

Roj: **STS 7329/1997 - ECLI:ES:TS:1997:7329**Id Cendoj: **28079120011997102255**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/12/1997**Nº de Recurso: **1688/1996**Nº de Resolución: **1463/1997**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **RAMON MONTERO FERNANDEZ-CID**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de mil novecientos noventa y siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley que pende ante esta Sala, interpuesto por la representación de los procesados Benjamín , Jesús María y Sebastián , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Tercera, que condenó a dichos recurrentes 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernández-Cid, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón los procesados Benjamín y Jesús María , y por la Procuradora Sra. Cano Ochoa el recurrente Sebastián .

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Reus, instruyó sumario con el número 59 de 1995, contra Benjamín , Jesús María y Sebastián , una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Tarragona, cuya Sección Tercera, con fecha 25 de marzo de 1996, dictó sentencia que contiene los siguientes:

"HECHOS PROBADOS: UNICO.- Que habiendo tenido conocimiento la Guardia Civil, grupo de investigación fiscal y antidrogas de Tarragona, que en las inmediaciones del Pub Prisma ubicado en la C/ Vía Augusta, pasaje sin número de Hospitalet del Infante (Tarragona) se traficaba con droga, montó un dispositivo de vigilancia sobre el mismo y alrededores recayendo sospechas sobre los hermanos Jesús María Benjamín que vivían en un piso de la C/ DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 próximo al mencionado Pub y que posteriormente compartían con Sebastián . Luego de varios meses de vigilancia -había comenzado a mediados del mes de octubre de 1994- la misma culminó el día 3 de febrero de 1995, fecha en que, mediante auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Reus, se procedía, sobre las 7,30 horas, a entrar y registrar el domicilio de Benjamín , encontrándose en el interior de la vivienda 100 pastillas de éxtasis de color blanquecino, las cuales son conocidas como ovnis escondidas entre el cubo de la basura y una bolsa de color negro conteniendo desperdicios, un comprimido y una papelina en el interior de la mesita y del cajón inferior respectivamente en la habitación de Benjamín e interviniéndose la cantidad de 35.600 pesetas. Por estos hechos fueron detenidos, Benjamín , sin antecedentes penales y sin trabajo y Sebastián , sin antecedentes penales y asimismo sin trabajo. Posteriormente, a las 18,30 horas del mismo día, se procedió a la detención de Jesús María , sin antecedentes penales y con trabajo esporádico, hermano del primero y que convivía con el mismo y con Sebastián . Las pastillas habían sido compradas por Sebastián el día anterior en Salou con anuencia de los otros dos imputados y cuyo destino era la transmisión a terceras personas.

Que analizadas las sustancias intervenidas por parte de los Servicios del Ministerio de Sanidad y Consumo, dirección Territorial de Cataluña en Laboratorio de Drogas, arrojan un resultado analítico siguiente: Papelin polvo blanco, peso bruto 0.653, peso neto 0.296, sustancia identificada psicotropo ANFETAMINA; compri, blanco, peso bruto 0.000, peso neto 1.000, sustancia identificada psicotropo ETIL M.D.A. y compri, blanco, peso bruto 34.503, peso neto 100.000, sustancia identificada psicotropo ETIL M.D.A."





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

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Benjamín como responsable en concepto de autor de un delito ontra la salud pública -tráfico de drogas-, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de CUATRO AÑOS DOS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN MENOR y 2.000.000 ptas (DOS MILLONES) de MULTA con TRES MESES de arresto sustitutorio para en caso de impago, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jesús María como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública -tráfico de drogas-, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de CUATRO AÑOS DOS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN MENOR y 2.000.000 ptas. (DOS MILLONES) de MULTA con TRES MESES de arresto sustitutorio para en caso de impago, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena. Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Sebastián como responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública -tráfico de drogas-, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de CUATRO AÑOS DOS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN MENOR y 2.000.000 ptas (DOS MILLONES) de MULTA con TRES MESES de arresto sustitutorio para en caso de impago, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena. Se condena a los tres procesados al pago de las costas en partes proporcionales. Se acuerda el comiso del dinero intervenido. Y por último, para el cumplimiento de la pena principal que impone esta resolución, les abonamos todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa. Requiérase del Juzgado de Instrucción las piezas de responsabilidad civil de los tres procesados."

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, por los procesados Benjamín , Jesús María y Sebastián , 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.

Cuarto.- I) La representación de los procesados Benjamín y Jesús María , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION. PRIMERO.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, invocándose vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por ausencia de control judicial y de motivación suficiente en el Auto que acordó la intervención. SEGUNDO.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se invoca vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución. TERCERO.- Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ y 849-1º de la LECrim. se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al haber declarado el acusado Jesús María ante la Guardia Civil, sin haber sido advertido de su derecho a no declarar contra su hermano. CUARTO.- Por la misma vía se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al haberse decretado secreto el procedimiento, sin causa suficiente ni motivación explícita, impidiéndose el ejercicio del derecho de defensa, además de haberse prorrogado el secreto en las mismas condiciones. QUINTO.- Por vulneración de los derechos fundamentales de defensa y a un procedimiento con todas las garantías, acogido al igual que el anterior a la vía ofrecida por el artículo 5.4 de la LOPJ (y/o art. 849-1º de la LECrim.) al haberse retrasado injustificadamente la puesta en conocimiento de los recurrentes de la incoacción del proceso, con vulneración de lo dispuesto en el art. 118 de la LECrim., 789-3 bis y 309 bis LECrim. SEXTO.- Por la misma vía del art. 5.4 de la LOPJ, se invoca vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, al haber intervenido el Presidente del Tribunal en la fase instructora, dictando el Auto de apertura del juicio oral contra los hoy recurrentes. SÉPTIMO.- Acogido al art. 5.4 de la LOPJ y/o 849-1º de la LECrim. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia plasmado en el art. 24 de la Constitución. OCTAVO.- Infracción de ley, al amparo del artículo 849-1º de la LECrim. por aplicación indebida del artículo 344 del Código penal. NOVENO.- Infracción de ley, acogido al art. 849-1º de la LECrim. invocado subsidiariamente para el supuesto de ser desestimados los anteriores, por aplicación indebida del art. 344 del Código penal en su modalidad de "sustancias gravemente nocivas", a la vista de los datos plasmados en la sentencia. DÉCIMO.- Por la vía del art. 849-1º de la LECrim., por aplicación indebida de los artículos 12.1 y 14 del Código penal, al no describirse su coparticipación como autores en el factum. UNDÉCIMO.- Por la vía del art. 849-1 de la LECrim. por inaplicación del art. 9.1ª en relación con el 8.1ª del Código penal o, subsidiariamente, de la atenuante analógica 10ª del art. 9 del mismo cuerpo legal.

II).- La representación del acusado Sebastián , basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, del artículo 24 de la Constitución, al haber intervenido el Presidente del Tribunal dictando como Juez el Auto de Apertura del juicio oral. SEGUNDO.- Por la vía del art. 849-1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 344 del Código penal, al haber procedido simultáneamente los tres acusados a la compra de la droga, con la finalidad de autoconsumirla. Aplicándose, en caso de duda, el principio pro reo, en favor de los acusados.





Quinto.- Instruído el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la votación prevenida el día 20 de los corrientes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE Benjamín Y Jesús María

PRIMERO.- El motivo inicial de este recurso se residencia procesalmente en los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento criminal y alega una supuesta vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, al no haberse observado en las intervenciones telefónicas practicadas, en las que la sentencia funda la condena, ni las garantías ni los presupuestos exigidos por reiterada jurisprudencia para legitimar la limitación de tal derecho.

Antes de examinar este primer motivo conviene recordar la doctrina general en orden a las intervenciones telefónicas. Y así se debe recordar con carácter previo que, como señala la S.TS. 2.093/1994, <<las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas "escuchas telefónicas") implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios.

La CE. garantiza en su art. 18.3 "el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial", y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores --S.TC. 114/1984, de 29 de noviembre y S. del T.E.D.H. de 2 de agosto de 1984, caso Malone--.

Aunque el legislador mejoró el texto de la LECrim. con la modificación del art. 579, por medio de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, no le acompañó el éxito en esta actividad y los Tribunales y Jueces han tomado en cuenta, a más de esta deficiente normativa, las SS.TC. 22/1984, de 17 de febrero; 114/1984, de 29 de noviembre; 199/1987, de 16 de diciembre; 128/1988, de 27 de junio; 111/1990, de 18 de junio; y 1990/1992, de 16 de noviembre; del T.E.D.H. SS. 6 de junio de 1978, caso Klass; 2 de agosto de 1984, caso Malone; 12 de junio de 1988, caso Schenk y 24 de abril de 1993, casos Kruslin y Huvig>>.

Por su parte las SS.TS. 1.038/1994, de 20 de mayo, 1.762/1994, de 11 de octubre y 276/1996, de 2 de abril, señalan que en las intervenciones telefónicas son principios básicos sin cuya observancia se produce la vulneración del derecho fundamental los siguientes:

a) Fundamentación de la medida, en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación. Desde el primer punto de vista es exigible que (como expresa también la S.TC. 7/1994, de 17 de enero, que aunque dictada sobre tema distinto establece una doctrina genérica sobre tal principio) exista una proporción entre la intromisión que esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella. Proporcionalidad que el T.E.D.H. ha asentado en la satisfacción de una necesidad social imperiosa y "proporcionada a la finalidad legítima perseguida" --SS.T.E.D.H. 7 de diciembre de 1976 (caso Handyside); 26 de abril de 1979 (caso "The Sunday Times"); 24 de marzo de 1988 (caso Olsson); 21 de junio de 1988 (caso Berrehab), etc-- y que la S. de esta Sala de 25 de junio de 1993 matiza en el sentido de que ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social del tipo.

En cuanto a la motivación de la autorización judicial que habilita y legitima la intervención, en los términos del art. 18.3 CE., aparte de ser exigencia genérica impuesta a toda resolución judicial por el art. 120.3 CE., resulta mucho más necesaria en los casos en que la decisión del Juez afecta a derechos fundamentales, como señaló la S.TC. 56/1987, de 14 de mayo, al recordar que <<cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la CE., el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho>>. Sin embargo, y sin renunciar a tal exigencia, esta Sala la ha matizado en un doble sentido: primero, 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.TS. 7 de mayo de 1994, ya citada), 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; y segundo, que aunque lo correcto y deseable es que los fundamentos de la medida se expresen en el auto que la acuerde, no puede negarse la existencia de motivación cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el por qué del acuerdo (S.TS. 5 de julio de 1993), con lo que la remisión a las razones de la solicitud, cuando éstas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial.

b) Especialidad; principio que significa que "no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos" y que "no es correcto extender autorización prácticamente en blanco" (ATS. de 18 de junio, citado) exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SS.TS. 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994); así como que no puede renunciarse a investigar la "notitia criminis" incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque (S. 15 de julio de 1993).

c) Control judicial. Control que como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que aquél debe ser exquisito y riguroso. Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe de Secretario, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario. Y por último, es al Juez y no a la Policía a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo, aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad.

El motivo, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, debe ser desestimado. Ha de señalarse que las diligencias de intervención telefónicas practicadas en autos, fueron constitucionalmente lícitas y amparadas por el requisito habilitante establecido en el artículo 18.3 de la Constitución, cual fue la existencia de las resoluciones judiciales que las autorizaron. Tales resoluciones -autos- fueron dictadas en el curso de un proceso penal abierto (diligencias previas) y reúnen los requisitos de conformidad con las exigencias esenciales para su eficacia y validez, de fundamentación y proporcionalidad.

En efecto, la medida responde a una petición policial fundada, al tenerse conocimiento por parte de la sección de Delincuencia Organizada B.P.P.J. de esta ciudad y de la existencia de un grupo, integrado por personas de nacionalidad uruguaya y española, entre los que se identificó a los procesados, dedicados al tráfico de cocaína; los autos que las acordaron están motivados en función de las circunstancias del caso concreto, pues en ellos se hace referencia a la solicitud policial y se precisa, aunque sea sucintamente, los hechos en que se funda (por remisión a dicha solicitud), el delito contra la salud pública que pudiera existir los fundamentos jurídicos en que se apoya, los datos identificadores de los teléfonos a intervenir, así como el tiempo de intervención y modo de realizarla, debiendo reseñarse al respecto que "será motivación suficiente aquella que permita conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o extensión del razonamiento, pues lo importante, como aquí sucede, es que queda excluido el mero voluntarismo o la arbitrariedad; y se dirige a la comprobación de un delito de tráfico de drogas, realizado por un grupo de personas del que se sospechaba que utilizaban los teléfonos a investigar, reunía las condiciones de gravedad y trascendencia social suficientes para justificar la invasión de la intimidad de las comunicaciones telefónicas y satisfacer el principio de proporcionalidad, lo que resulta de un examen de lo actuado y, en concreto, de la solicitud de intervención telefónica efectuada por la policía al folio 29, que provocó el auto de fecha 7 de diciembre de 1994, que motivado por referencia a la aludida solicitud, se otorgó por el plazo de un mes.

Antes de que transcurriera el referido plazo, el día 30 de diciembre de 1994, la Guardia Civil rindió cuenta al Juez Instructor del seguimiento telefónico efectuado, en el amplio informe que consta al folio 43. Volviéndose de nuevo a comunicar al Juez, el resultado de la investigación el 3 de enero, solicitando la prórroga de la intervención que se concede por el Juez, para otro plazo de treinta días, ante lo justificado de la petición apareciendo constatado que el 2 de febrero de 1995, se da cuenta al Juez del resultado de la intervención decretada, acompañándose al acta la transcripción de las conversaciones grabadas y los soportes magnéticos sobre los que se efectuaron (folios 49 a 134).





No hubo, en definitiva, infracción de derechos fundamentales, no constituyendo las irregularidades que apunta el recurrente, sino infracciones de legalidad ordinaria, insuficientes para desautorizar el contenido probatorio de las grabaciones. A mayor abundamiento, cuando las cintas fueron escuchadas en el acto de la vista con el resultado probatorio a efectos de identificación de voces, que consta en el fundamento jurídico tercero de la sentencia.

SEGUNDO.- El motivo segundo del recurso se articula por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ y 849 de la LECrim invocando vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 de la Constitución.

El motivo debe ser desestimado. El auto impugnado por el recurrente trae causa de la solicitud, que con corrección plantea la policía al folio 50, interesando la entrada y registro en el domicilio de Benjamín, sito en un lugar determinado y concreto y para una finalidad específica, después del resultado de las investigaciones que vienen llevando a cabo. El auto aludido se halla plasmado al folio 135, acordando dicha entrada, en razón de los antecedentes que constan en el mismo, con el fin de encontrar armas, drogas, dinero, joyas y documentos y útiles para la elaboración de sustancias estupefacientes y objetos de ilícita procedencia.

El registro se practica en el día y hora acordados, en presencia de su titular y de dos testigos que aparecen relacionados por su número de D.N.I. y su domicilio concreto. Se practica, además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 569 de la LECrim, por funcionario de Policía número 19.463.201 (folio 149) que coincide con el designado por el Instructor al folio 136. Se cumple así el requisito habilitante que prescribe el artículo citado, firmando el acta del registro, además, al pie de la misma todos los actuantes.

TERCERO.- Por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se invoca vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, al haber declarado el acusado Jesús María ante la Guardia Civil, sin haber sido advertido de su derecho a no declarar contra su hermano.

El motivo debe ser desestimado. De un examen del folio 195, donde presta el acusado su declaración en las dependencias de la guardia civil, no se desprende incriminación alguna respecto a su hermano y recurrente Benjamín. En todo caso, la declaración se prestó con asistencia letrada e informado de sus derechos constitucionales y dentro de los mismos, en el más elemental, de no declarar (art. 520. 2ª de la LECrim) que incluye, por extensión, su derecho a no hacerlo contra nadie. En todo caso se trataría de una simple irregularidad procesal sin trascendencia constitucional alguna ya que la no constancia expresa de la advertencia que previene el artículo 416-1º de la LECrim. no determina la nulidad de la prueba testifical, al no haberse vulnerado tal norma en cuanto al fondo. Por ello, como se señaló el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- El motivo cuarto por la misma vía que el anterior invoca la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse decretado el secreto del procedimiento sin causa suficiente ni motivación explícita, impidiéndose el ejercicio del derecho de defensa, además de haberse prorrogado el secreto en las mismas condiciones.

El motivo debe ser desestimado. Como indica la S.T.C. 176/1988, de 4 de octubre, <<De acuerdo con la doctrina establecida en la S. 62/82, de 15-10, al alcance y contenido del derecho a un proceso público garantizado por el art. 24.2 de la C.E., debe determinarse a partir del art. 10.2 de la propia C.E., en virtud del cuál los derechos fundamentales y las libertades políticas se insertan en un contexto internacional que impone interpretar sus normas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España.

En este sentido debemos nuevamente recordar que el derecho a un proceso público en materia penal se encuentra reconocido en los arts. 11 de dicha Declaración Universal, 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19-12-66, y 6 del Convenio de Roma, de 4-11-50. Estos textos, y especialmente el último citado, en la interpretación realizada por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictados en los casos Pretto y otros y Axen el 8-12-83 y Sutter el 22-2-84, permiten afirmar que desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia, pues así lo abonan los términos en que vienen redactados los citados arts. 14 del Pacto y 6 del Convenio, y así bien explícitamente lo declara la última de las mencionadas sentencias, en la cual, después de constatar la diversidad que presenta dicho principio en los sistemas legislativos y prácticas judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa, hace referencia exclusiva a la celebración de las vistas y el pronunciamiento de los fallos.

La aplicación de estas consideraciones a nuestro proceso penal, en el que se distingue una fase preparatoria de instrucción y una posterior fase plenaria que finaliza con el acto solemne del juicio oral y el posterior pronunciamiento de la sentencia, nos conduce a la conclusión de que el derecho al proceso público del art.





24.2 de la C.E. como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad. El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la C.E., procediendo, en su consecuencia, rechazar la fundamentación jurídica en la que el Ministerio Fiscal apoya su petición de amparo y pasar al examen de la denuncia de indefensión formulada por la demandante>>.

QUINTO.- En la misma sede procesal que el anterior el motivo quinto alega una supuesta vulneración de los derechos fundamentales de defensa y a un procedimiento con todas las garantías, al haberse retrasado injustificadamente la puesta en conocimiento de los inculcados de la incoacción del proceso, con vulneración de lo dispuesto en los artículos 118, 789.3 bis y 309 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

El motivo debe ser desestimado. El recurrente alega que la instrucción se verificó durante más de tres meses, a espaldas de los recurrentes, con lo que se causó indefensión en la primera fase del procedimiento. Sin embargo, dicho procedimiento discurrió conforme a Derecho, sin indefensión para los implicados ni merma de sus derechos particulares. Las actuaciones a que alude el recurrente, formaban parte de la investigación del delito, cuando tras el oportuno seguimiento de las conversaciones mantenidas, se dictó auto ordenando la práctica de un registro y la detención, en consecuencia, de los presuntamente implicados. Es desde ese momento procesal, en el que la invocación de los artículos 118 y aludidos, puede ser vulnerado, lo que no acaece en el supuesto de autos, como se desprende de un examen de las actuaciones, cumpliéndose con lo prescrito en el artículo 789.4 de la LECrim., en relación con los derechos de los imputados, en orden a su defensa y las garantías de la misma.

Según constante y reiterada doctrina del TC. (SS.TC. entre muchas 118/1984, 27/1985, 109/1987, 155/1988 y 66/1989) el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya más o menos fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aún en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión (SS.TC. 44/1985 y 135/1989). Por ello, tan pronto como el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción. En segundo término, existe también la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes, a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa (S.T.C. 15 de noviembre de 1990).

Baste la aplicación de tal doctrina, en relación con lo antes expuesto para, según ya se señaló, desestimar este motivo.

SEXTO.- Por la misma vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías, al haber intervenido el presidente del tribunal en la fase instructora, dictando el auto de apertura del juicio oral contra los hoy recurrentes.

El motivo debe ser desestimado. Argumenta el recurrente que antes de comenzar el juicio, el presidente del tribunal ya había estado en contacto con la causa, valorando la seriedad de la pretensión punitiva, llegando a contaminarse objetivamente al haber valorado la oportunidad de la acusación, lo que predispone su posición de imparcialidad en el juicio. El motivo en la medida en que la intervención del presidente no afectó a la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la fase instructora y la juzgadora, que no tuvo contacto con el acusado ni con las pruebas, que es precisamente lo que caracteriza a la instrucción. A mayor abundamiento, cuando el auto en el que intervino el magistrado no se dictó en la fase de instrucción, sino en la intermedia.





En consecuencia, y como se señaló, no se ha producido indefensión porque no cabe hablar de pérdida de la imparcialidad objetiva del presidente del tribunal como para supuestos similares ha declarado con reiteración la jurisprudencia tanto del TC como de esta propia Sala.

SÉPTIMO.- El motivo correlativo se articula por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, al resolver el tribunal que las pastillas fueron compradas en la localidad de Salou por Sebastián , con la anuencia de los dos recurrentes.

El motivo debe ser desestimado. Para combatir la afirmación del tribunal, el recurrente valora la prueba testifical, concluyendo con que en su contenido, no hay acusación contra los hermanos, asumiendo el tercero el reconocimiento de la propiedad de la droga. Se impugna el motivo en la medida en que la Sala basa su convicción, no sólo en las declaraciones del imputado Sebastián , sino, también, en los restantes datos indiciarios a que se alude en el fundamento de derecho primero al que nos remitimos y en el que destaca respecto a Benjamín , las propias declaraciones de su hermano ante el Juez Instructor y asistido de letrado, quien puntualiza que aquél vendía pastillas -ovnis- en función de la época, a terceras personas, haciéndolo frecuentemente en el Bar "Prisma" situado enfrente de su casa. Siendo para éste de indudable relevancia, el contenido de las declaraciones contenidas en las cintas grabadas, entre otros, entre un tal Luis Angel y él, en las que se desvela claramente su intervención en la operación de compra de las cien pastillas de droga. Datos que confrontados con el contexto del hallazgo, lugar donde se halló la droga y situación domiciliaria común de los acusados, permitieron, sin esfuerzos, concluir al tribunal con la participación de los recurrentes en los hechos.

OCTAVO.- Por infracción de ley por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se invoca indebida aplicación del artículo 344 del Código penal.

El motivo debe ser desestimado. Aduce el recurrente que, aun contando con el dato de que Sebastián hubiera comprado el día anterior las pastillas en Salou, en el factum no se expresa que los acusados pudieran intervenir en su posterior venta. El hecho probado, parcela únicamente tributaria de la supuesta infracción, en cuanto obliga a su acotada demarcación, se expresa en el sentido de que se compraron cien pastillas de éxtasis de mutuo acuerdo por tres personas y cuyo destino -juicio de inferencia- era la transmisión a terceras partes. Adjudicándose de manera plural la transmisión, lo que no es sino corolario de la primera afirmación. El recurrente, no ataca tanto el juicio de intenciones efectuado por el tribunal, sino la participación de los acusados en el tráfico proyectado, cuando la Sala es clara a ese respecto, adjudicándolo a los tres partícipes, en la medida en que tal cantidad de pastillas no puede tener otro fin racional que el de su venta o cesión a terceras personas.

NOVENO.- El motivo noveno tiene sede procesal en el artículo 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal por indebida aplicación del artículo 344 del Código penal, en su modalidad de droga que causa grave daño a la salud.

El motivo debe ser desestimado. Con relación a la sustancia expresada hay que indicar que el Fundamento Jurídico Cuarto de la S.TS. 223/1997, de 18 de marzo expresa que la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 30 de mayo de 1986 (BOE del 6 de junio) dispone en su artículo primero.1 <<Incluir en la Lista I, del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre (R.2413) las siguientes sustancias: dimetoxianfetamina (DMA)>>. Como señalan las SS.TS. 1.140/1994, de 1 de julio, y 632/1995, de 30 de mayo <<el MDA, al igual que el MDMA o 3-4, metilendioximetanfetamina, el MDMA, conocido como "éxtasis", "Adam", XTC y otros pertenecen a las drogas llamadas de "diseño", es decir, producidas por el laboratorio, en principio con fines terapéuticos que luego se abandonaron y entrando a producirse con miras ilícitas. El MDA o "droga del amor" contiene como principio activo la metilendioxianfetamina. Su presentación al consumidor plantea un grave problema, es su toxicidad pues sus derivados presentan propiedades comunes a las anfetaminas y a las de la droga alucinógena mescalina. Sus dosis tóxicas varían entre 40 y 150 mg.- Las anfetaminas no muestran una verdadera actividad alucinógena, o sea, la visualización de objetos irreales, ni estimulación de efecto anfetamínico. Estas diferencias con las verdaderas han conducido a llamar a sus efectos con un nuevo término "entactógenos", sobre todo cuando se refiere a contactos consigo mismo, o sea "introspección", en mayores dosis el potencial alucinógeno puede manifestarse con consecuencias graves. Comparte esta droga un grupo de efectos comunes: euforia, elevación de estado de ánimo, satisfacción de sí propio, empatía y pueden producir cambios visuales y se considera que MDA es más potente y más tóxica que MDMA.- La toxicidad crónica fue observada en sus primeros efectos sobre el sistema nervioso y asimismo se ha manifestado en forma de diversas psicosis, la más habitual la paranoide.- Si esta Sala ha considerado como sustancia que causa grave daño a la salud la MDMA (SS. 49/1994, de 24 de enero, 114/1994, de 31 de enero, 1.140/1994, de 1 de junio, 1.655/1994, de 27 de septiembre y 2.133/1994, de 9 de diciembre) con mayor razón habrá de predicarlo del MDA por razones expuestas.





Por todo ello basta con la doctrina jurisprudencial expresada para desestimar este motivo, que incluso pudo haber sido inadmitido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 885-2º de la LECrim.

DÉCIMO.- El motivo décimo se articula en sede procesal del artículo 849-1º de la LECrim. y alega la vulneración por aplicación indebida de los artículos 12-1º y 14 del Código penal, al no describirse en qué consistió su coparticipación como autores en el hecho fáctico de la sentencia sometida a recurso.

El motivo debe ser desestimado. Con arreglo a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de la que pueden ser exponente, entre otras, las SS.TS. de 30 de abril de 1990, 241/1995 de 24 de febrero y 828/1996 de 6 de noviembre, la coparticipación de varias personas genera un vínculo de solidaridad penal que las hace partícipes a todos ellos con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se les asigne, siempre que el convenio se desarrolle, como en este caso, dentro de los presupuestos y fines concertados. Describiéndose con meridiana claridad en el factum la coparticipación de los tres acusados, al sentarse que Sebastián había comprado la droga en Salou el día anterior con anuencia de los otros dos imputados. Lo que se reafirma y concluye en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida.

UNDÉCIMO.- El motivo undécimo y último de este recurso se residencia procesalmente en el mismo precepto rituario que el precedente y alega la vulneración por inaplicación de los artículos 9.1ª en relación con el 8.1ª del Código penal vigente al cometerse los hechos o, subsidiariamente, de la atenuante analógica 10ª del artículo 9 del mismo cuerpo legal.

El motivo debe ser desestimado como en su momento pudo haber sido inadmitido por aplicación de la norma contenida en el artículo 884-3º de la LECrim., en tanto que no se respeta la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia en la que nada dice el tribunal de instancia acerca de la condición de drogadictos de los acusados. Solamente un trato de favor, en razón de la continencia procesal del resto de los motivos desarrollados, permitiría su discusión en casación por la vía alegada. En todo caso, en el fundamento jurídico cuarto se descarta la aplicación de las circunstancias aludidas, al no aparecer acreditada la drogadicción de los acusados. Por lo que debió el recurrente encauzar el tratamiento del motivo, primero por la vía del error de hecho y, en su caso, como corolario por la elegida, una vez se integrara el factum con los datos necesarios para permitir apreciar el error necesario por parte del tribunal para la casación de la sentencia.

B) RECURSO DE Sebastián

PRIMERO.- El motivo primero de este recurso se formula por la vía

del artículo 849-1º de la LECrim., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, del artículo 24 de la Constitución, al haber intervenido el presidente del tribunal dictando como juez el auto de apertura del juicio oral.

El motivo debe ser desestimado. Coincide el motivo, en esencia, con el ordinal sexto del recurrente anterior, por lo que por las mismas razones procede la desestimación de este motivo sin precisión de insistencias fundamentadoras que consistirían en meras reiteraciones.

SEGUNDO.- En sede procesal del artículo 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del artículo 344 del Código penal, al haber procedido simultáneamente los tres acusados a la compra de la droga, con la finalidad de autoconsumirla. Aplicándose en caso de duda, el principio pro reo, en favor de los acusados.

El motivo debe ser desestimado. La operación de dividir la droga intervenida en tres partes y asignar a cada uno de los acusados una de ellas, para minimizar las consecuencias de la comisión del delito, no es aceptable. Los tres acusados actuaron de consuno, por lo que la totalidad de la droga debe aplicarse a cada uno como un todo. Siendo inevitable la consecuencia de aplicárseles el tipo penal del artículo 344 del Código penal, al no poderse inferir el destino que pretende dar el recurrente a aquélla.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por las representaciones de los procesados Benjamín , Jesús María y Sebastián , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Tercera, de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y seis, en causa seguida a los mismos por delito contra la salud pública. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales procedentes, 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.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Ramón Montero Fernández-Cid , 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

