

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 1078/2009

*RECURSO CASACION N°:*419/2009

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Orense

Fecha Sentencia: 05/11/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: CPB

Delito contra la salud pública

Pueba ilícita: sistema SITEL

Denegación de prueba pericial

Entrada y registro: innecesaria asistencia de Letrado

Motivación de la pena

Dilaciones: no cabe suscitar ex novo esta cuestión, ausente en los escritos de conclusiones

Nº: 419/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Fallo: 22/10/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1078/2009

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro
D. Siro Francisco García Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de

forma, interpuestos por los procesados **OSCAR FALCÓN GUERRA**, representado por la Procuradora D^a Ana Llorens Pardo y por **CARLOS JOSÉ GARCÍA JIMÉNEZ**, representado por el Procurador D. Federico Gordo Romero, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Orense**, con fecha **10 de diciembre de 2008**, que les condenó por un delito contra la salud pública. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Verín, instruyó Procedimiento Abreviado nº 322/05, contra Oscar Falcón Guerra, Carlos José García Jiménez y María Romina Dieguez Gómez, por un delito contra la salud pública, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Orense, que con fecha 10 de diciembre de 2008, en el rollo nº 3/08, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se declaran probados los siguientes hechos:- I.- Como consecuencia de los seguimientos e intervenciones telefónicas judicialmente autorizadas, a los que agentes de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de Ourense, habían sometido al matrimonio constituido por los acusados, Carlos José García Jiménez y María Romina Dieguez Gómez, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se tuvo conocimiento que, en la mañana del día 24 de Agosto del 2005, el asimismo acusado Oscar Falcón Guerra, también mayor de edad y sin antecedentes penales, se acercaría hasta el domicilio, que los primeros poseen en la localidad de Verín, con el objetivo de realizar una venta de sustancias estupefacientes, que el segundo suministraba.- II.- Así sobre las 12,27 horas del citado día, Oscar Falcón, desplazándose en el vehículo de su propiedad matrícula PO-3409-BB y previo contacto telefónico mantenido con Carlos José, introduce el citado turismo en el garaje de este, tras facilitarle su acceso, donde permanece por un intervalo de 15 minutos, periodo de tiempo en el que Oscar le proporciona a Carlos José, la cocaína que posteriormente será intervenida, y este a cambio, le paga la suma de 5.980 Euros, tras lo cual emprende la marcha en dirección a Vigo por la autovía a-52.- III.- Tras la realización de registros judicialmente

autorizados, sobre las 18,55 horas en el domicilio del matrimonio acusado, se intervino en el interior de una caja de caudales sita en el trastero de la vivienda, una balanza de precisión electrónica, y la droga recientemente adquirida, concretamente en el interior de una bolsa de plástico, que contenía 13,684 gramos de cocaína en roca con una pureza de 71,10%, 11,392 gramos más de cocaína, asimismo en roca con una pureza de 34,53% distribuidos en dosis, y 159,442 gramos de cocaína en roca, con una pureza de 75,37 %; se ocupó asimismo cajas de ciclofelina, y un sobre con 855 Euros, en billetes de 20,10 y 5 Euros, y un paquete con 8.800 Euros en billetes de 500, 100,50, 20 y 10 Euros, efectivo procedente de la ilícita actividad a la que se dedicaba el acusado, destinando la droga intervenida a su venta a terceras personas. IV.- En el registro efectuado en el domicilio del acusado Oscar Falcón en la localidad de Cambados, se intervinieron 10.200 Euros y en la guantera del turismo de su propiedad matrícula PO-3409-BB los 5.980 Euros que como precio había recibido del coacusado Carlos José.- V.- La droga intervenida alcanzaría en el mercado, vendida por gramos, un precio medio de 15.411,043 Euros.- VI.- EL acusado Carlos José consumía habitualmente sustancias estupefacientes.- VII.- No ha resultado acreditado que la acusada participara en el ilícito comercio al que se dedicaba su esposo." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a cada uno de los acusados **CARLOS JOSÉ GARCÍA JIMÉNEZ** y **OSCAR FALCÓN GUERRA**, como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo en el primero la atenuante de toxicomanía, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, multa de 15.500 Euros e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y al abono de 2/3 de las costas causadas por partes iguales.- Se decreta el comiso del dinero y droga intervenidos.- Debiendo absolver a **ROMINA DIEGUEZ GÓMEZ** del delito contra la salud pública del que venía acusada declarando de oficio 1/3 de las costas causadas y alzando cuantas medidas cautelares personales o reales se hubieran adoptado en relación a su persona." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados, 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.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recurso en los siguientes motivos:

Recurso de Oscar Falcón Guerra

1º, 3º, 4º y 5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por no aplicación de los arts. 11 ap. 1 y 3 y 238-3º de la LOPJ, por aplicación indebida del art. 368 del CP, y al amparo del 852 de la LECrim. por no aplicación de los derechos fundamentales recogidos en el art. 18.3 de la CE.

2º, 6º y 7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por no aplicación de los arts. 11 ap. 1 y 3 y 238-3º de la LOPJ, por aplicación indebida del art. 368 del CP, y al amparo del 852 de la LECrim. por no aplicación de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la CE.

8º.- Al amparo del art. 850.1 y 852 LECrim., por no aplicación del art. 24 de la CE, haciendo alusión a la denegación de la prueba pericial técnica solicitada por la defensa.

9º.- Al amparo del art. 851.3 de la LECrim. denuncia incongruencia omisiva del Tribunal *a quo* al no pronunciarse sobre las nulidades interesadas y sobre la proposición de la prueba pericial.

10º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim., denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Recurso de Carlos José García Jiménez

1º.- Vulneración del art. 18.3 de la CE, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. en relación al art. 21.2 del CP por inaplicación del art. 66.1 del mismo cuerpo legal.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación del art. 21.6 del CP en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 de la CE.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de octubre de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Oscar Falcón Guerra

PRIMERO.- En el primero de los motivos se denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas garantizado en el artículo 18.3 de la Constitución, así como los enunciados en el artículo 24 de la misma sobre tutela judicial, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia. Lo que se hace por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derivando de ello también la denuncia de infracción de ley, conforme al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la aplicación del artículo 368 del Código Penal y estimando indebidamente inaplicado el artículo 11 y el 238 ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.- La abigarrada cita se contrae pues a la cuestión de si debe o no considerarse prueba ilícita la determinante de la condena por razón de aquella vulneración de derechos fundamentales en la obtención de la fuente probatoria.

El argumento dado consiste en valorar como insuficiente la motivación del auto que en 18 de junio de 2005 ordena la observación, grabación y escucha de las comunicaciones telefónicas que indica, a través del sistema SITEL, así como improcedente la aclaración del mismo, llevada a cabo por otro auto del día 20 siguiente, relativo a una ampliación de lo ordenado a "datos relativos a la interceptación" de sesiones de voz, faxes, mensajes de Internet y mensajes SMS.

Se queja de que la fundamentación de la decisión judicial se limita a transcribir el oficio policial que da cuenta de la situación que requiere la medida de intervención ahora denunciada.

El propio recurso transcribe ese oficio policial.

2.- Para conocer la doctrina constitucional sobre el alcance del requisito de motivación de la decisión jurisdiccional, que acuerda una medida como la cuestionada, basta reproducir lo dicho en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 197/2009 de 28 de septiembre: *Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, este Tribunal viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los **elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior**, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).*

*En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de **justificar la existencia de los presupuestos** materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse **indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas** por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son **algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales** que se exigen para el procesamiento. "La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse **apoyadas en datos objetivos**, que han de*

serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser **accesibles a terceros**, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, **sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona**. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; en el mismo sentido, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el **momento** de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, **no se trataba de una investigación meramente prospectiva**, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la **necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos** o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2).

Sobre esa base, el Tribunal ha considerado **insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar** en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma

(SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). También ha destacado el Tribunal que "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa" (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio, FJ 4).

Asimismo, debe determinarse con precisión el **número** o números de teléfono que deben ser intervenidos, el **tiempo** de duración de la intervención, **quién** ha de llevarla a cabo y los **períodos** en los que deba **darse cuenta** al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha **admitido la motivación por remisión**, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, **integrada con la solicitud policial**, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

En la misma resolución recuerda el Tribunal Constitucional que si el conocimiento de la existencia del delito deriva de **investigaciones policiales** previas, resulta exigible que se **detalle** en la solicitud policial en **qué** han consistido esas investigaciones y sus **resultados**, por muy provisionales que puedan ser en ese momento, precisiones que lógicamente debió exigir el Juzgado antes de conceder la autorización, **sin que** -como señalamos en el anterior fundamento jurídico- la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención puedan suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran

servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

3.- En el caso que juzgamos es el propio recurrente quien en el motivo nos da cuenta del contenido de la información policial que asumió el Juzgado cuando ordenó la intervención.

En ese oficio se da cuenta de investigaciones muy concretas. La actividad consistió fundamentalmente en una extensa e intensa actividad de vigilancia que llevó a los agentes a constatar comportamientos del coacusado D. Carlos que recibe en su domicilio a lo largo de los días 21, 22 y 23 de mayo y 5 de junio a varias personas que tras acceder al domicilio de aquél, tras escasos minutos salen del mismo y como en la última de dichas fechas, el citado coacusado se entrevista con un joven en la zona del Instituto a la que acude en su vehículo, observan asimismo como en varias ocasiones, en su vehículo, se dirige a diferentes bares de copas ante los cuales se detiene, subiendo al vehículo jóvenes con lo que emprende la marcha por pocos metros, tras lo cual esos jóvenes se bajan y el coacusado sigue hasta su domicilio.

Tal información es objeto de atinado y detenido análisis en la resolución jurisdiccional que ordenó la intervención

Inferir de ahí que los contactos son previamente concertados por teléfono y tienen por objeto las transacciones con droga, cuando alguno de los citados visitantes es conocido policialmente como consumidor, satisface plenamente el canon de razonabilidad, que va más allá de la mera sospecha. Así como permite atribuir a la intervención la funcionalidad investigadora en relación a una actividad de tráfico en curso en el momento en que aquélla se establece. Inferencias que, por lo dicho, parte de datos objetivos y no de meras valoraciones *ad personam*.

SEGUNDO.- 1.- El segundo motivo, por el mismo cauce procesal, y con idéntica invocación de preceptos considerados vulnerados, denuncia la nulidad en la obtención de fuentes probatorias en el auto de fecha 14 de julio de 2005, que acuerda la prórroga de la intervención ordenada en el auto a que hacía referencia el motivo anterior.

Pese a reconocer que se ha remitido al Juzgado dos CDs con el contenido de las grabaciones hasta entonces efectuadas, y que la policía relata como, ratificada con su contenido, que el coacusado D. Carlos venía actuando en la forma sospechada y, más concretamente, se llegue a indicar datos de día y lugar de actos concretos de venta de droga por el acusado, se pretende argumentar en el motivo que la prórroga se realiza sin que el Juzgado realice control alguno de la transcripción.

2.- Sobre la exigencia constitucional para la legitimidad de la intervención telefónica prorrogada dice la misma Sentencia del Tribunal Constitucional citada en el anterior fundamento.

*Por lo que respecta a las prórrogas y a las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en las resoluciones que las acuerdan, **debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad** de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4).*

Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 165/2005, de 20 de junio, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 5).

Ahora bien, también se cuida de advertir que *para dicho control **no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras** y las cintas originales y que el Juez proceda a la **audición** de las mismas antes de acordar prórrogas o*

nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4).

3.- Pues bien es el propio recurrente quien da cuenta de que el Juzgado conocía el contenido de intervenciones, no solamente por disponer de los CDs remitidos, sino por los detallados informes policiales con los que el recurrente nos ilustra con tanto detalle.

Los autos de prórroga justifican ésta por el conocimiento reportado por las intervenciones hasta el tiempo en que se dictan.

Aparece pues, a la par, constatado el control judicial y manifiesta la corrección de la decisión.

TERCERO.- Por las mismas razones hemos de rechazar la queja que con idéntico cauce y contenido argumental se articula en el tercer motivo, ahora en referencia a la prórroga decidida por auto de fecha 11 de agosto de 2005.

Alegar que el Juez no realizó ningún control porque se trataba del mes de agosto y había transcurrido solamente un día desde la recepción de las nuevas transcripciones constituye en la más benévola de las valoraciones una especulación sin fundamento.

El motivo se rechaza

CUARTO.- En el motivo cuarto se denuncia, también por el mismo cauce y con el mismo bagaje argumental, la nulidad del auto de 25 de agosto de 2005, por el que se acuerda la entrada en el domicilio del recurrente, y el del día anterior para entrada en los de coacusados.

El argumento expresado consiste en la denunciada ausencia de Abogado que asistiera a tal registro. Baste decir que el recurrente omite todo argumento que justifique que ese dato determina la implorada nulidad. Por lo demás, como dijimos

en nuestras Sentencias nº 23/2008 de 4 de mayo y 153/2008 de 8 de abril, tal asistencia no era exigible. Por ello se rechaza también este motivo.

QUINTO.- En el quinto motivo se denuncia, con nueva reiteración de cauce procesal y batería de preceptos supuestamente vulnerados, la ilegitimidad de la fuente probatoria en lo que concierne a las grabaciones y a las transcripciones aportadas.

En la medida que la tacha se funda en la ilegitimidad de la previa orden de interceptación, y ésta ha sido tenida por legítima en los anteriores fundamentos, también este motivo ha de ser rechazado. Y sobre la insuficiencia de las transcripciones, por ser parciales, baste reiterar lo que se acaba de decir al respecto en cuanto a su uso para las decisiones sobre prórroga de la inicial orden de intervención.

SEXTO.- Con reiteración de cauce procesal y motivación se postula en el sexto motivo la nulidad de un acto ocurrido durante la instrucción: la audición de las grabaciones remitidas por la policía que gestionó la intervención y el cotejo de la transcripción de lo oído.

La nulidad tendría como causa que se haga constar como fecha de práctica una anterior a la fecha de recepción del CD enviado por la policía. Además, se añada, dicha diligencia se practicó sin citación de la defensa del recurrente.

Con independencia de que la fecha se haga constar con error o de que la cita de la parte resulte, en la fecha de dichas diligencias, improcedente, por haberse decretado el secreto de las actuaciones, lo cierto es que la supuesta nulidad no acarrea efecto alguno de trascendencia. En modo alguno el enjuiciamiento se produce con indefensión, pues la parte pudo proponer la plena audición de las grabaciones en el juicio oral.

La parte no expone en modo alguno qué consecuencias habría acarreado la subsanación del error sobre las fechas o incluso la supresión misma de la constancia documental de dichas diligencias.

El motivo se rechaza.

SÉPTIMO.- El motivo séptimo, cuya argumentación es una copia de la misma hecha en los anteriores motivos, protesta que la providencia remitiendo la sustancia intervenida para su análisis es nula porque no fue notificada a la parte.

Nuevamente resulta incomprensible la denuncia bajo la aparatosa argumentación señalada de lo que, en su caso, constituiría una mera irregularidad, de la cual no es posible extraer consecuencia alguna sobre la licitud y efectos de la prueba practicada.

Y tampoco puede ser acogida la protesta de nulidad de lo que se denomina "certificados", en referencia a la valoración de la droga analizada, bajo protesta de que fue nula la diligencia de entrada y registro, pues esta nulidad ha sido rechazada en los anteriores motivos.

OCTAVO.- Se denuncia aquí una supuesta quiebra en la observancia de las formas debidas, por lo que, al amparo del 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se pretende la anulación de la sentencia bajo la queja de inadmisión de la prueba pericial en su día propuesta sobre "la naturaleza, alcance y efectos del sistema de interceptación de comunicaciones conocido como SITEL".

Afirma el recurrente que dicho sistema es inconstitucional y se queja de la deficiencia en el rango normativo regulador de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento.

Dijimos recientemente en nuestra Sentencia de 6 de julio de 2009, en el recurso 10706/2008 que: *Esta Sala Casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal , sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECriminal que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de Febrero de 2003 -- Prado Bugallo vs. España-- , aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión, del mismo Tribunal, de 25 de Septiembre de 2006 , caso Abdulkadir Coban vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECriminal complementado con la doctrina de esta Sala y del Tribunal*

Constitucional permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad Democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio Europeo.

Sentencia la citada que, por otra parte, decide en un supuesto en que precisamente se aportaron al Juzgado las grabaciones obtenidas por el sistema SITEL que no solo no cuestiona sino que considera preferible a los modos de intervención anteriores a su implantación. Como tuvo por buena, sin cuestionarla, la legalidad de tal procedimiento la Sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2009 en el recurso 1454/2008.

Más directamente la aceptabilidad del sistema ha sido objeto de examen en nuestra Sentencia 23 de marzo de 2009 en el recurso 1732/2008 en la que dijimos: *Lo que interesa para este proceso penal no es lo que pueda ocurrir con la conservación de las conversaciones telefónicas grabadas, esto es, si estas conversaciones quedan bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. Una vez que el contenido de esas conversaciones ha quedado incorporado al proceso para que sea posible su utilización como medio de prueba, que es lo aquí ocurrido con esa conversación del 15.3.2006 ya tan repetida, lo que en realidad importa para las responsabilidades penales ahora examinadas a los efectos del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE , es si estas garantías se respetaron en el momento de su obtención y en el de su incorporación a las actuaciones, lo que ciertamente así ocurrió como nos explica la sentencia recurrida en sus páginas 24 y 25.*

Y se añade: *La cuestión planteada en este motivo 7º es un tema que interesa a la Administración y al Poder Legislativo, a los efectos de determinar el sistema a seguir para conservar (o no conservar) y controlar las conversaciones telefónicas legalmente intervenidas y grabadas, que ahora quedan integradas en un solo archivo mediante el referido sistema SITEL, que ha venido a sustituir a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los correspondientes agentes policiales.*

Por eso fue la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo la que tuvo que pronunciarse sobre este problema en su sentencia de 5 de febrero de 2008 en respuesta a una demanda planteada por la Asociación de Internautas, citada en el propio escrito de recurso.

Ratifica esta Sentencia el criterio ya expuesto en la Sentencia de 13 de marzo de 2009 en el recurso 10624/2008 en la que se expuso: *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.

Todo lo cual pone en evidencia la superfluidad de la pericia propuesta y la pertinencia de su no admisión. Y ahora de la desestimación de este motivo.

NOVENO.- La protesta de quebrantamiento de forma del motivo noveno, reprochando a la recurrida la ausencia de decisión sobre las nulidades solicitadas, así como sobre la denegación de la prueba pericial a que acabamos de aludir en el anterior fundamento, articulando el motivo al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tampoco puede ser estimada.

Como dijimos en nuestra Sentencia 995/2009 de 23 de septiembre: *í í*
Por lo que concierne a la supuesta infracción por omisión de la debida respuesta a las cuestiones suscitadas, como determinante de aquella garantía constitucional, basta decir que la jurisprudencia constante de este Tribunal (vid Sentencias 54/2009, 728/2008 y 603/2007), concorde con la establecida por el Tribunal Constitucional (Sentencias 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995, 58/1996 223/2003; 60/2008) exige, para acreditar tal vulneración:

*a) que la falta de decisión recaiga sobre una verdadera **pretensión** y no sobre un concreto argumento ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica;*

*b) que ni siquiera constituye la omisión con trascendencia constitucional la preterición de un enunciado fáctico de los alegados sino que ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones **jurídicas**;*

*c) que la cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal sea de carácter **esencial**;*

*d) que la cuestión haya sido **explícitamente formulada** en los correspondientes escritos de la parte que formula la protesta, habiéndose producido por ello el oportuno debate;*

*e) que, con independencia de que pueda diferenciadamente suscitarse otra queja, el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como **desestimación implícita** o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial **puede razonablemente deducirse**, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los **motivos** fundamentadores de la respuesta tácita;*

*f) que aún, existiendo el vicio, éste **no pueda ser subsanado** por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.*

Es claro que, además de la absoluta irrelevancia de las cuestiones planteadas, las mismas han recibido plena respuesta en esta sentencia de casación y deben también tenerse por implícitamente resueltas en la recurrida.

Lo que lleva al rechazo de este motivo

DECIMO.- El décimo motivo denuncia error en la valoración de la prueba al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Basta para rechazar este motivo advertir que lo que hace el recurrente es ofrecer una diversa valoración de medios de prueba que no tienen carácter documental sino personal, como las declaraciones del coacusado D. Carlos y de múltiples testigos.

Por otra parte los documentos que se citan (informe de vida laboral contratos y nóminas) en absoluto tienen suficiencia para por si mismos llevar a la afirmación del error sobre la realidad de la participación del recurrente en el tráfico que se le imputa.

Ciertamente el motivo concluye con una alusión a la garantía de presunción de inocencia pero que no se erige en motivo separada y formalmente alegado por el cauce adecuado.

Por ello también se rechaza este último motivo

Recurso de Carlos José García Jiménez

UNDECIMO.- En el primero de los motivos se alega vulneración de la garantía constitucional de secreto de las comunicaciones en relación con la intervención ordenada para la intervención de las comunicaciones desde su teléfono móvil.

Damos por reproducido lo dicho sobre idéntica queja formulada por el otro recurrente.

El motivo se rechaza

DUODECIMO.- En el segundo motivo se queja, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando que pese a reconocerse la concurrencia en su caso de una atenuante, no presente en el coacusado, se le imponga a ambos la misma pena. Por ello estima infringido el artículo 66.1º del Código Penal en relación al valor de igualdad.

No discute que la pena impuesta sea procedente conforme a la previsión del artículo 368 del Código Penal y el 66 citado, ya que la impuesta se encuentra en el margen de la imponible.

Que la pena no deba ser la misma en ambos casos no implica de suyo que la igualdad deba romperse por la rebaja de la impuesta al recurrente y no por el incremento de la que se impone al coacusado. Por ello habría sido necesario para estimar la infracción denunciada que se acreditase que la imposición de la pena en la medida que se denuncia fuese por sí misma improcedente.

Pero es que además la sentencia justifica la pena advirtiéndole que, si bien concurre la citada atenuante, el acusado admite un largo periodo de tiempo dedicado al tráfico. Y esto no es combatido en el recurso.

Por ello debe ser rechazado el motivo.

DECIMOTERCERO.- Finalmente pretende el recurrente la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas. La sentencia la rechazó porque la misma solamente fue aludida en el informe oral sin postulación al tiempo de formular las conclusiones. Además la sentencia le reprocha que, incluso en tan informal defensa de su aplicación, se omitió toda referencia a los plazos o periodos de indebida paralización procedimental.

No cabe ahora en trance de recuso de casación suplir aquella deficiencia e introducir referencias a periodos de paralización que no pudieron ser objeto de debate en la instancia.

En nuestra Sentencia nº 524/2009 de 19 de mayo, establecimos: *Al respecto hemos dicho en nuestra Sentencia de 08 de Abril del 2008, recurso: 1537/2007 que como es bien sabido el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto **indeterminado** cuya concurrencia pasa por el examen de las actuaciones procesales a fin de determinar: su complejidad, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes la valoración de tales aspectos ha de efectuarse en cada caso concreto .*

En la Sentencia 344/2004 de 12 de marzo, también dijimos: *"..Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a **denunciarlas previamente** en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1151/2002, de 19 de junio, «no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la*

violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992, 301/1995, 100/1996 y 237/2001, entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero)».

Carga formal que, si bien no debe en el proceso penal llevarse al extremo de privar al acusado del beneficio de la prescripción del delito, obsta la estimación de la atenuante.

Por otra parte en la Sentencia 1456/2003 de 8 de noviembre este Tribunal, refiriéndose al acuerdo de la sala General de 21 de mayo de 1999 advertía que: *"...quedó de manifiesto que, para la apreciación de tal atenuante en casación, la cuestión tendría que **haber sido propuesta y debatida en la instancia** con el correspondiente pronunciamiento al respecto en la sentencia recurrida», sin que ello suponga la imposición al acusado de la carga de denunciar la paralización del procedimiento cuando la posible prescripción corre a su favor, salvo que la vulneración tenga lugar en la misma sentencia, lo que no sucede en el presente caso (STS 888/03). En efecto, la aplicación de una circunstancia modificativa de la responsabilidad exige la **constancia del sustrato fáctico** que le sirve de apoyo en el «factum» y esta cuestión de hecho no puede sustraerse al debate contradictorio en el acto del juicio oral, si en el escrito de calificación no se sentaron los hechos ni se interesó la aplicación de la atenuante, luego no es posible «per saltum» suscitar en casación dicha cuestión nueva."*

Como en el caso de nuestra Sentencia nº 106/09 de 4 de febrero: *el examen de las actuaciones pone de manifiesto que en el escrito de conclusiones la defensa de ambos recurrentes no precisó en la conclusión primera, qué interrupciones ni qué retrasos habían de ser calificados como indebidos. Tampoco en el acto del juicio oral, al elevar a definitivas el escrito de calificación provisional, se subsanó esta exigencia, sin la cual la apreciación de la atenuante se ve sumamente dificultada.*

En el caso que ahora juzgamos, el escrito de calificación provisional de este recurrente, no solamente no hace protesta de dilaciones indebidas sino que expresamente afirma que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad. Y tal calificación fue elevada a definitiva en el acto del juicio oral.

Esa deficiencia en el planteamiento oportuno de la atenuante es suficiente para rechazar su estimación.

DECIMOCUARTO.- De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de los recursos de casación.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por **OSCAR FALCÓN GUERRA** y por **CARLOS JOSÉ GARCÍA JIMÉNEZ**, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Orense**, con fecha **10 de diciembre de 2008**, que les condenó por un delito contra la salud pública. Con expresa imposición de las costas causadas en sus respectivos recursos.

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 Luciano Varela Castro, estando celebrando

audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.