



Roj: **STS 6176/2000 - ECLI:ES:TS:2000:6176**

Id Cendoj: **28079120012000102184**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2000**

Nº de Recurso: **128/1999**

Nº de Resolución: **1313/2000**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio de dos mil.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por los procesados Carlos Alberto y Edurne contra sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, que les condenó por delito de apropiación indebida, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos procesados, como parte recurrente, representados por las Procuradoras Sras. García Hernández y Camara López, respectivamente.

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Santander incoó procedimiento abreviado número 24/98 contra los procesados Edurne, Carlos Alberto, Fernando, Jose Luis y Alfonso y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma Capital que, con fecha 3 de diciembre de 1998 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"A) El día 16 de septiembre de 1997, Alfonso y Fernando, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y tras alquilar este último un vehículo, se desplazaron desde esta ciudad de Santander a Madrid para recoger en esta última cierta cantidad de hachís, a fin de cumplir así lo acordado, cuando menos, entre el primero y Edurne. Llegados a Madrid, recogieron efectivamente 35.348,7 gramos de hachís que les entregó Carlos Alberto, mayor de edad, para que los llevaran a Santander, pues así lo tenía acordado éste con su nuera Edurne, mayor de edad y con antecedentes penales que han podido ser rehabilitados, a la que al menos Alfonso debía dar cuenta de su regreso a Santander y de la llegada de aquella mercancía, que estaba destinada a su distribución a terceras personas.

En la madrugada del día 17, cuando Fernando y Alfonso regresaban a Santander, portando aquella sustancia oculta bajo el asiento trasero del automóvil, fueron detenidos por inspectores del Cuerpo Nacional de Policía en el término municipal de Torrelavega, siendo intervenida dicha sustancia.

Carlos Alberto fue condenado en sentencia de 15 de julio de 1991, que fe firme el 17 de noviembre de 1992, por un delito contra la salud pública, a pena de ocho años y un día de prisión mayor.

B) El día 17 de septiembre de 1997, Jose Luis, mayor de edad y sin antecedentes penales computables en esta causa, que padece una debilidad mental que disminuye de forma notable, aunque no total, su capacidad de conocer la realidad y conducirse conforme a ese conocimiento, y que es consumidor habitual de hachís, salió de la vivienda sita en la DIRECCION000 NUM000, NUM001 iqda., en la que llevaba residiendo unos días y que compartía con Alfonso, levando 114,65 gramos de hachís, que tenía en parte para su propio consumo y en parte para transmitir a otras personas, sustancia que le fue intervenida por inspectores del Cuerpo Nacional de Policía al proceder en aquel momento a su detención".

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



"F A L L A M O S: Que debemos condenar y condenamos a Carlos Alberto cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a las penas de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE 8.837.000 pts.

Que debemos condenar y condenamos a Edurne y Alfonso , como autores responsables del mismo delito, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y multa de 8.837.000 pts. con responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de un día por cada cien mil pesetas o fracción insatisfecha.

Que debemos condenar y condenamos a Fernando , como autor responsable del mismo delito, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de TRES AÑOS Y UN MES DE PRISIÓN y multa de 8.837.000 pts., con igual responsabilidad personal subsidiaria que los anteriores.

Y que debemos condenar y condenamos a Jose Luis , cuyas circunstancias personales ya constan como autor responsable de un delito contra la salud pública, ya definido, concurriendo la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental, ya definida, a las penas de SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA DE 67.643 pts. con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada treinta mil pesetas o fracción insatisfecha.

Los condenados abonarán las costas causadas, por quintas e iguales partes.

Se decreta el comiso de todas las sustancias estupefacientes intervenidas en esta causa, las que serán destruidas; y, además, de los siguientes efectos: una balanza de precisión digital marca Tanita y el teléfono móvil GSM intervenido a Alfonso y Fernando ; las navajas intervenidas remítanse a la Guardia Civil por si fueren de uso ilícito. Se decreta el embargo de las 9.000 pts. y teléfono móvil intervenidos a Jose Luis para responder de sus responsabilidades pecuniarias.

Los demás efectos intervenidos serán devueltos a los acusados poseedores.

Notifíquese esta sentencia en legal forma a los condenados y sus representantes, así como al Ministerio Fiscal, con instrucción del recurso de casación que contra ella cabe".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por los procesados Carlos Alberto y Edurne , que se tuvieron por anunciados, 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.- Las representaciones de los procesados basan sus recursos en los siguientes motivos de casación:

A.- Recurso de Carlos Alberto .-

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por violación del art. 24 CE.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24.2 CE.

B.- Recurso de Edurne .-

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LECr., se denuncia infracción del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 CE.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por violación del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º LECr., y con carácter subsidiario para el caso de fracasar los dos motivos anteriores, se denuncia la infracción del art. 28 CP. por su indebida aplicación y la del art. 29 por su inaplicación al caso.

5.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la deliberación, ésta se celebró el día 10 de julio de 2000.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Recurso de Edurne .-

PRIMERO.- El primer motivo de este recurso impugna la sentencia recurrida por vulneración del art. 18.3 CE. Tal infracción sería consecuencia de la valoración por el tribunal de instancia de la prueba obtenida media mediante la interceptación de las comunicaciones telefónicas de la recurrente a través de la línea



942-34.70.10. La recurrente sostiene que tales pruebas han sido ilícitamente obtenidas pues el auto que acordó la interceptación, de 9-4-97, así como las cinco resoluciones de prórroga que tuvieron lugar, carecen de la "necesaria y suficiente motivación". En particular se afirma que el auto de 9-4-97 está apoyado en simple conjeturas y no en indicios. A ello se agrega que no cabe excluir falta de proporcionalidad de la medida, pues los hechos podrían haberse descubierto mediante el empleo de otros medios menos gravosos. Señala la Defensa, por otra parte, que, según surge de la documentación obrante a los folios 486, 487 y 488, la verdadera razón de la intervención del teléfono de la recurrente eran los datos obtenidos en otras diligencias previas, las N° 1385/96, también mediante la interceptación de otras comunicaciones telefónicas, lo que se pone de manifiesto mediante el testimonio que luce a los folios 492/493. De esta manera, continúa la argumentación de la recurrente, se mantuvo el secreto en esta causa durante "la investigación, la fase intermedia y el plenario" a través del secreto decretado en la otra, razón por la cual, se han conculcado principios básicos del proceso penal. El motivo se completa con el segundo y tercero, que constituyen una unidad con el primero y que, por ello deben ser tratados conjuntamente.

El recurso debe ser desestimado.

1. La interceptación de las comunicaciones telefónicas de la recurrentes fueron autorizadas por el auto de 9-4-97 (folio 5) y prorrogadas por los autos de 8-5-97 (folios 16/17), 6-6-97 (folios 23/25), 18-6-97 (folios 40/42), 5-7-97 (folios 47/49), 5-8-97 (folios 73/75), 3-9-97 (folios 87/89). En todos los casos tales resoluciones fueron adoptadas previo informe de la Policía, en los que se indicaron al Juez de Instrucción los pasos de las cintas considerados relevantes para la investigación (ver folios 12, 21, 39, 44/45, 69/70).

2. A partir de este material documental se debe analizar el cumplimiento de los requisitos que fundamentalmente ha establecido la jurisprudencia. Especial significación tienen, en este sentido, las sentencias del TEDH, sobre todo la del caso "Valenzuela Contreras c/ España", de 30-7-98. Las consideraciones del TEDH respecto del derecho español obligan a realizar algunas aclaraciones sobre la materia de este motivo. En efecto, el TEDH consideró que el derecho español vigente en el momento de los hechos, que dieron lugar a la sentencia del caso "Valenzuela Contreras", no cumplía con las exigencias derivadas de su jurisprudencia. En particular la sentencia se refiere al requisito de previsión en la ley (ver STEDH caso "Kopp/Suiza", de 25-3-88) y a la posibilidad de previsión de las circunstancias en las que se habilita a los poderes públicos a tomar la medida de interceptación de comunicaciones telefónicas (confr. SSTEDH casos "Malone", N° 66, "Krusliva", N° 30; "Halford", N° 30; "Kopp", N° 64; "Valenzuela", N° 59). La sentencia del caso Valenzuela establece al respecto que el art 18.3 CE, por sí solo, no es una norma capaz de cumplir con estos requisitos de previsibilidad. En la actualidad, después de la reforma del art. 579 LECr. por la LO 4/88, de 25 de mayo, la base legal de las medidas adoptadas ha variado y la norma del art. 579 LECr. ha sido desarrollada jurisprudencialmente, de tal manera que la interceptación de las comunicaciones telefónicas no sólo se apoya en en la norma genérica del art. 18.3 CE, sino en las exigencias que la jurisprudencia ha desarrollado a partir de aquella disposición. Es cierto que a diferencia de los derechos alemán, italiano y francés vigentes, el nuestro no contiene una limitación de los delitos en los que resulta procedente la medida. Sin embargo, ello no afecta la previsibilidad del ciudadano, dado que la jurisprudencia ha establecido que su adopción está sometida al principio de proporcionalidad y de allí se deduce que sólo cabe en los delitos graves, pues se trata de una injerencia muy considerable no sólo en el derecho a la intimidad -incluso de terceros no sospechosos- sino también de los derechos fundamentales del debido proceso ( art 24.2CE). Consecuentemente, la invocación por el recurrente del precedente del caso "Valenzuela" no puede ser acogida en el presente caso, en el que la intervención telefónica ha sido fundamentada en el art. 579.3 LECr.

3. Tampoco pueden ser apreciadas por esta Sala las impugnaciones de la motivación o falta de motivación de los autos que dispusieron la interceptación de las comunicaciones telefónicas. En efecto, como ha señalado esta Sala, la exigencia del art. 120.3 CE está especialmente dirigida a proporcionar a la persona afectada por una resolución judicial las razones de la misma a los efectos del ejercicio del derecho al recurso. Por lo tanto, en los casos de resoluciones que se adoptan sin conocimiento del afectado y que éste no puede recurrir, sino sólo impugnar a posteriori para la exclusión de las pruebas obtenidas, como es el caso del auto que ordena la intervención telefónica, la motivación no tiene exigencias tan extremas como las que propone la recurrente. En efecto, la motivación de estos autos depende sobre todo del material en base al cual se han tomado las decisiones. Si el Juez de Instrucción se ha remitido a informes policiales con suficiente consistencia como para acreditar desde el punto de vista de la experiencia criminalística suficientes motivos de sospecha, la motivación por remisión no vulnera ningún derecho fundamental, toda vez que el informe policial se integra en el auto por tal remisión. En el presente caso, por lo tanto, la motivación resulta suficiente, dado que -como lo reconoce la Defensa- no sólo se basa en una genérica sospecha expuesta en oficio que obra al f° 5 de las diligencias, sino en un hallazgo casual que tuvo lugar en otra causa (Dil.1385/96-J), que tramitaba en el mismo juzgado, como consecuencia de las intervenciones telefónicas ordenadas el 12-3 y 21-3-97.



4. La Defensa ha señalado la utilización de este hallazgo formal como un punto que a su juicio resulta de carácter concluyente para demostrar la ilicitud del procedimiento por el que se han obtenido las pruebas. Sin embargo, en el derecho procesal penal europeo, la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho. El parágr. 100 b) de la Ordenanza procesal penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art.389 CPrP (ver art. 270 del mismo código). Por lo tanto, la utilización de estos hallazgos casuales pudieron ser utilizados en la presente causa.

5. De todos modos, la Defensa de la recurrente se queja de los efectos del secreto de la otra causa sobre la que tenemos ahora en consideración. Alega en este sentido que ello le impidió conocer durante todo el proceso, inclusive el juicio oral, la existencia de los elementos obtenidos por el hallazgo casual. Sin embargo, lo cierto es que la Defensa tuvo conocimiento de las actuaciones a partir del levantamiento del secreto de las mismas, que tuvo lugar mediante auto de 20-9-97 (Fº 249/250) y que el testimonio del auto en el que se menciona el hallazgo casual en las Dil. previas nº 1385/96 está incorporado a las actuaciones (fº486/487), antes de que se formalizaran las conclusiones provisionales de la Acusación y la Defensa. Por lo demás, el material probatorio obtenido en ese hallazgo casual no ha sido esencial para la decisión de la Audiencia sobre los hechos, toda vez que la prueba obtenida en la presente causa es suficiente apoyo de su fallo condenatorio.

6. Resta por considerar la cuestión del control judicial. La Defensa sostiene que éste no ha sido el legalmente exigido, pues el Juez de Instrucción se valió de los fragmentos que le fueron indicados por la Policía para decidir sobre las prórrogas de las interceptaciones telefónicas impugnadas en el motivo.

En los autos mediante los que se tomó la medida el Juez indicó a la Policía que debía darle cuenta de los resultados de la misma, con transcripción de las partes relevantes de la intervención telefónica, lo que se cumplió en la forma ordenada. Estos informes policiales son detallados y contienen una explicación respecto de las razones por las que las partes señaladas tienen importancia en el marco de la investigación.

De todos modos, la Policía envió, junto con la información referente a los pasajes concretos que estimaba de significación, las cintas conteniendo las grabaciones obtenidas, tal como consta en los oficios obrantes a los folios 21, 44/45, 69/70, 83/84. Por lo tanto, no existe ninguna razón para sostener que no hubo un adecuado control judicial. Si el Juez de Instrucción tuvo las cintas a su disposición, la circunstancia de que la Policía le haya expuesto sus consideraciones, no elimina el control judicial requerido por la jurisprudencia.

Tampoco tiene la trascendencia que la recurrente le asigna el acta del fº 82, en la que se deja constancia de la audición de la cinta III, cara A, hasta el paso 56. Téngase presente que al folio 59 consta otra diligencia de audición de la cinta I. Es cierto que tales audiciones no parecen haber sido completas. Pero no es menos cierto que el Juez de instrucción no está obligado a escuchar íntegramente todas las conversaciones, si de lo escuchado ha obtenido suficientes razones para ordenar la continuación de la medida. Es preciso, en este sentido, no confundir el control judicial de la ejecución de la medida con un deber de escucha de la totalidad de la grabación, dado que lo exigido es que el Juez, por sí, compruebe la existencia de elementos que confirmen las sospechas que permitieron decretar la medida. Aclarado lo anterior es evidente que no resulta comprensible que se exijan condiciones más rigurosas para la propongación de la medida, que para decretarla por vez primera.

Desestimados los motivos que hubieran quitado validez al hecho probado, carece de toda practicidad el tercero, formalizado sólo subsidiariamente respecto de los anteriores.

B.- Recurso de Carlos Alberto

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se basa en la infracción del derecho a ser juzgado por el Juez ordinario, predeterminado por la ley. Tal infracción sería consecuencia, según la Defensa del recurrente, de la actuación del Juez de Instrucción, que admitió la denuncia contenida en la solicitud de intervención telefónica que la Policía le dirigió en el oficio de 9-4-97, sin haber sido antes presentado al Juzgado de Guardia, para que éste, de acuerdo con las normas de reparto, determinara el Juzgado de Instrucción que debía intervenir. Señala la Defensa que en dicho oficio no se hizo constar que el origen de la sospecha que recaía sobre la acusada Edurne, era el hallazgo casual producido en otra causa, la Nº 1385/96, lo que le ha causado una grave indefensión.

El motivo debe ser desestimado.

Las reglas de reparto constituyen disposiciones internas de ordenación de la carga de trabajo de los diversos jueces predeterminados por la ley que pueden instruir o enjuiciar una causa criminal. Aunque sean públicas, estas normas tienen un carácter interno. Por lo tanto, su infracción no es la infracción del derecho a ser juzgado



por el juez predeterminado por la ley, sino de normas de menor jerarquía. Ello no quiere decir, sin embargo que la vulneración de dichas normas no tenga ninguna consecuencia jurídica. Pero, por sí solas no constituyen la lesión de un derecho fundamental. En efecto, la garantía del juez predeterminado por la ley constituye una de las condiciones de la garantía más amplia de ser juzgado por un tribunal imparcial. Por tal razón, la infracción de las normas de reparto sólo podrán ser consideradas a los efectos de la lesión de un derecho fundamental, si de ellas se puede derivar en el caso concreto que el acusado, como consecuencia de la infracción no fue juzgado por un juez imparcial.

Sin perjuicio de lo anterior, la queja tampoco puede prosperar por la falta de planteamiento de la cuestión ante el Tribunal a quo. En efecto, el recurrente en ningún momento del proceso impugnó la actuación del Juez de instrucción a pesar de haber podido hacerlo. Al respecto rige analógicamente el art 240.3 LOPJ. No lo hizo al formular sus conclusiones provisionales, ni en la audiencia preliminar del juicio oral. Consecuentemente, al no haber sido planteada la cuestión en el primer momento, en el que ello fue posible, el motivo no cumple tampoco con los requisitos formales que condicionan el planteamiento formalizado.

TERCERO.- El restante motivo reitera la argumentación de la otra recurrente respecto a la prohibición de valoración de la prueba obtenida mediante la interceptación de la comunicaciones telefónicas.

El motivo debe ser desestimado.

La Sala se remite a lo expuesto en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

### III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS: NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de Ley interpuestos por los procesados Eburne y Carlos Alberto , contra sentencia dictada el día 3 de diciembre de 1998 por la Audiencia Provincial de Santander, en causa seguida contra los mismos y otros por delito contra la salud pública.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales 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

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