española, en relación con el artículo 579 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por plazo de TREINTA DÍAS, participándose al Juzgado el resultado de las observaciones.

Deberá facilitar la Compañía Telefonía Móvil MOVISTAR, previo oficio remitido por este Juzgado:

-los listados de llamadas entrantes y salientes del referido teléfono, así como la titularidad del mismo, si se tratar de contrato y no de tarjeta de prepago;

-contenido de las carpetas de audio o llamadas,

-contenido de los mensajes de texto o SMS,

-contenido de las comunicaciones mantenidas vía fax o internet,

-identificación y localización de los repetidores,

-identificación del número que interacciona con el intervenido (llamante y llamado) aunque sean secretos,

-IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes,

-identidad del titular de los teléfonos que interactúan, aunque sean secretos".

Estimamos, por lo que antecede, que la decisión está perfectamente ajustada a derecho.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

SEGUNDO.- Se denuncia la vulneración de la tutela judicial efectiva en relación con los artículos 18.3 y 24.2 de la Constitución.

1.- Sin perjuicio de remitirnos a lo alegado con anterioridad, se da especial relieve a la circunstancia de que no se han declarado secretas las actuaciones y que el auto no ha sido comunicado al Ministerio Fiscal, encargado de velar por el cumplimiento de la legalidad y de las garantías procesales. La misma parte reconoce que en el segundo Auto se prorroga el secreto de las actuaciones, lo que implica que la no mención de este aspecto en el primero, es un claro error mecanográfico que para nada altera sustancialmente la formalidad de la resolución.

2.- En cuanto a la declaración de secreto, de manera expresa, es un defecto de omisión mecanográfico que el recurrente ni siquiera se preocupa en relatar al admitir que, efectivamente, con posterioridad, se acuerda la prórroga.

Por lo que se refiere a la falta de notificación al Ministerio Fiscal, aunque legalmente se establece la comunicación de la decisión de autorizar las escuchas al Ministerio público, no compartimos la idea de que se trata de un requisito sustancial ya que el principio de igualdad de partes, sin descartar la postura imparcial de la acusación pública, pudiera cuestionar este privilegio. Lo cierto es que se trata de una fórmula legal que no produce indefensión. No consideramos admisible la relevancia constitucional de este requisito y aunque ello

ha dado lugar, en esta causa, a la anulación de numerosas escuchas, el Fiscal que, originariamente preparó recurso, después desiste del mismo.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

TERCERO.- Con carácter preferente analizaremos el motivo sexto, que en realidad es el quinto, en el que se invoca la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia.

1.- Aunque comienza desarrollando el motivo, en particular para Victorio , después lo extiende también al otro recurrente. Reconoce que Victorio viajó a Jerez con el conductor del Opel Astra (Camilo). Sostiene que este dato solo permite sospechar que estaba al tanto del tráfico pero no permite descartar, con certeza, una explicación alternativa diferente como que Victorio , inadvertido, hubiese sido espectador pasivo de todo lo ocurrido. Igual razonamiento considera que habría que aplicar a Maximino .

2.- Nada tenemos que objetar a la atinada doctrina que se incorpora al motivo, pero nuestra tarea se reduce a decidir si, en este caso concreto, se ha vulnerado o no el principio de presunción de inocencia. Si recordamos el hecho probado, se presentan una serie de dificultades para estimar que no ha existido prueba de cargo o que ésta ha sido valorada irracionalmente y de forma perjudicial para los recurrentes.

3.- La sentencia establece, de manera general, la base de su convicción a través de la prueba testifical y pericial de los miembros de la Guardia Civil practicada en el acto del juicio oral. Añade, como elemento de convicción, que Victorio y Maximino fueron hallados en el aparcamiento del establecimiento junto a una bolsa que contenía mas de ocho kilos de cocaína y unas cajas con 83.200 euros, hechos que nunca han sido negados, por evidente, por las defensas. La forma de comportarse en el establecimiento, las maniobras para despistar los encuentros visualizados, los seguimientos hasta el aparcamiento, hacen realmente inverosímil la hipótesis de que Victorio fuera de mero paquete inanimado después de haberse comprobado, por prueba válida, todos sus movimientos.

Las descripciones de los testigos son tan plásticas que no dejan espacio para la duda sobre el conocimiento minucioso y detallado por parte de los dos recurrentes de toda la operación que se describe en el hecho probado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

CUARTO.- Trataremos conjuntamente los motivos tercero y cuarto que se canalizan por la vía del error de derecho y cuestionan la calificación jurídica de los hechos.

1.- El **motivo tercero** sostiene que los hechos han sido calificados indebidamente como un delito contra la salud pública. En realidad, el motivo no puede ser valorado y debió ser inadmitido en el trámite previo, ya que se fundamenta en la negación de los hechos probados, lo que no está permitido por esta vía y mucho menos, después de haber decidido los anteriores motivos. Los hechos, tal como están relatados, suponen la existencia de un delito contra la salud pública, que incluso ha sido calificado de forma benevolente.

2.- El **motivo cuarto**, admitiendo alternativamente la existencia del delito contra la salud pública, los recurrentes debieron ser considerados como cómplices (artículo 29 del Código Penal), penalizando su conducta con arreglo al artículo 63 del mismo texto legal.

La parte recurrente estima que los autores, materiales y exclusivos, son los dos que transportan la sustancia estupefaciente desde Madrid. A partir de esta afirmación vuelve a combatir el hecho probado que no puede ser mas claro y terminante en cuanto a la ejecución por parte de los recurrentes de conductas activas directas y determinantes para la comisión del hecho delictivo que se les imputa.

No es posible desviar su participación a la escala de meros actos de cooperación, porque concertarse para un encuentro en que se va a realizar una entrega de droga, conocer el sitio, acudir al mismo y llevar la cantidad necesaria para entregar a los suministradores, es una conducta que sólo puede considerarse como autoría.

Por lo expuesto ambos motivos debe ser **desestimados**

QUINTO.- El recurrente Camilo formaliza un recurso autónomo, cuyo primer motivo, denuncia la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

1.- Concentra sus argumentos en ciertos pasajes del oficio policial que hacen referencia al nivel de vida de los investigados y a sus contactos con personas vinculadas al narcotráfico, la adopción de medidas de seguridad para realizar sus movimientos y utilizar teléfonos móviles para contactar.

A continuación, reproduce los mismos argumentos que se han utilizado por los otros dos recurrentes sobre el contenido del auto y la no notificación al Ministerio Fiscal.

2.- Más adelante reconoce que, en el oficio policial, se incluye muchos más detalles que los que ha esgrimido anteriormente, lo que justifica, como ya se ha dicho antes, la legalidad y motivación del auto que se recurre y la validez de las escuchas, dando por reproducidas las argumentaciones anteriormente expuestas.

3.- Más adelante, y dentro del mismo motivo, dedica sus esfuerzos a rebatir los hechos que constituyen el soporte principal del oficio judicial y la fundamentación del auto. Para ello acude a la reproducción audiovisual del juicio oral. Este esfuerzo, dialécticamente está abocado al fracaso porque lo que importa es la fiabilidad y certeza de los datos que justifican la petición y otra cosa las matizaciones que puedan derivarse de la prueba practicada en el juicio oral.

4.- Después de una reiterativa y extensa cita de resoluciones judiciales de toda índole, de tribunales nacionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, añade, ciñéndose al caso que el recurrente ha negado durante toda la instrucción su participación en los hechos y no ha declarado en el acto del plenario.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

SEXO.- El motivo segundo, después del exhaustivo examen de la prueba que ha realizado en el motivo anterior, invoca la aplicación de la presunción de inocencia.

1.- El desarrollo, después de toda la desmesurada extensión del anterior motivo, lógicamente es escueto.

2.- En síntesis, viene a solicitar que se estime el motivo anterior, que se declare la nulidad de las pruebas dejando un vacío probatorio que favorezca al recurrente. Nos remitimos a lo expuesto con anterioridad.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

SÉPTIMO.- El tercer motivo combate la indebida aplicación de la agravante de reincidencia.

1.- Expone que, de los hechos probados, incluso completados con los fundamentos de derecho, no concurren los elementos fácticos para aplicar dicha agravante.

2.- Los hechos que constituyen el antecedente, fueron cometidos el 21 de Diciembre de 2000, lo que nos lleva ante las imprecisiones fácticas a considerar que la condena se podía haber extinguido dos años después y que los tres años para la rehabilitación o cancelación de oficio podían haber concluido en Diciembre de 2005, es decir, cinco meses antes de la comisión del segundo delito.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado**

OCTAVO.- El recurrente Julián formaliza un primer motivo basado en la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

1.- Se repiten argumentos recogidos y analizados en los motivos de los anteriores recurrentes.

2.- Nos remitimos a lo expresado con anterioridad.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

NOVENO.- El motivo segundo alega la vulneración de la presunción de inocencia.

1.- Alega que el recurrente acudió al establecimiento y al parking para tratar de la compra de un perro, con un amigo, y pretende que está justificado con el tikect del aparcamiento corroborado por las manifestaciones de los guardias civiles que, precisamente, afirman todo lo contrario.

Acude a las declaraciones de Victorio y Camilo que coinciden en que vinieron de Madrid para tratar de la compra de unos galgos. También esgrime, como coartada, la celebración próxima de la primera comunión de su hija.

2.- Realmente son loables los esfuerzos de la defensa para proteger los intereses de su patrocinado, pero los argumentos chocan con una realidad incriminatoria aplastantemente acreditada en el juicio oral por los guardias civiles que realizaron el seguimiento, que no existe base racional ni lógica ni siquiera para abrir una duda probatoria. Los hechos son contundentes y están plenamente acreditados por las razones ya expuestas.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Camilo , casando y anulando la sentencia dictada el día 29 de Enero del 2008 **por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª** en la causa seguida **contra el mismo por un delito contra la salud pública. Declaramos de oficio las costas causadas.**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones procesales de Maximino , Victorio y Julián , **contra la sentencia dictada** el día 29 de Enero del 2008 **por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª** en la causa seguida **contra los mismos por delito contra la salud pública. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.**

Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Manuel Marchena Gómez José Antonio Martín Pallín**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 1 de Sanlúcar de Barrameda, con el número 2/2006 contra **Camilo , Nieves , Desiderio , Julián , Victorio y Maximino** , en prisión provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 29 de Enero de 2008, que ha sido **casada y anulada** por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la **Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**, que hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se da por reproducido el fundamento de derecho séptimo de la sentencia antecedente.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Camilo como autor de un delito contra la salud pública sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de NUEVE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y multa de 600.000 #.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Manuel Marchena Gómez José Antonio Martín Pallín**

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