



Roj: STS 8701/2007 - ECLI:ES:TS:2007:8701
Id Cendoj: 28079120012007101079

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1058/2007

Nº de Resolución: 1047/2007

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

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

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Huelva incoó procedimiento abreviado con el nº 31 de 2.006 contra Ángel Jesús , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Segunda, que con fecha 5 de marzo de 2.007 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Ángel Jesús el día 23 de marzo de 2.006 se acercó al restaurante Océano de Punta Umbría y en su exterior entregó a Ismael una paquetilla de cocaína a cambio de 30 euros. Se practicaron en esa fecha registros judicialmente autorizados en su domicilio de la CALLE000 núm. NUM000 , donde se ocuparon una paquetilla de cocaína con un peso de 391 mg. al 78,9% y un valor de 48 euros así como una balanza electrónica, y en su negocio de lavadero de coches en la calle Ronda del Foro donde se hallaron dos libretas con anotaciones de cantidades correspondientes en su mayor parte a entrega de droga. Tras vigilancias y seguimientos desde meses antes se intervino el teléfono que usaba 635-95-00-06. Los funcionarios policiales constataron citas con personas que permanecían escasos instantes con él en el exterior del domicilio o establecimiento adoptando precauciones y entregando dosis de cocaína a cambio de dinero. El acusado es consumidor esporádico de cocaína y ha sido condenado en sentencia de 4 de octubre de 2004 a la pena de seis meses de prisión por delito de lesiones, dictada en el procedimiento abreviado 131/2004 por el Juzgado de lo Penal número 3 de Huelva, siéndole concedida la suspensión por dos años el 17 de noviembre de 2.004.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido: Condenar a Ángel Jesús , como autor responsable de un delito contra la salud pública, en su tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, a las penas de prisión de tres años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de noventa euros, o apremio personal subsidiario de quince días en caso de impago e insolvencia, así como al pago de la mitad de las costas. Decretamos el comiso de la droga, útiles y dinero intervenidos, debiendo oficiarse para la destrucción de aquélla al centro que la tiene en depósito, y dándole a los demás efectos el destino previsto en la Ley 17/2003. Reclámese del Juzgado instructor la pieza de responsabilidades pecuniarias debidamente concluida conforme a derecho. Para el cumplimiento de las penas, se aplica el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa. Remítase al Juzgado de lo Penal número 3 de Huelva testimonio de esta sentencia para la revocación en su caso de la suspensión de la pena concedida en la ejecutoria 392/2004.

Se formuló Voto Particular a la anterior sentencia, donde se acordó aceptar plenamente el alegato de la defensa, entendiendo que lo procedene es la absolución del acusado.

3.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado Ángel Jesús , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Ángel Jesús , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Se formula por el cauce especial del artículo 5, número 4 de la L.O.P.J., denunciándose la infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el art. 18.3º C.E.; Segundo.- Se formula por la vía casacional del art. 5, número 4 de la L.O.P.J., denunciándose la infracción del art. 24 párrafo 2º de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías legalmente establecidas; Tercero.- Se formula por el cauce especial del art. 5, número 4 de la L.O.P.J., y en él se denuncia la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24 párrafo 2º de la C.E., por no existir una actividad probatoria válida de cargo en qué fundamentar un fallo condenatorio para mis representados; Cuarto.- Se formula por el cauce especial del artículo 5, número 4 de la L.O.P.J. Se denuncia la infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el art. 18 número 2º de la C.E., por cuanto que el Auto que acuerda la entrada y registro en el domicilio de mi representado carece de la más absoluta motivación, al no fundamentar las razones por las que se acuerda el cercenamiento de un derecho fundamental, por lo que impide el necesario juicio de proporcionalidad e idoneidad, exigido por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta Excma. Sala Segunda, deviniendo con ella la medida inconstitucional; Cuarto Bis.- Se formula por la vía casacional del art. 5, número 4 de la L.O.P.J., denunciándose la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 párrafo 2º de la Constitución, por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en qué fundamentar un fallo condenatorio para mis representados; Quinto.- Se formula por el cauce del nº 2, del artículo 849 de la L.E.Cr., esto es, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender la Sala de instancia que mi mandante a pesar de ser adicto a sustancias tóxicas como las anfetaminas y la cocaína, desde hace años, no tenía una patología mental crónica que anulase parcialmente sus facultades volitivas y cognitivas no apreciando en el mismo ni la eximente incompleta de drogadicción ni siquiera la atenuante simple; Sexto.- Se formula por la vía del art. 849, nº 1 de la L.E.Cr., por cuanto que la Sala de instancia finalmente, no aplica la eximente incompleta del art. 21.1, en relación con el nº 20.1 y 2 ambos del C. Penal, solicitada por la defensa y que se denuncian como preceptos infringidos, alegando que mi mandante era consumidor esporádico; Séptimo.- Se formula por la vía del nº 1 del art. 849 de la Ley Rituaria, por cuanto la Sala de instancia no ha estimado la concurrencia, en mi representado, de la atenuante analógica de drogadicción del nº 2º del art. 21 del C. Penal, por lo que ha infringido por no aplicación dichos preceptos y número.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de diciembre de 2.007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acusado fue condenado como autor de un delito contra la salud pública del art. 368 C.P. a la pena de tres años de prisión, multa y accesorias legales.

El primer motivo que interpone al recurrir la sentencia condenatoria se formula por el cauce del art. 5.4 L.O.P.J. por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, consagrado en el art. 18.3 C.E. tanto en la adopción de la medida adoptada por Auto del Juez de Instrucción, "total y absolutamente inmotivado" y sin que se pueda salvar esta ausencia de motivación por remisión a la solicitud policial, la cual no señala ningún indicio justificativo de la medida adoptada por el Juez.

SEGUNDO.- En relación con esta cuestión, debemos reiterar una vez más que las resoluciones judiciales deben ser siempre motivadas porque son fruto la aplicación razonable y razonada del Derecho y no de la arbitrariedad del Poder, exigencia de motivación que no se limita a las Sentencias, sino que alcanza también a los autos a los que afecta igualmente la necesidad de evitar la arbitrariedad. Esta exigencia impone que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer cuales son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

La motivación ha de ser pues la suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso, así como la naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación,

teniendo siempre en cuenta que la motivación no constituye un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión, por lo que no es necesario explicitar lo que es obvio.

Pues bien, con relación a la motivación de las resoluciones que acuerdan una intervención telefónica, la autorización debe contener los extremos necesarios para comprobar que la medida de injerencia, de un lado, se funda en un fin constitucionalmente legítimo, de otro, está delimitada de forma temporal y subjetiva, y, por último, es necesaria y adecuada para alcanzar el fin para cuyo cumplimiento se autorice. Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (S.S.T.C. 49, 166 y 171/99 y 8/00).

En relación con este último requisito constituye doctrina reiterada de esta Sala que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias 1240/98, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, SSTS de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en su caso del Ministerio Fiscal, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica.

En definitiva, como señalan las sentencias de 26-06-00, 03-04 y 11-05-01 y 17-06-2002, núm. 1112/2002, entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, pues el Órgano Judicial carece por sí mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

En consecuencia lo que la Constitución exige al atribuir y confiar al Juez de Instrucción la competencia exclusiva para adoptar estas resoluciones es que la depuración y análisis crítico de los indicios aportados por la policía judicial bajo su dependencia se realice por el Instructor exclusivamente desde la propia perspectiva de su razonabilidad y subsiguiente proporcionalidad adecuada al caso, valorándolos desde su profesionalidad y conocimiento del medio, pero sin necesidad de análisis prolijos incompatibles con la materia y el momento procesal en el que nos encontramos. No procede, por ello, sustituir al Instructor en dicha ponderada valoración inicial, máxime cuando su resultado positivo la ha revelado atinada, y únicamente procede declarar la inconstitucionalidad de la resolución en aquellos supuestos en que la manifiesta ausencia de datos pone de relieve que la intervención del derecho constitucional se realizó carente del mínimo sustento indiciario.

TERCERO.- Descendiendo al caso presente en aplicación de la mencionada doctrina de esta Sala, cabe señalar, en primer lugar, que no es cierta la afirmación del recurrente de que la intervención telefónica dispuesta por el Juez sea el punto de arranque de la intervención policial. El oficio de la Policía dirigido al Juez en solicitud de la autorización de la observación telefónica ya precisa las actividades previamente realizadas de investigación sobre el sospechoso de su presunta dedicación al tráfico de estupefacientes; dato éste que la misma sentencia subraya en el hecho probado al señalar "las vigilancias y seguimientos desde meses antes" de que se interviniera el teléfono del acusado.

Indica también el oficio policial las informaciones confidenciales recibidas en ese mismo sentido de que el ahora recurrente realizaba actividades de tráfico de drogas.

Esta mención a los confidentes requiere ser aclarada y precisada, debiéndose consignar -como ya hicieran otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de septiembre de 1997 - que en la fase preliminar de sus investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990).

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc, así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad. (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas.

En la misma línea, la STS de 14 de abril de 2001 declaraba que es lícito que la Policía utilice fuentes confidenciales de información, siempre que no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. En esos momentos iniciales de la investigación es natural que la Policía no aporte la identificación de esas fuentes para que mantengan su carácter confidencial. La noticia confidencial, sin embargo y con carácter oficial, no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de de 26 setiembre 1997 y 4 marzo 1999.

Por lo tanto, una vez recibidas las noticias confidenciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán establecer los servicios precisos con el fin de practicar las gestiones necesarias para confirmarlas mínimamente, con el objeto de aportar al Juzgado de Instrucción, al solicitar la entrada y registro, algo más que la mera noticia confidencial. Cuando menos, una mínima confirmación después de una investigación.

Tal es lo acaecido en el supuesto actual: la Policía, sobre aquellos informes llevó a cabo unas diligencias investigación con seguimientos y observaciones personales del sospechoso y recabando datos sobre la actividad profesional del mismo. De este modo, y tras varios meses de investigación, informa al Juez de los contactos del acusado de los contactos con ciudadanos españoles y colombianos "conocidos por su implicación en esta actividad ilícita". Se añade el uso por el investigado de vehículos de gran valor económico y que consecuencia de los dispositivos de vigilancia, se ha comprobado como al domicilio de Ángel Jesús y al taller mecánico del que es propietario se desplazan numerosos individuos sobradamente conocidos por este Grupo por su relación con el Tráfico de Drogas, los cuales mantienen breves entrevistas con el investigado, dándose la circunstancia de que cuando "contactan" o se "citan" en las proximidades del domicilio o taller, Ángel Jesús adopta numerosas medidas de seguridad antes de contactar con estas personas. Finalmente se destaca ante el Juez que en múltiples ocasiones el dispositivo policial de seguimiento ha tenido que paralizarse, todo ello consecuencia de las innumerables medidas de seguridad adoptadas, así como el cambio continuo de vehículos por parte de Ángel Jesús, las cuales no tienen otra finalidad que la de evitar u obstaculizar una posible investigación policial. Como conclusión, se constata en el informe Policial que agotadas en principio las vías de investigación posibles, al objeto de poder avanzar en la presente investigación mediante la obtención de nuevos datos, y al no existir ningún otro modo de llegar al total esclarecimiento de los hechos, se solicita a V.I. la interceptación del teléfono móvil del investigado.

A la vista del Oficio analizado no puede aceptarse la crítica de ausencia de indicios o sospechas fundadas en datos objetivos, materiales y concretos que predica el recurrente, ni, desde luego puede tildarse que la resolución judicial esté sustentada en la arbitrariedad o -como se dice- precipitada y automática. Los datos ofrecidos al Juez son suficientes para que éste forme juicio sobre la racional posibilidad de la comisión de un delito grave como es el tráfico de drogas, y la necesidad de proveer a su comprobación y descubrimiento mediante la medida acordada.

Y no resulta ocioso hacer dos consideraciones: la primera que, en cuanto la medida no es posterior al descubrimiento del delito, sino que se dirige a su averiguación y descubrimiento del delincuente (art. 126 CE.) el *fumus boni iuris* tiene en tal caso una intensidad menor, en tanto que, como señala la S.TC. 341/1993, de 18 de noviembre, la autorización judicial es defectiva de la flagrancia, pues en ella queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, evidencia no exigible en el otro caso (S.T.S. 7 de mayo de 1994), lo que quiere decir que, como es obvio, de existir ya pruebas y constancia del delito sería superflua tal medida adicional, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga y que está por ello en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene por qué existir una prueba (STS de 8 de febrero de 1.997, entre otras muchas).

En este sentido las informaciones que la Policía aporta al Juez como datos indiciarios o sospechas fundadas que sustentan la solicitud, no necesita que alcancen la categoría de indicios racionales de criminalidad exigibles para el auto de procesamiento que establece el art. 384 L.E.Cr., bastando con el conocimiento de las circunstancias que den apoyo a la sospecha.

Y, en segundo lugar, conviene recordar que, contra lo que se sostiene o sugiere en el motivo de casación que examinamos, el Juez no está obligado a comprobar la realidad de los datos que le proporciona la autoridad policial, sino a ponderar racionalmente su verosimilitud, pues la veracidad del indicio no puede confundirse con su posible comprobación judicial: en primer lugar porque la comprobación consiste precisamente en la intervención solicitada sobre la base de una noticia o indicio concreto y de contenido razonable. Y en segundo lugar porque cuando, siendo posible, no se comprueba el indicio o noticia disponible, de ello se sigue que, de ser falso, el Auto habilitante no se sustentará en indicios auténticos, pero no que, de ser verdadero, el indicio razonable del delito deje de ser tal por el solo hecho de no haberse comprobado (STS de 28 de julio de 2.000).

Este apartado del motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el segundo apartado del motivo se censura la ausencia del preceptivo control judicial sobre la medida adoptada, ausencia de control "judicial" que el recurrente anuda a la falta de notificación de aquélla al Ministerio Fiscal, que no pertenece a ningún órgano judicial.

Apoyándose en las resoluciones de esta Sala que se pronuncian sobre este concreto reproche, el Fiscal impugna la censura con razones y argumentos que deben ser asumidos y ratificados. En efecto la falta de notificación del auto acordando la intervención no resulta fácil deducir la existencia de una quiebra del derecho al secreto de las comunicaciones por la circunstancia de que no se haya notificado al Fiscal la resolución que acuerda el acto de injerencia. El Ministerio Fiscal, como órgano del Estado al que el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal convierte en inspector de la instrucción judicial, no necesita un acto formal de invitación para el ejercicio de su función constitucional. No es necesaria dicha comunicación y, por supuesto, nunca aquélla puede convertirse en presupuesto para la validez estructural de un acto procesal en el que concurren todos los elementos sobre los que asienta su validez (Cfr. Art. 238 LOPJ). Es cierto que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama la carencia de efectos respecto de aquellas pruebas que se hayan obtenido con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, la relación entre el Fiscal y el derecho fundamental que se dice infringido, no puede excluirse de forma que la presencia procesal de aquél se confunda con el contenido mismo del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. De aceptarse tal razonamiento, podríamos deslizarnos hacia un más que peligroso entendimiento del significado y la vigencia de todos y cada uno de los derechos fundamentales. Si trasladamos el criterio que ahora parece defenderse a todos los actos procesales con incidencia en el círculo de derechos fundamentales del imputado, corremos el riesgo de consolidar una funcionalidad metaconstitucional del Ministerio Público, haciendo de éste -mejor dicho, de la notificación formal a éste- un inédito requisito para la validez material del acto de injerencia.

Tratándose, además, de intervenciones telefónicas, es evidente que la falta de notificación al Fiscal no genera ningún efecto preclusivo a la hora de impugnar su eficacia. Sería entendible asociar tan radicales efectos a la ausencia de comunicación si el Fiscal fuera, por imperativo legal, el único con legitimación para hacer valer la nulidad de aquellas escuchas que hubieran sido practicadas de forma no respetuosa con el contenido del derecho del artículo 18.3 de la Constitución Española. Lo mismo podría afirmarse si, transcurrido un plazo determinado, el acto anulable quedara convalidado por falta de impugnación. Sin embargo, nada de eso acontece en el supuesto que estamos comentando. El resultado de unas intervenciones telefónicas puede ser expulsado del procedimiento, a instancia de cualquiera de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, en los momentos habilitados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre ellos, el que ofrece el artículo 786.2

En definitiva, todo apunta a la idea de que la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso penal es una presencia institucional, no ligada a un acto formal de comunicación. El artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya se encarga de reglar la puesta en conocimiento que el Juez de Instrucción debe hacer respecto del hecho inicial de la incoación de unas diligencias penales. Hasta tal punto ha sido así entendida la intervención del Fiscal en el proceso que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha llegado a afirmar que el dictamen del Ministerio Fiscal en la casación civil, derivada de un proceso de filiación, convalida su ausencia a lo largo de todo el proceso en la primera instancia y en la apelación (Cfr. STS de 21 de diciembre de 1989, con cita de la STS de 3 de marzo de 1988).

Además, la jurisprudencia del TC ha analizado ya los efectos de la falta de intervención del Ministerio Fiscal en relación con otros derechos. Así, por ejemplo, respecto de la vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas, la STC 115/1994, 14 de abril, en línea con lo que ya proclamara la STC 56/1994, 24 de

febrero, concluyó que "la indiscutible conveniencia de la intervención del (Fiscal) en los casos más complejos no determina que su inasistencia vulnere el principio constitucional".

No hay razón, pues, que respalde la idea de convertir la constancia de un acto formal de notificación en parte del contenido material del derecho constitucional limitado por decisión judicial.

Este submotivo debe también desestimarse.

QUINTO.- Otra queja casacional se vierte en este amplio motivo, ahora para denunciar que las resoluciones judiciales de prórroga de la medida se adoptaron sin motivación alguna y solamente en base al contenido de las conversaciones interceptadas por la Policía y las transcripciones de éstas efectuadas por los funcionarios que realizaban la observación telefónica acordada por la Autoridad judicial.

Hemos declarado en innumerables precedentes jurisprudenciales que, en efecto, la prórroga de la intervención telefónica debe acordarse si, avanzada la investigación, subsisten los indicios o sospechas fundadas que justifiquen el mantenimiento de la medida, y que esta valoración habrá de efectuarla el Juez de quien se interesa la prórroga en base a los datos que le ofrezca la Policía tras las observaciones telefónicas ya realizadas y las que ofrezcan otras líneas de investigación llevadas a cabo simultáneamente. Si, como acontece en el caso examinado, el oficio policial de solicitud de prórroga aportan al Juez datos suficientes que fundamentan la persistencia de los indicios iniciales de que el acusado podría dedicarse al tráfico de drogas, y, además, aportan otros nuevos que robustecen la necesidad de proseguir la investigación; si, además, la Policía entrega al Juez transcripción de conversaciones grabadas útiles respecto a los hechos objeto de investigación cuyo contenido abunda en el racional juicio de alta probabilidad de dicha actividad delictiva; si, además, se ponen a disposición del juzgado un CD donde han quedado grabadas todas las conversaciones, que son cotejadas por el Secretario Judicial con las transcripciones de las mismas, en modo alguno podrá ponerse en cuestión la legitimidad de la prórroga.

El motivo debe ser desestimado en su integridad.

SEXTO.- Por la misma vía casacional del art. 5.4 L.O.P.J., se alega ahora infracción del derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24.2 C.E.

Se dice que todas las pruebas de cargo sobre las que se fundamenta la declaración de culpabilidad del acusado, son nulas de pleno derecho al emanar todas ellas de unas intervenciones telefónicas vulneradoras del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J., y siguiendo la teoría de los "frutos del árbol envenenado", tal elenco probatorio de cargo no puede ser valorado y, por ello, no existe prueba lícita alguna que acredite la realidad de los hechos imputados y la participación en ellos del acusado.

Como se advierte, este motivo es vicario del anterior, a cuya estimación se encuentra enteramente supeditado, por lo que, desestimada la primera censura, debe ser rechazada ésta otra al haberse argumentado y consignado las razones por las que esta Sala de casación ha resuelto la plena legitimidad constitucional de las observaciones telefónicas acordadas por el Juez, tanto en la adopción de la medida como en el desarrollo y ejecución de la misma.

El motivo debe ser desestimado, al igual que el siguiente que se formula en el ordinal Tercero del recurso que es simple reiteración de éste.

SÉPTIMO.- Seguidamente se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio consagrado en el art. 18.2 C.E.

También sobre este extremo se alega por el recurrente que el Auto que acuerda la entrada y registro en el domicilio de mi representado carece de la más absoluta motivación, al no fundamentar las razones por las que se acuerda el cercenamiento de un derecho fundamental, por lo que impide el necesario juicio de proporcionalidad e idoneidad, exigido por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de esta Excm. Sala Segunda, deviniendo con ello la medida inconstitucional.

El reparo a la constitucionalidad de la resolución judicial carece de base y fundamento.

El Oficio Policial interesando el registro del domicilio del acusado (folios 31 a 34) ofrece al Juez indicios sobrados de la actividad delictiva del investigado, a que el Juez se remite en el Auto autorizador de la diligencia (f. 57 a 60) como fundamento y justificación de su resolución. Baste la lectura del Informe para constatar los numerosos datos objetivos y concretos en que se apoya la solicitud, datos que desde una valoración mínimamente racional apuntan de manera vehemente a la actividad delictiva por el acusado en el tráfico

de estupefacientes, fruto no sólo de las observaciones telefónicas practicadas, sino de los seguimientos personales a la persona objeto de la investigación.

El reproche debe ser desestimado.

OCTAVO.- En el mismo motivo se ataca también la diligencia de entrada y registro domiciliario, porque éste no se efectuó en presencia del Letrado del acusado, que se encontraba ya detenido y presente en la vivienda a registrar.

Son innumerables las resoluciones de esta Sala que declaran la innecesariedad de que esta diligencia procesal se lleve a cabo con asistencia del Letrado, a tenor de lo dispuesto en el art. 520 L.E.Cr., que únicamente exigen esta asistencia letrada del detenido para las diligencias de identificación y de declaración, no para los registros domiciliarios. Cabe señalar a este respecto que, en todo caso, una eventual manifestación del detenido de carácter autoincriminatorio durante el desarrollo de la diligencia, carecería de validez y no podría ser valorada en su día como prueba de cargo, pues esa "declaración" del detenido habría vulnerado el citado art. 520 al ser prestada sin asistencia letrada.

Pero, aún más. A efectos puramente dialécticos, cabe señalar que de estimarse hipotéticamente el motivo casacional por una u otra de las alegaciones que se exponen, ello sería irrelevante de todo punto, tanto en cuanto a la subsunción como a la pena impuesta. Lo primero, porque quedaría incólume el hecho de la venta por el acusado a Ismael de una papelina de cocaína, hecho acreditado por prueba completamente desconectada de la diligencia de registro, que se practicó, además, después de dicho acto de tráfico. Lo segundo, porque aunque se excluyera del "factum" el resultado del registro domiciliario (una papelina de cocaína y una balanza electrónica) nada afectaría a la pena impuesta, que lo ha sido en el mínimo legalmente posible.

NOVENO.- El cuarto motivo alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 párrafo 2º de la Constitución, por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundamentar un fallo condenatorio.

El acto de tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, como es la cocaína, ha quedado acreditado por prueba testifical de uno de los funcionarios policiales que lo presenciaron, así como el del Sr. Ismael, que reconoce la recepción de la droga, aunque niega que fuera a cambio de dinero, excusa ésta sin trascendencia para la calificación del hecho, como por estar contradicha por el policía que observó la entrega del dinero al acusado.

Valora la Sala de instancia el testimonio policial referente a la existencia de otras entregas observadas en el curso de las vigilancias por el funcionario, que precisó intercambios de dinero que recibía el acusado contra la entrega por éste de un pequeño objeto que no pudieron apreciar; aunque no se llegó a intervenir la sustancia a adquirentes, que no fueron interceptados para no frustrar la vigilancia, la deducción racional es que se trataba de cocaína como la entregada a Ismael y cómo se halló en pequeña cantidad en el domicilio, sin que haya dado el acusado explicación de tales intercambios. Igualmente, el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas de las que se transcriben algunas de ellas en la motivación fáctica de la sentencia cuya interpretación pese a la utilización de expresiones crípticas y enmascaradoras, pone de manifiesto que se trata de contactos para ejecutar actos de tráfico.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- El siguiente motivo se formula por el cauce del nº 2 del art. 849 L.E.Cr., esto es, por error de hecho en la apreciación de la prueba, al entender la Sala de instancia que el acusado a pesar de ser adicto a sustancias tóxicas como las anfetaminas y la cocaína, desde hace años, no tenía una patología mental crónica que anulase parcialmente sus facultades volitivas y cognitivas no apreciando en el mismo ni la eximente incompleta de drogadicción ni siquiera la atenuante simple.

Como documento acreditativo del error, el recurrente cita el informe médico que figura en el rollo de Sala, ratificado por uno de los peritos en el Juicio Oral y del que resultan las siguientes conclusiones:

- Consumidor de anfetaminas y cocaína desde hace siete años.
- El consumo de estas sustancias en ese período de tiempo, provoca una disminución importante de las capacidades volitivas e intelectivas del acusado.

Sobre la base de este documento, el motivo siguiente denuncia por infracción de ley del art. 849.1 la inaplicación de la eximente incompleta de anomalía psíquica del art. 20.1 y 2 C.P.

Este reproche casacional requiere las siguientes puntualizaciones:

Primera. La defensa del acusado, tal y como consta en los antecedentes procesales de la sentencia, solicitó la absolución del acusado, y, subsidiariamente, que se apreciara la atenuante de drogadicción del art. 21.2 como muy cualificada, o, si no se estimara, la misma como atenuante simple. Esta pretensión se reiteró expresamente al elevar a definitiva, sus conclusiones provisionales.

Quiérase decir que en ningún momento del proceso, y tampoco en el Juicio Oral tras fase de prueba, se postuló la aplicación de eximente o semieximente de anomalía psíquica del art. 20.1, o de intoxicación plena o semiplena, o síndrome de abstinencia al ejecutar la acción delictiva, del art. 20.2 C.P.

Por consiguiente, la pretensión que ahora se formula es novedosa y constituye cuestión nueva por su extemporaneidad.

Segunda. Los hechos delictivos se cometieron el día 23 de marzo de 2006, y el dictamen pericial se practicó el 26 de febrero de 2007, casi un año después, y después de una sesión con el acusado de una hora y media de duración (folio 70 del acta del juicio).

La piedra angular en la que se sustentan las conclusiones periciales mencionadas consiste en que es el propio acusado el que refiere a los peritos que lleva consumiendo desde siete años atrás anfetaminas y cocaína, dato esencial y determinante para que los especialistas infieran que ese consumo "crónico" haya producido una merma importante de sus capacidades intelectivas y volitivas.

A este respecto debe subrayarse que al provenir tan esencial dato del propio acusado y no de pruebas científicas que así lo verifiquen, su valor como prueba de descargo y las conclusiones de él derivadas, pueden ser ponderados por el Tribunal sentenciador, otorgando o negando credibilidad a tales manifestaciones que, como se ha dicho, constituyen el punto de partida esencial del dictamen pericial.

Y, en esta función de valoración de las pruebas, no debe olvidarse que en el plenario, el acusado se reconoció "consumidor", habiendo declarado judicialmente y con todas las garantías, que era consumidor esporádico y ocasional, elemento éste valorado por la sentencia recurrida.

Tercera. Por otra parte, es necesario señalar que la hipotética grave perturbación mental del sujeto, o su estado de intoxicación semiplena -que permitirían la aplicación de las semieximentes solicitadas- deben estar referidas al momento de la ejecución del hecho delictivo, de manera que, quede acreditado que al cometer la acción delictiva el acusado sufría la grave patología mental que le dificultara gravemente comprender la ilicitud del hecho o actuar de otro modo, o que en ese momento se encontraba sumido en un también estado grave de intoxicación o síndrome de abstinencia con los mismos efectos. Ningún dato objetivo existe que evidencie que en el momento de la venta de la cocaína el acusado padeciera una tan intensa perturbación mental que provoca un grave menoscabo para discernir que la venta de cocaína es un hecho delictivo, pues incluso con un cierto déficit del intelecto el sujeto debe necesariamente conocer que esa actividad está perseguida como hecho punible, como lo sabe la sociedad entera y las medidas de seguridad adoptadas por el acusado para realizar las transacciones revelan su conocimiento de la antijuridicidad de su acción.

Tampoco aparece dato alguno de que el sujeto hubiera realizado la transacción afectado por una intensa y grave intoxicación por el consumo de drogas, o sumido en un estado de síndrome de abstinencia relevante, pues, de ser así, sin duda habría sido apreciado por los agentes que le detuvieron el mismo día de los hechos, lo que no sucedió al no observar vestigio alguno de tal situación.

Cuarta. La disminución de la capacidad de actuar, es decir, de autorregular el propio comportamiento como consecuencia del efecto que provoca en las facultades volitivas del sujeto una situación de grave drogadicción, es el supuesto contemplado por el art. 21.2º C.P. como atenuante de la responsabilidad criminal del agente. El legislador ha considerado que quien se encuentra esclavizado por el consumo de drogas tóxicas se halla gravemente dependiente de dicho consumo que le demanda imperiosamente continuar el mismo, de forma que en esa situación el sujeto encuentra seriamente disminuidos sus frenos inhibitorios en lo que se refiere a los actos delictivos realizados con el objetivo de proveerse de la droga que ansía consumir, o de los medios necesarios para su adquisición.

Sólo cuando concurren acumulativamente estos dos elementos: grave drogodependencia y que ésta sea la causa que impulsa al delito, se podrá apreciar la concurrencia de la atenuante, simple o muy cualificada según los casos. Así lo solicitó el recurrente en la instancia, y la Audiencia rechazó la pretensión acertadamente, pues no sólo no se aprecia el requisito primario de la grave adicción del acusado, sino que tampoco concurre el otro elemento que configura la atenuante, puesto que del conjunto de las actuaciones se



aprecia que las actividades profesionales de aquél y los ingresos generados, permitirían la adquisición de la sustancia sin necesidad de tener que recurrir a la venta de drogas para satisfacer su apetencia.

El motivo debe ser desestimado, lo que determina la desestimación de los tres siguientes.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado Ángel Jesús , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Segunda, de fecha 5 de marzo de 2.007, en causa seguida contra el mismo por delito contra la salud pública. Condenamos a dicho recurrente el pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ